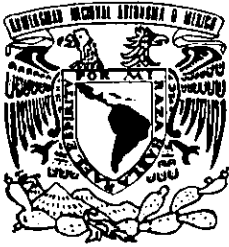
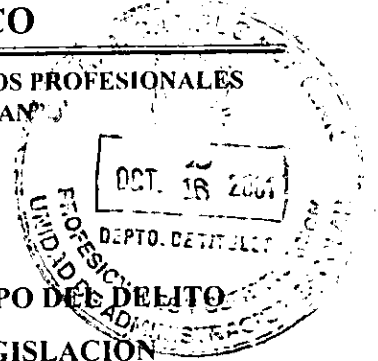


346



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS "ACATLAN"**



**INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO
CONFORME A LA LEGISLACION
PROCESAL FEDERAL**

298198

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
MARÍA ANEL SAAVEDRA LÓPEZ

ASESOR: LIC. AIDA MIRELES RANGEL





Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

*A mis padres
Raquel y José*

*A quienes me han heredado
el tesoro más valioso que puedan
darle a un hijo, amor
A quienes sin escatimar esfuerzo alguno
han sacrificado gran parte de su vida
que me ha formado y educado
A quienes la ilusión de su existencia
ha sido verme convertida
en persona de provecho
A quienes nunca podré pagarles
todos sus desvelos ni con las
riquezas más grandes del mundo
a los seres más queridos, sinceramente
gracias.*

*A mis hermanos
Jacqueline y José Antonio
A mi abuelita Tolla*

*Por ser las personas que me brindaron
todo su apoyo y comprensión
durante mis estudios.*

A Armando

*Por ser la persona que me dio todo su amor
y paciencia para cumplir uno de mis
más grandes sueños.*

*Con todo respeto y admiración a la
licenciada Aira Mireles Rangel, por
haberme dado mucho de su valioso tiempo
para poder culminar el presente trabajo*

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

EL DELITO

1.- Concepto de delito	1
2.- Conceptos básicos del Sistema del Derecho Penal	7
a) Conducta	7
b) Tipicidad	11
c) Antijuridicidad	14
d) Culpabilidad	16
3.- Evolución histórica de la Teoría del Delito	20
a) Sistema Clásico del Delito	20
b) Sistema Neoclásico	24
c) Teoría Final de la Acción	29

CAPITULO II

EL TIPO

1.- Concepto de tipo	44
2.- Teoría del tipo	48
3.- Estructura del tipo	56
a) Tipo Objetivo	57
- Elementos descriptivos u objetivos	58
- Elementos normativos	64
b) Tipo Subjetivo	69
- Dolo	72
- Elementos subjetivos específicos	74

CAPITULO III**CUERPO DEL DELITO**

1.- Definición del cuerpo del delito	80
2.- Evolución histórica del cuerpo del delito en la legislación procesal	87
3.- Interpretación judicial del cuerpo del delito en diversas épocas (jurisprudencia)	100
4.- Cuerpo del delito y elementos del tipo penal	110

CAPITULO IV**ACREDITACION DEL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL FEDERAL**

1.- Estructura y contenido del cuerpo del delito, de acuerdo a los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales	114
2.- Estructura y contenido de la responsabilidad penal, de acuerdo a los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales	121
3.- Importancia de los elementos subjetivos específicos en algunos tipos penales, previstos en el Código Penal Federal	127
4.- Comentarios a los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, respecto a la acreditación del cuerpo del delito	140
CONCLUSIONES	150
BIBLIOGRAFIA	152

INTRODUCCION

El problema de la inseguridad pública tiende a transformarse en el principal obstáculo para el desarrollo de la sociedad en nuestros días. Se trata de una cuestión que ha rebasado totalmente los marcos legales y se ha convertido en un asunto dotado de implicaciones económicas, políticas, sociales y culturales. Frenar la delincuencia, la corrupción y la impunidad es, sin duda, la principal prioridad nacional.

Por tal razón, durante muchos años, en tiempos favorables y adversos, se ha pugnado por el progreso del Derecho Penal Mexicano. Este tiene en general y más allá de errores o aciertos técnicos, un sentido mayoritariamente democrático. La expresión "democrático", que ya tiene carta de naturalización en la doctrina penal en todos los países, corresponde a un derecho punitivo consecuente con los principios, las reglas, los propósitos y el estilo del Estado democrático y social de Derecho, que extrema la atención a los derechos humanos, pero no descuida —con rigor racionalmente necesario— la defensa de la sociedad contra el delito.

No obstante, en los últimos años han aparecido signos inquietantes acaso de buena fe, que alteran este curso normal de nuestro Derecho, siempre bajo el interés —tan comprensible como plausible— de preservar el orden público. Nada hay ni puede haber contra este propósito, cuyo éxito determina el buen desempeño de los derechos y prerrogativas del ser humano. Ahora bien, no deja de ser preocupante que para la preservación del orden público se eche mano de medidas que en mayor o menor medida afectan puntos esenciales del Estado de Derecho, entendido como solemos entenderlo todavía.

Asimismo, en los últimos quince años se han agudizado los problemas relativos a la justicia penal. La respuesta oficial ha sido, invariablemente, la misma; la reforma a la legislación, incluida la reforma a la Constitución, como si ésta fuera la única vía, o al menos la mejor, para resolver el incremento de la delincuencia y de la impunidad que padecemos.

Vivimos una auténtica y aguda fiebre reformista de las leyes, lamentablemente, las reformas han sido apresuradas, sin la reflexión necesaria y suficiente acerca de las consecuencias que aquellas van a generar.

Por tanto, en el presente trabajo, analizaré una parte esencial en la impartición de justicia, que es la acreditación del cuerpo del delito, al ejercer acción penal o al dictar un auto de formal prisión, consecuencia de las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales de 18 de mayo de 1999.

CAPITULO I

EL DELITO

1.- CONCEPTO DE DELITO

El concepto de delito ha sido objeto de numerosas definiciones, pero en general se concibe el delito como aquella conducta que reviste una gravedad que amerita una sanción, generalmente una pena de prisión. Dos notas fundamentales caracterizan esta empírica idea, un hecho dañoso cometido por un individuo y un castigo severo, la prisión o la muerte.

Delito Como Valoración Jurídica a Través del Tiempo

Sin pretender estudiar históricamente al delito, vemos que siempre fue una valoración jurídica; por eso cambia con ella. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y hasta en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. El Pritaneo juzgaba a las cosas; árboles, piedras, etc. Esquines decía: arrojamus lejos de nosotros los objetos sin voz y sin mente, y si un hombre se suicida enterramos lejos de su cuerpo la mano que hirió. Platón en las leyes afirma lo mismo, exceptuando el rayo y demás meteoros lanzados por la mano de Dios. En la Edad Media se castigó profusamente a los animales y hasta existió un abogado que se especializó en la defensa de las bestias. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido. Por otra

parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Refiriéndose ya a las personas, vemos también como la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía con el transcurso del tiempo. Hasta las proximidades del siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar las brujas. Acaso fue entonces la hechicería el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, y por ello infelices mujeres, algunas de ellas enfermeras de la mente pagaron en la hoguera sus excentricidades contrarias a la valoración de la época.

Ello prueba que el delito fue siempre lo antijurídico y por eso es un ente jurídico. Lo subjetivo, es decir la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culpable, que hoy figura en todos los Códigos. Con el afinamiento del derecho aparece, junto al elemento antijurídico, que es multicelular, la característica de la culpabilidad.¹

Definir el delito ha sido una de las tareas más arduas del derecho penal y más aún, de la lucha del individuo frente al poder del Estado.

En Europa, en la segunda mitad del siglo XVIII, poco antes del estallido de la Revolución francesa, los filósofos, los literatos, y en general los pensadores de esa época, no aceptaron la idea del poder real absoluto y proclamaron la igualdad de los hombres ante la ley, y explicaron la naturaleza del Estado, bajo el esquema del "contrato social" y que todo poder político radica en el pueblo, y el soberano es sólo un representante del pueblo.

César Beccaria en su famosa obra *Tratado de los delitos y de las penas* escrito en 1764, explica desde sus primeros capítulos que las leyes son necesarias para asegurar al hombre una vida de libertad y lograr su tranquilidad, sacrificando para ello una fracción de su libertad al celebrar el "contrato social" que consiste en ceder una porción de esa libertad para constituir el poder soberano, que se deposita

¹ Orellana Wiarco, Octavio, *Curso de derecho penal*, México, Ed. Porrúa, 1999, p.p. 145-149

en el legislador, "que representa toda la sociedad unida por el contrato social", y sólo el legislador es quien puede decretar las leyes penales y prescribir las penas a los delitos, y ningún magistrado puede imponer el límite señalado por la ley "bajo el pretexto de celo o de bien público".

La lucha por delimitar el concepto de delito también nos legó el principio **nullum crimen, sine lege**, que Von Feurbach acuñó desde aquellos tiempos del iluminismo, aforismo que resumía el contenido filosófico del naciente liberalismo que pretendía limitar el poder real para evitar que abusara de ese poder en detrimento de la libertad del individuo.

La teoría del delito avanza a lo largo de los siglos XVIII, XIX y XX con el objetivo primordial de lograr precisar el contenido de los principios reguladores del delito para así delimitar cual conducta es o no delictiva y lograr llevar a la realidad que únicamente puede ser delictiva una conducta si la misma se adecua exactamente a la conducta prevista en la ley o tipo.

De la teoría del delito se derivan dos principales funciones a) permite conocer con exactitud qué conducta es delictiva y cual pena le es aplicable, y b) es una garantía que únicamente la conducta que se ubique exactamente a la ley penal podrá ser penada y que la pena no podrá exceder los límites que la propia ley establezca.

Sería difícil tratar de conocer y explicar las múltiples definiciones que sobre el delito han venido proponiendo los tratadistas a lo largo de los años sobre esta materia, según su concepción particular; por tanto, de ellas, sólo destacaré las más relevantes.

A mediados del siglo XIX, en Italia Francisco Carrara en su obra Programa de Derecho Criminal, siguiendo los pasos de otro ilustre clásico Carmagnani, nos define al delito, de la siguiente manera: "Delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente

dañoso". De esta definición Carrara, desprendió dos elementos o fuerzas; una moral y otra física.

La fuerza moral consiste en la voluntad inteligente del hombre, el concurso de la voluntad y de la inteligencia sobre la intención. A su vez la intención puede ser directa y surge así el dolo, o indirecta y aparece la culpa, según el criterio de la previsibilidad que él maneja.

La fuerza física, o elemento externo, nace del movimiento corporal o de su ausencia, que producen un resultado del daño que puede ser efectivo o potencial.

Por tanto, en este autor, ya se manejan aspectos positivos del delito, como la antijuridicidad que hace radicar en la violación de la ley, en la infracción a la disposición penal; la imputabilidad que fundamenta en la aceptación del libre albedrío; del aspecto externo positivo o negativo, o sea la acción y la omisión; del elemento moral o subjetivo que se proyecta en dolo o culpa; y de aspectos negativos del delito, como aquellos que impiden el nacimiento de la imputabilidad, o del elemento moral en que el dolo se destruye, sea por la ausencia del animus nocendi (intención de dañar), o en el caso de la culpa cuando haya o no previsto el resultado dañoso que se produjo, pero el evento sucedió independiente de su previsión o de la falta de esa previsión.

En pocas palabras, podemos decir que en Carrara ya aparece el planteamiento de la consideración de que el delito es un ente jurídico que se conforma por presupuestos y elementos necesarios para la integración de la figura delictiva, y que tales presupuestos y elementos deben encontrarse en la propia ley; y que también pueden desprenderse de la propia ley las situaciones en las que la falta de presupuestos o de elementos, impiden que sea delictivo el acto externo del hombre, que se apuntaba como tal.

Para la escuela positivista el delito es un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos, según lo expone Enrique Ferri, el más

connotado positivista. Para esta corriente el delincuente, al encontrarse determinado por esos factores, debe ser sujeto a medidas de seguridad, no a penas, porque en él carece de sentido la pena con finalidades represivas, pues si no pudo obrar libremente no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena, y si lo hace, la pena no va en si misma a variar los factores que determinaron esa conducta. El derecho penal en consecuencia debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social.

La escuela clásica y la positivista dio nacimiento en el tiempo de las ideas penales a la llamada tercera escuela o escuela crítica, expuesta por los autores italianos Carnevale y Alimena, quienes toman elementos de la primera y segunda escuelas, así por ejemplo niegan el libre albedrío, base de la escuela positivista; aceptan la distinción entre imputables e inimputables de la escuela clásica, agregando que la imputabilidad es la aptitud para sentir la amenaza de pena.

Se reconoce a Franz Von Liszt como el penalista que planteó las bases de la moderna sistematización del estudio del delito y propone la definición del mismo, donde se perfilan sus elementos constitutivos: acción, antijurídica, culpable y punible.

Poco tiempo después de esta definición del delito, Ernesto Beling en 1906, propone la siguiente: "delito es la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal que llena las condiciones objetivas de penalidad".

Del concepto mencionado se deduce que para ser delito un acto necesita reunir estos requisitos: acción descrita objetivamente en la ley, es decir, tipicidad, contraria al derecho esto es, que exista antijuridicidad, dolosa o culposa, es decir, que medie culpabilidad; sancionada por una pena, o sea, que tenga fijada una penalidad y que se den las condiciones objetivas de punibilidad.

Otro penalista, Max Ernesto Mayer define el delito como "el acontecimiento típico, antijurídico e imputable. Obsérvese que Mayer emplea la palabra imputable en el amplio sentido de culpabilidad, y por ello, en este punto, no difiere esencialmente

su concepto de delito de lo expuesto por Bebing; pero su definición nos ha sugerido la necesidad de intercalar un nuevo carácter de las infracciones penales. La imputabilidad, en todo su volumen, corresponde a la parte del delincuente más que a la consagrada del delito, pero es indispensable aludir a ella en una construcción jurídica del crimen.

Edmundo Mezger en su Tratado de Derecho Penal expone una de las definiciones del delito con mayor aceptación, la cual señala: "Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable". Para nada alude a las condiciones objetivas de la penalidad que ha de tratar en otro sentido, tampoco a la penalidad que es para él una consecuencia del delito y no una característica. Este concepto de delito lo recoge el actual Código Penal de Coahuila en su artículo Octavo.

Sería interminable y tal vez poco interesante recorrer las diversas definiciones que se han venido aportando, pero con las ya expuestas nos percatamos que el delito se integra con una serie de características o elementos que varían de autor a autor, ya que unos aceptan como elementos lo que para otros no lo son.

Sin embargo, de acuerdo a nuestra legislación mexicana, el Código Penal Federal de 1931, recoge la definición de delito que aparece en el primer Código Penal Federal, el de 1871; nos dice que delito "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", sin embargo esta definición es criticada por el penalista español Luis Jiménez de Asúa, quien en su documento Tratado de Derecho Penal, señala que esa definición del Código Penal mexicano es tautológica, pues la misma no aclara qué es el delito, salvo la referencia a una conducta sancionada por las leyes penales, pero nada dice o explica la forma, o circunstancias o requisitos que la ley señala respecto a esa conducta; de esa definición no se puede desprender la totalidad de la esencia, el contenido del concepto de delito.²

² Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal*, volumen 3, Colección Biblioteca clásicos del derecho penal, México, Ed. Harla, 1998, p.p. 129-130

De lo anterior, cabe mencionar que si bien es cierto nuestro Código Penal Federal, en el artículo 7, al definir al delito, solo habla de dos elementos que son conducta y punibilidad, también lo es que el citado numeral va relacionado con el artículo 15 del mismo ordenamiento, del cual se desprenden los demás elementos que integran el concepto de delito, por lo tanto nuestra legislación penal tiene un máximo de siete elementos, o sea la llamada concepción heptatómica del delito, mismos que son: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de punibilidad.

2.- CONCEPTOS BASICOS DEL SISTEMA DEL DERECHO PENAL

En la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial, acuerdo en cuanto a que toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes conducta (acción u omisión), tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Las citadas categorías básicas le dan ya a la materia jurídica, un considerable grado de orden y principios comunes. Su contenido concreto y su relación recíproca son discutidos, y según los distintos puntos de vista científicos de que se parta, presentan un aspecto diferente para cada una. Sin embargo, en el presente trabajo, para crear una base provisional de entendimiento, explicaré estos conceptos de la forma más elemental y tal y como se emplean mayoritariamente en la ciencia y en la praxis.

A) CONDUCTA

El delito es una forma de comportarse el hombre, por tanto, dicha denominación, solamente debe darse al hecho que emana del hombre mismo, y los sucesos producidos por los animales, y las cosas, aun siendo lesivos de los derechos de los demás, no merecen tal denominación, salvo que tengan una causa en la voluntad malvada de otro hombre.

Es el comportamiento del hombre lo reprochable como delito, porque sólo a él se le exige la adopción de una conducta o la abstención de otra conforme a los

cánones de la ética y las exigencias de la ley. Por tanto lo primero que ha de buscarse para la estructuración de un delito, es el "hecho humano que produjo su corporeidad".

Para poder denominar, ese comportamiento del ser humano, existen varias acepciones, las cuales son entre otras: hecho, acto, acción y conducta, mismos que no son sustantivos equivalentes o sinónimos, sino que tienen distintos sentidos.

La voz **conducta** ha sido empleada para designar la forma exterior por la que se expresa o manifiesta una "personalidad". En este sentido, la Real Academia dice que conducta es el poder o manera como los hombres manejan sus vidas. Cuando Freud halló tres planos en la mente humana: una consciente y dirigida por los instintos (ego); otra dirigida por la lógica y también consciente (super ego), y una tercera refundida en el subfondo de nuestra mente, por fuera de la conciencia, pero de la que emanan fuerzas psicológicas capaces de determinar el comportamiento de vivir del ser humano depende de la manera como operen en él esas tres fuentes de su personalidad, y a ello se le denominó conducta: Esto significa que en lo humano hay una fuerza motriz no consciente, pero con potencia suficiente como para determinar su comportamiento.

Decir que el delito es una conducta, es señalarlo como producto de fuerzas conscientes e inconscientes, lo cual tendría interés criminológico, pero no jurídico. La conducta ha de tenerse en cuenta para fijar la pena, porque en esta tarea la ley advierte al juez que deberá considerar "la personalidad del agente". El vocablo conducta se empleó por los delegados de México en la discusión del Código Penal tipo para Latinoamérica. Acerca de este término decía Sebastián Soler: "conducta es una palabra que yo, en general, trato de evitar, por serias discrepancias doctrinarias que he tenido. La palabra conducta, es cuanto expresa el fluir indiferenciado y permanente de la acción humana sobre el mundo, es un concepto peligroso porque nosotros construimos nuestras figuras no sobre la base de conductas, sino sobre la

base de acciones definidas con verbos".³

Según enseña el diccionario de la Real Academia **hecho** es lo mismo que acción, y en la segunda reunión plenaria de los redactores del Código Penal tipo para Latinoamérica, efectuada en Ciudad de México en 1965, el delgado Arnulfo Martínez Lavvale dijo que hecho es lo que ocurre o acontece en el mundo exterior al hombre, pero como consecuencia de su propia dinámica o inercia engendradora de fenómenos. El hombre hace, y hecho es lo que resulta de su hacer u omitir.

La palabra hecho, declara Ferrer Samo, resulta inadecuado por excesiva amplitud, pues comprende tanto la actividad humana como los acaecimientos provenientes de fenómenos naturales. Jiménez de Asúa asienta: "No decimos hecho porque es demasiado genérico, ya que como Binding señaló, con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre o aezca por caso fortuito".⁴

Acción es el término preferido por los finalistas. Se relaciona con la voluntad que engendra lo humano que produce los fenómenos. La voluntad es la "causa" de donde emerge la acción del hombre. Lo dice Welzel con estas palabras: "El carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad".⁵

Por consiguiente, acción es comportamiento inteligente y, por lo tanto, absolutamente humano. Como advertía Soler, acaso haya alguna dificultad al distinguir entre la comisiva y la omisiva, toda vez que para señalar la primera de ellas, suele emplearse esa misma voz. Pero lo cierto es que la acción humana lleva en su mismo contenido la sustancia de humanidad que la produce y, por esto mismo, se mezcla esencialmente con la voluntad que la engendró.

³ Ferreira, José, *Teoría general del delito*, Bogota, Colombia, Ed. Temis S.A., 1988, p. 14

⁴ Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo III, 5ª ed, Buenos Aires, Ed. Losada, 1951, p. 331

Acto, respecto a este término, unos piensan que es el apropiado para abarcar el hacer y el no hacer, entre ellos se encuentra Jiménez de Asúa, quien señala: "empleamos la palabra acto (e indistintamente acción lato sensu) y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejerce. Adviértase, además que usamos de la palabra acto en una acepción más amplia comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión".

El acto, al igual que la acción, implica únicamente un hacer, y por tanto, no puede comprender a la omisión, que constituye lo contrario a aquél. En el campo del hacer, el acto tampoco es aceptable, pues a veces viene a ser la acción en sí y otras, forma parte de la misma, al estar constituida por varios actos; por su parte Carlos Saltell y Romano Di Falco nos dicen que "el acto es un elemento, una parte de la acción, en los casos en que ésta no se agote en un acto único, en un solo movimiento corpóreo". Es decir, "los actos son segmentos y partes de la acción". O como dice Antolisei "el acto, no es más que un fragmento de la acción en los casos en que ésta no se agota en un solo movimiento corpóreo".⁶

De las anteriores definiciones, ya sea acción, acto, conducta o hecho, se desprende que todas coinciden en que es la manifestación de la voluntad del hombre, significativa en el mundo exterior, por tanto no se consideran dentro de estas definiciones los actos producidos por fuerzas naturales o por animales, ni tampoco los actos de una persona jurídica, así como los meros pensamientos o actitudes internas de una persona, pues estos resultan sencillamente indominables para la voluntad humana.

Asimismo, para los efectos del presente trabajo, hablaremos de conducta, en atención a las objeciones hechas a los términos anteriormente estudiados, pues

⁵ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 4ª ed, Santiago, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 39

⁶ Porte Petit, Celestino, *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*, 18ª ed, México, Ed. Porrúa, 1999, p.p. 231-232

consideró que este término es adecuado para abarcar la acción (hacer) y la omisión (no hacer), toda vez que de acuerdo a nuestro Código Penal Federal vigente en su artículo 7, señala que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" y la legislación procesal aplicable menciona el vocablo conducta en su artículo 134, el cual a la letra señala:

Art. 134.- En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los Tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta...

Atento a lo anterior consideró que para los fines del presente trabajo y de acuerdo a nuestro derecho penal vigente, utilizare el término conducta.

B) TIPICIDAD

El delito es un fenómeno humano, y que el hombre en su actuar es tan complicado, que en sus manifestaciones exteriores resulta casi infinito. Los hechos con que lesiona a sus semejantes ocurren en su vida diaria, por lo que forman parte de su fenomenología. La tarea de un legislador es tomarlos de allí y trasladarlos al texto escrito de la ley, para formar con ellos cuadros de comportamientos prohibidos y señalados con penas. El Código o las leyes los definen y los concretan, para poder castigarlos. Esa descripción legal, es lo que constituye la tipicidad.

Por lo que se refiere a su terminología, desde la primera época en que se dio a conocer la doctrina del tipo, se tradujo como tipicidad esa característica del delito de índole descriptiva que se designa en alemán con la palabra Tatbestand.

Asimismo, existen varios autores que la han conceptualizado de la siguiente forma:

"a) La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del

injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida.

b) La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal.

c) La tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.

d) La tipicidad como elemento se da, cuando el infractor que no es el destinatario, arregla y conforma su conducta, con escrupulosa exactitud, a la hipótesis de la ley.

e) Adecuación típica significa, pues encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo a la de las conductas accesorias.

f) La tipicidad consiste en la descripción que contienen los artículos de la parte especial de los Códigos Penales, a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción.⁷

Sobre la propiedad del vocablo usado y sobre su contenido en la evolución histórica del concepto, diremos que la tipicidad, en cuanto carácter del delito, se emplea aquí como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.

La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo –según creado de la teoría es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se

⁷ Ibidem, p.p. 331-332

cataloga en la ley como delito.

Para la jurisprudencia chilena y la doctrina mexicana el concepto de tipicidad parece arrancar a su vez del concepto de "cuerpo del delito", pero el mérito de Beiling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la Teoría del Delito, que como instrumento técnico garantiza el principio de legalidad, garantía de individuo frente al poder punitivo del Estado.

Por su parte Jiménez de Asúa, no acepta la expresión cuerpo del delito, por la fuerte confusión que engendra sobre lo que debe entenderse por tal, pues de acuerdo a su criterio, cuerpo del delito es el objeto material del mismo y, en todo caso, el instrumento con el que se perpetra. Situación que años atrás en nuestro Código Procesal Penal, así se entendía al cuerpo del delito, pero con la reforma en enero de 1994, se cambió dicha denominación por elementos del tipo penal, pero al no dar resultado, por reforma de 18 de mayo de 1999, regresó el concepto de cuerpo del delito, pero no a su anterior definición, pues actualmente el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala lo siguiente:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera...

Asimismo, la teoría del tipo (de la cual hablaremos ampliamente en el capítulo II) y tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno, el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio que está plasmado en el artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra señala:

Artículo 14...

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple

analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Por tanto, el tipo resulta ser expresado en forma simplista como la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad como el exacto encuadramiento entre la conducta y la descripción que hace el legislador (tipo).

C) ANTIJURIDICIDAD

Origen.

El concepto de delito como un choque o contradicción entre un hecho humano tipificado por la ley penal, y el mandamiento legal prohibitivo de este hecho, estaba ya en la conciencia de los clásicos y fue Francisco Carrara el primero en hacer que se manifestara en los terrenos de la literatura jurídica.

Al armarse la teoría general del delito, y a partir de los siglos XVIII y XIX, los elementos que lo estructuran poco a poco van integrándose en lo cultural y en lo legal, y sus aspectos subjetivo y objetivo se van dibujando perfectamente para dar paso al primer planteamiento analítico de tales componentes. La construcción se hace sobre el concepto del delito que idearon los prácticos con el nombre de *iter criminis*, que significa "camino que debe recorrerse para cometer delito". De ellos lo tomó Carrara.

Es Carrara, el primer autor que introduce en su estructuración el concepto de lo antijurídico. Cuando define lo que es un delito, dice que es "la infracción de la Ley del Estado", y cuando explica el sentido de esta definición, sostiene que el delito no debe ser considerado tal por la acción en sí, no en cuanto esa acción destruye o amenaza destruir el orden jurídico. "Nótese que el delito no ha sido definido como una acción, sino como una infracción, Por tanto, su noción no se deduce ni del hecho material, ni de la prohibición de la ley, aisladamente consideradas, sino del conflicto entre aquel y esta". Inclusive esta relación contradictoria Carrara la llamó "hecho

antijurídico", con lo que despejamos el interrogante de quien fue el primero en emplear esta denominación.⁸

Su legislación y desarrollo dogmático correspondió a la doctrina de los alemanes, a la cabeza de los cuales estaba Karl Von Binding, quien presentó el delito como la violación no de la norma prohibitiva en sí, a la que más bien da vida la realización del hecho punible, sino del derecho que protege o tutela esa norma. Planteó así el delito, dentro de los terrenos propios de la antijuridicidad moderna. En 1906, y con posterioridad a Binding, Ernesto Von Beling plantea su teoría de la tipicidad y del tipo. Lo presentó como un compuesto estructurado de elementos analíticamente autónomos, pero necesariamente unificados para la punición del hecho. Y cada componente necesita del otro para integrar el fenómeno llamado delito. Uno de ellos es la antijuridicidad, que según Beling, es una contradicción entre el hecho del autor y el derecho tutelado por la ley.

Así también, Luis Jiménez de Asúa, al hablar de antijuridicidad señala: "provisionalmente puede decirse que es lo contrario a Derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que necesita que se antijurídico, contrario al derecho".⁹

Diversos autores distinguen entre antijuridicidad e injusto, afirmando en que el primer término es un "anti" y el segundo es solo "no derecho", por lo que debe preferirse el uso del vocablo antijuridicidad.

Otros autores refieren, que pueden usarse los términos antijuridicidad, ilicitud, injusto y entuerto indistintamente.

Lo más complejo de la antijuridicidad, es su contenido, dado que ésta es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario a derecho), por lo general se señala como antijurídico lo contrario al derecho, a la norma, a la ley, sin embargo no

⁸ Ferreira, José, Op. cit., p.p. 231-232

⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho...*, Op. cit., p. 958

puede entenderse como tal, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Así, que de acuerdo a la evolución del concepto de antijuridicidad, esta se complementa por negaciones, es decir, por el expreso enunciado de exclusión, a los que se llaman causas de justificación. Atento a lo anterior, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso.

Por tanto, antijuridicidad, se entiende lo contrario a derecho, a las normas penales, concepto que encontramos plasmado e interpretado a contrario sensu, o en su aspecto negativo en el artículo 15, fracciones III, IV, V y VI, del Código Penal Federal, fracciones que nos señalan las causas de justificación que son: consentimiento del titular del bien jurídico, la defensa legítima, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

Finalmente, tenemos que para que haya delito, hasta este momento, es necesario que exista una conducta (acción u omisión), la cual deberá ser típica, es decir, se encuadre en un tipo legal y que se antijurídica, es decir contraria a derecho.

D) CULPABILIDAD

La relación individuo-sociedad tiene en la culpabilidad su punto más trascendental puesto que de ella se sigue, según la opinión más dominante, la sanción penal que es la represión más severa y traumática del grupo en el poder contra la conducta violatoria del orden jurídico. "La culpabilidad es la que ante todo da a los Estados el derecho y el deber a las intervenciones más graves imaginables en el círculo vital de los particulares."¹⁰

La culpabilidad es un concepto que ha tenido que recorrer un largo camino a través de la historia, desde los lejanos tiempos en que el resultado lesivo era

¹⁰ Monterroso Salvaterra, Jorge, *Culpa y omisión en la teoría del delito*, 1ª ed, México, Ed. Porrúa, 1993, p.100

suficiente para considerar la culpabilidad del individuo según se consagró en la primitiva "ley del talión", hasta que poco a poco se fue reconociendo la jerarquía de lo psicológico sobre lo meramente objetivo.

El desarrollo importante de la culpabilidad en las modernas concepciones del delito lo encontramos a partir del siglo XIX. Francisco Carrara designa a la culpabilidad como la "fuerza moral" del delito y la integra de dolo o de culpa. Franz Von Liszt y Ernesto Beling, como ya fue expuesto, proponen el sistema causalista-natural y el delito lo integran con elementos objetivos (conducta, tipicidad y antijuridicidad) y de elemento subjetivo (culpabilidad), este sistema da lugar a una derivación que también ya se mencionó el sistema causalista-normativista con las aportaciones de R. Frank y otros autores, donde subsiste la separación de elementos objetivos y subjetivos del delito. De esta manera Hans Welzel propone alrededor de 1930 una nueva forma de concebir la estructura del delito, que denomina de la acción finalista, pues para este autor el dolo y la culpa pertenecen al tipo, es la conducta típica la que resultará dolosa o culposa.

Asimismo, la culpabilidad la entendemos como un juicio de valor sobre el contenido de inteligencia comprensiva y determinativa, racional o lógica, selectiva y libre, que debe tener el delito como hecho humano nocivo y reprochable. En consecuencia, tal juicio es a posteriori.

La culpabilidad, por consiguiente, proviene de haber accionado con libertad de conciencia reflexiva sobre los valores de las cosas, y una determinación capaz de seleccionar lo bueno y evitar lo malo, previo aquel conocimiento. Es un juicio a posteriori, porque se escruta lo culpable del autor del hecho, que es tanto como reprocharle su acción ilícita y lesiva de los derechos de las demás personas.

La culpabilidad encarna el aspecto subjetivo más relevante del acto delictivo pues presenta el momento de su vinculación a su autor. El delito es una conducta culpable, esto es, un comportamiento reprobado por la sociedad y reprochable a su autor.

La trascendencia, tanto para el autor del acto como para la sociedad agraviada por el delito, consiste en que a la declaración judicial de que una conducta es culpable, normalmente sigue la imposición de una pena mediante la cual pueden resultar lesionados los bienes jurídicos más preciados del individuo. Existe el criterio, de que la pena no esta condicionada a la culpabilidad del autor del injusto, sino a la necesidad de preservar la convivencia y en función de la prevención general y especial del delito.

Dentro de los conceptos que se manejan de la culpabilidad, existe la imputabilidad la cual es una aptitud del espíritu humano para reflexionar valorativamente sobre los hechos y las cosas de los hombres que nos rodean, y determinarse a obrar selectivamente, es decir, conociendo lo bueno y lo malo de su actuar. Como tal, radica en una potencia del alma y en ella se encuentra a menos que la patología mental la deforme o la elimine. Hallarla es tanto como realizar sobre la persona un juicio de valor a priori, esto es, antes de sus actuaciones, por cuanto estas solo tendrían explicación en su libertad de inteligencia directiva de su propia conducta. ¹¹

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario conforme al Derecho Penal actualmente vigente que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. Si, por el contrario, el individuo por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad, es decir, el hecho típico y

¹¹ Ferreira, José, Op. Cit, p. 65

antijurídico no podrá atribuirse a su autor y, por tanto, éste tampoco podrá ser sancionado con una pena.

De aquí se deduce que la culpabilidad, junto a ese fundamento material antes aludido de participación en los bienes jurídicos protegidos y motivación racional de los mandatos normativos, tiene unos elementos específicos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución que implica, los cuales son: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y la exigibilidad de un comportamiento distinto.¹²

Por tanto, la acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor, la misma se le ha de poder, como mayoritariamente se dice, "reprochar". Para ello es presupuesto de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen por ejemplo el error de prohibición invencible o el estado de necesidad disculpante. La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, esta permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por que ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica.¹³

Finalmente, por culpabilidad se entiende de acuerdo a nuestra legislación el juicio de reproche que se hace al autor, a virtud de ser imputable, que tenga conciencia de la antijuridicidad de su hecho y que no le sea exigible un comportamiento distinto al realizado. Lo que vemos plasmado en nuestro artículo 15, fracciones VII, VIII y IX, del Código Penal Federal.

¹² Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal parte general*, 2ª ed, Valencia, España, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996, p.p. 217-218

¹³ Roxin, Claus, *Derecho penal parte general*, Tomo I, 1ª ed, Madrid, Ed. Civitas, 1997, p. 195

3.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA DEL DELITO

El sistema de la teoría del delito, es un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando , a partir del concepto de acción o conducta, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.

A pesar de esa multiplicidad de concepciones podemos apuntar que se han elaborado y desarrollado modelos de sistematización de la teoría del delito y de ellos los más importantes son los siguientes:

A) SISTEMA CLÁSICO DEL DELITO

SISTEMA CLASICO O DE LA ESCUELA DE LA POLITICA CRIMINAL. Surgió en Alemania como reacción contra las doctrinas de la pena retributiva y de la imputabilidad basada en el libre albedrío; su máximo representante fue Franz Von Liszt, misma que el propio Liszt prefirió denominarla "Escuela Sociológico". En el terreno metodológico establece una diferencia, el método lógico abstracto es propio del derecho penal, mientras que para las ciencias criminológicas, por su naturaleza causal explicativa, lo idóneo es el método experimental.

Rechaza de pena retribución y la substituye por el concepto de pena finalidad; el mantenimiento del orden jurídico es el fin de la pena, lo cual se logra a dos niveles, mediante la amenaza de la pena, misma que produce una prevención general, y por medio de la ejecución de la pena, en este caso alcanza a todos los ciudadanos reprimiendo sus impulsos delictivos e impulsando su adhesión a la normatividad vigente, al afectado mostrándole que no quedo impune, pero la acción más importante recae sobre el delincuente con el cual realiza una función de prevención especial.

Se dice que es una posición ecléctica ya que el delito no es resultado del libre albedrío, pero tampoco se puede concebir como algo puramente biológico, ciegamente determinado.

Puede afirmarse que con Franz Von Liszt nace el primer sistema de análisis del delito y con ello la moderna sistemática del derecho penal, sistema que es conocido como "Sistema Clásico" el cual se considera tiene sus inicios con la primera edición en 1881, de su obra "Tratado de Derecho Penal" y en efecto, con un sistema concebido a base de clasificaciones del concepto de delito dado por el derecho positivo, desarrolló el concepto superior de acción humana; siendo Liszt el que le dio al concepto de acción el perfil clásico, con los elementos de corporalidad y de causalidad del resultado, (acción es la producción de un cambio en el mundo exterior atribuida a la voluntad humana); de este concepto general de acción llega al concepto buscado de delito, mediante las continuas clasificaciones de las acciones; primero en antijurídicas, luego en culpables y, por última en acciones amenazadas con una pena. Para Liszt la acción es la producción de un cambio en el mundo exterior atribuida a la voluntad humana.

Liszt no partió de un sistema y buscó en él colocar los elementos del delito, sino como se ha dicho, logrando un concepto de delito estructurado fundamentalmente de dos elementos: ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD, correspondiendo a la primera todo lo objetivo ya que la antijuridicidad es concebida formalmente, esto es, como una contraposición del hecho objetivo con el orden jurídico; y a la segunda, o sea a la culpabilidad todo lo subjetivo, después de estos atributos a la acción, refiere la característica de estar amenazado con una pena.

A este sistema al cual se suma en 1906 Ernest Von Beling, con su obra "Teoría del Delito" en la cual aportó, a los elementos del delito el elemento de la tipicidad de la acción, entendida no como toda acciones antijurídicas y no antijurídicas; sino como las acciones humanas que se encuentran descritas bajo el principio **nulla poena, nullum crimen sine lege**.

Fue Beling el primero que le dio al tipo penal una función específica en el sistema del delito consistente en señalar el punto de referencia para el "juicio de antijuridicidad" y para el juicio de culpabilidad y ser el portador de la función político-jurídica de garantía de ahí que para él el concepto de delito se edifica en el tipo y la tipicidad aparece como concepto fundamental de la teoría del delito.

Con base a esto, Beling arribó finalmente con la suma de otros elementos a la siguiente definición:

Delito es la acción típica, antijurídica y culpable, colocada bajo la amenaza de una pena adecuada y suficiente a las condiciones de la amenaza penal.

El sistema de Liszt/Beling conocido como "Sistema Clásico" del delito, al cual también se adhiere Gustav Radbruch, tiene como fundamento el concepto de acción caracterizado como el concepto causal de acción por reducirse al puro proceso causal que la voluntad ocasiona en el mundo exterior, sin importar si el autor lo ha querido o lo ha podido también prever, es decir, sin importar el contenido de la voluntad; la voluntad solo aparece como impulso causal esto es, funge como un factor causal más no como factor de dirección; por tal razón, el concepto de acción elaborado por Liszt/Beling, se desprenden como elementos: a) la activación de la voluntad, b) la activación de la voluntad (modificación del mundo exterior); y c) la relación de causalidad entre ellos, por tal razón Radbruch resalto que el contenido de la voluntad solo tiene importancia para el problema de la culpabilidad..

La dificultad para esta forma de consideración, relativa al cambio que experimento, yacía naturalmente en el entendimiento de la omisión que Beling pretendió aclarar en forma puramente nominal como realización de un no-movimiento. Sin embargo Radbruch había destacado en 1904 que el concepto naturalística de acción faltaba frente a los delito de omisión negando, a diferencia de Liszt y Beling la posibilidad de un concepto fundamental común para la acción y la omisión, pues el concepto de acción no puede comprender al mismo tiempo su negación como A y no A; lo que llevo a construir un doble sistema del delito; es decir,

delitos de acción y delito de omisión, criterio que de alguna manera retoma Armin Kaufman 55 años después.

Si se determinaba la existencia de una acción, entonces habría que investigar si esa acción era también típico, antijurídico y culpable aquí, según el sistema clásico había que diferenciar rigurosamente entre las partes objetiva (externa) y subjetiva (interna) integrantes del delito, esta parte objetiva del hecho encuentra expresión en los elementos de tipicidad y antijuridicidad, es decir, entre el suceder objetivo fuera del ánimo del autor; la CULPABILIDAD, en cambio abarca lo "subjetivo", es decir, los procesos intelectuales y anímicos que, en relación al hecho, se reflejan en la persona del autor; si se observa con detenimiento dicha contraposición objetivo subjetivo se identifica la diferenciación antijuridicidad-culpabilidad, ya conocida por Carrara.

Por lo tanto, la culpabilidad al ser concebida puramente subjetiva, es entendida como una relación psíquica entre el autor y la parte externa de hecho, esto es, con el resultado producido. Es en la culpabilidad donde se plantea el problema sobre el "contenido de la voluntad" por ello es que el dolo y la culpa aparecen como formas de esta. La imputabilidad, en cambio fue entendida como presupuesto de la culpabilidad y el estado de necesidad como causa excluyente de la culpabilidad. La tentativa y la consumación, la autoría y participación, la unidad y pluralidad de delitos, con resumidas como formas de aparición del delito, con ciertas variaciones. (Dr. MOISES MORENO HERNANDEZ, Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana).

Por la otra parte, la inculpabilidad adoptada por el Sistema Clásico, al adoptar una concepción psicológica de la culpabilidad, que coincide al pensamiento y método de las ciencias naturales, es decir, al naturalismo causalista en cual se fundamenta en el pensamiento del positivismo del siglo XIX, y al dividir en forma tajante lo objetivo y subjetivo del delito, y entender la culpabilidad como una relación psicológica entre el autor y su hecho, que se agota en sus especies o formas que vienen a ser el dolo y la culpa, teniendo como presupuesto a la imputabilidad, su aspecto negativo, es decir, la inculpabilidad, solo aparecerá cuando no exista ese

nexo psicológico, siendo el caso que para este sistema Clásico, la culpabilidad se anulaba mediante las causas que eliminan el proceso psicológico, como son el "error" y la "coacción", el primero destruye el elemento intelectual y el segundo, o sea, la coacción el elemento volitivo del dolo.

Conforme a esta teoría, entendida así la culpabilidad, se enfrenta a dos problemas, al ser criticada por el Sistema Neoclásico, el primero de ellos es que no pudo explicar en forma satisfactoria la culpa, y en forma más específica la culpa sin representación o culpa inconsciente, dado que "el nexo psicológico" en el cual fundaba la culpabilidad presuponía la existencia del dolo, el cual, en la culpa no existía; por otra parte, y como segundo problema, no podía explicar la causa de inculpabilidad basada en causas diferentes al error y la coacción, como lo era el estado de necesidad, con bienes de igual valor, dado que la relación psicológica no quedaba afectada y por lo tanto, según la crítica, al no quedar anulado el dolo, no había razón para que no se diera la culpabilidad dado que subsistía esa relación psicológica.

Finalmente la tentativa y la consumación, la autoría y la participación, la unidad y pluralidad de delito, son resumidas como "formas de aparición del delito", esto es, como variaciones de la forma fundamental, caracterizado por la acción de ejecución y el resultado.

B) SISTEMA NEOCLÁSICO

Este sistema, representa una crítica y superación del causalismo, especialmente en cuanto a la culpabilidad, por eso algunos autores le llaman "normativismo causalista". Este proceso de transformación que sufre el originario sistema de Liszt-Beling se caracteriza por el intento de referir a valores las categorías de la teoría general del delito, mostrando así la influencia manifiesta de la filosofía neokantiana que en esta época tuvo su máximo esplendor y reflejo entre los

penalistas alemanes, y por el afán de sustituir el formalismo positivista por un positivismo teleológico referido a valores. A este sistema algunos lo conocen como el sistema Mezger-Mayer; empero otros afirman que los principales representantes son Radbruch-Sauer-Wolf, otros Radbruch-Frank. Lo cierto es que todos ellos, hasta el propio Liszt, y otros más cuya lista sería larga, contribuyeron a la elaboración de la nueva sistemática.

La estructura comienza a identificarse por el concepto de acción.

En efecto, la acción en sentido amplio abarcaba tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión, Por otra parte ésta era concebida como un proceso exterior-natural: como causación voluntaria u omisión voluntaria de impedir una modificación en el mundo exterior.

Pronto se demostró que el concepto causal de acción era incapaz de sostener todo el edificio de la teoría del delito. Ya en 1904 demostró Radbruch la imposibilidad de reducir los conceptos de acción y omisión a un denominador común pues en la omisión no hay movimiento corporal alguno y es por esencia la negación de una acción. Más adelante propuso el mismo Radbruch que el concepto de acción se sustituyera por el más concreto de realización del tipo. Lo mismo se podía decir de los delitos de mera actividad; porque también en ellos faltaba el movimiento corporal y así, por ejemplo, la esencia de las injurias verbales no radica, como decía Von Liszt, intentando salvar un poco el concepto causal de acción, en la inervación de las cuerdas bucales, sino en el significado social que se les atribuye.¹⁴

La tipicidad de ser una descripción no valorativa del acontecer humano (neutra) pasa a ser el primer juicio de valoración. En efecto, la concepción descriptiva y carente del valor del tipo, fue sacudida por el descubrimiento de las características normativas del tipo, es decir de aquellos elementos que requerían de una valoración, como funcionario, documento público, ajeneidad, etc.

¹⁴ Muñoz Conde. Francisco, Op. cit., p.p. 217-218

Corresponde al penalista Marx Ernesto Mayer, en su obra "Tratado de Derecho Penal", plantear la segunda etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad, llamada fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de antijuridicidad.

Mayer sostiene la separación de tipicidad y antijuridicidad, pero asigna a la primera el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad, nos dice: son como el humo al fuego.

Jiménez de Asúa estima que en los elementos normativos del tipo aparece claramente la función indiciaria de la antijuridicidad, y nos ejemplifica el elemento "ajeno" en el delito de robo, al que nosotros agregaríamos "sin derecho" que aparecen en la descripción típica del delito de robo, prevista en el artículo 367 del Código Penal Federal mexicano, donde tales elementos son una referencia a la antijuridicidad, y de realizar una conducta típica el sujeto, ésta sería en principio indiciaria de antijuridicidad, pero tal valoración podría no darse plenamente de aparecer una causa de justificación.

La tercera etapa de la teoría del tipo la encontramos en el "Tratado de Derecho Penal" de Edmundo Mezger, y se refiere a que tipicidad es la ratio essendi de la antijuridicidad.

Para Mezger el delito es una acción típicamente antijurídica, es decir suelta a los conceptos de tipicidad y antijuridicidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo típica.¹⁵

A la par con la tipicidad, la antijuridicidad también registró cambios. De ser una oposición formal a la ley, se exigió que existiera daño o perjuicio social, es decir, junto a la antijuridicidad formal se exigió el nuevo concepto de antijuridicidad material. Empero, juntas tipicidad valorativa y antijuridicidad, constituyen un solo elemento: el

¹⁵ Orellana Wiarco, Octavio, Op. cit., p. 18

tipo de injusto. Así el delito "constituye un injusto en cuanto lesiona o pone en peligro bienes protegidos por el ordenamiento", siendo el tipo penal "el recurso del legislador para señalar las características de lo injusto peculiar del tipo de delito".

Recordemos que los elementos subjetivos, como las intenciones, los motivos y las tendencias eran tocadas en la culpabilidad, por el sistema clásico, habida cuenta que la antijuridicidad era solo un juicio valor-objetivo. Con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto H. A. Fischer en el derecho civil, demostró que no es suficiente una concepción objetiva de la ilicitud, y Nagler hizo la observación de que los elementos subjetivos bien podían construir la misma. Esta teoría fue sostenida en el Derecho Penal por Hegler y Mayer, y desarrollada principalmente por Edmundo Mezger, ya que respecto a este tema Hegler en 1914, explicaba que no cualquier sustracción de la cosa mueble da lugar al robo, sino que tan sólo la sustracción de la cosa con "ánimo de apropiación" lo que obligaba al reconocimiento de elementos subjetivos.

Por su parte Max Ernest Mayer, se le reconoce como el primer expositor sistemático de los llamados elementos subjetivos del injusto. Para Mayer siendo la antijuridicidad un concepto objetivo, los elementos subjetivos de la antijuridicidad son características que deben tomarse en cuenta al afirmarse lo injusto de un acto, pero que tales elementos no pertenecen a la culpabilidad, en efecto –para este penalista– el fin que persigue un sujeto al ejecutar un delito corresponde al injusto; el motivo que lo impulsa pertenece a la culpabilidad.

Goldschmidt no comparte el punto de vista de Mayer, y para él los llamados elementos subjetivos del injusto, pertenecen lisa y llanamente a la culpabilidad, y podíamos agregar nosotros siguiendo el hilo de este pensador, que el fin, el motivo, son terrenos de la culpabilidad, derivándose de ello que no distingue entre fin y motivo a la manera de Mayer.

Por su parte Edmundo Mezger, consideró en un principio a los elementos subjetivos del injusto, con exclusiva referencia a lo injusto, posteriormente explicó

que no todo lo objetivo pertenece a lo injusto ni todo lo subjetivo a la culpabilidad, sino que en ocasiones tales elementos son fundamentación del ilícito, sobre todo cuando la exclusión de esos elementos subjetivos da lugar a la desaparición de la antijuridicidad del hecho; en otros casos prodrá hacer referencias anímicas subjetivas del inculpado, y entonces ello, caera en el campo de la culpabilidad.¹⁶

De esta forma, la antijuridicidad para el neocausalismo fue concebida de manera formal-material-subjetiva.

La culpabilidad, en este sistema teleológico, descarta la concepción psicológica ya que era inútil comprobar en la culpa la relación síquica del autor con un resultado, tampoco lograba comprobar en una prelación lógica el dolo del inimputable, así como el dolo en la legítima defensa, estado de necesidad, etcétera.

Surge entonces la llamada teoría normativa de la culpabilidad con la cual se buscó y trató de encontrar otra característica común en la que se pudiera abarcar... el dolo y la culpa, como atributos alternativos del delito, y esa característica se encontró en la reprochabilidad, concepto normativo de referencia elaborado especialmente por Frank, enseña Busch. Con ello el objetivo del juicio de culpabilidad debe ser algo que reside en el ánimo del autor, aclara Jescheck quien culmina: "A los fines del reproche de culpabilidad, lo que interesa no es tan solo la imputabilidad y el conocimiento del tipo, sino sobre todo la cuestión de si el autor pudo actuar personalmente en la forma debida."

De esta forma de un concepto psicológico de culpabilidad, se pasa ahora a uno normativo, conteniendo como formas de ésta –no como especies de la misma como aceptaba el causalismo natural- al dolo y a la culpa, como presupuesto o elemento de ella a la imputabilidad y a la reprochabilidad. Sacó de la misma a los elementos subjetivos para pasarlos al injusto o tipo de injusto, pero formándose un concepto normativo complejo o mixto de culpabilidad ya que seguía aceptando los

¹⁶ Ibidem, p. 22

componentes psicológicos –dolo y culpa- en la misma. Respecto a la segunda esfera en nada vario el sistema.¹⁷

C) TEORÍA FINALISTA

Fundamentos de la teoría de la acción finalista.

Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada "teoría de la acción finalista" que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática de la dogmática llamada "causalista"

La teoría finalista de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del derecho penal desde principios del siglo.

En la década de los años treinta, aparecen publicados los trabajos de Hans Welzel, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, un fin no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea del fin.

Welzel se preocupa de fundamentar la teoría de la acción finalista, no sólo en el plano de los elementos que integran el delito, sino en terreno mismo del derecho penal, como pilar de su propia teoría. Para este ilustre tratadista. "La misión del derecho penal consisten en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social-particulares".

El fundador del finalismo explica que detrás de cada prohibición o mandato se hallan los elementales deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena debe dirigirse sólo a la protección de los básicos deberes éticosociales, como la vida, la libertad, el honor, etc., (principio de exclusividad de los medios punitivos específicos), pues extender la

¹⁷ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, 7ª ed, México, Ed. Porrúa, 1999, p.p. 71-74

punición a conductas que no revisten gravedad de lesión a elementales deberes, degenera en un Estado represivo.

La determinación de esos deberes ético-sociales viene a resultar de la mayor importancia, pues para este autor, los regímenes totalitarios se han podido servir del derecho penal para crear un derecho penal destinados a oprimir a los individuos.

El nacionalismo en Alemania es un ejemplo claro de esta desviación, así el nazismo se apropió de los conceptos "nacional" y "social" para darles una proyección política que atentaba contra los deberes ético-sociales que pregona defender.

En el terreno jurídico el nacionalsocialismo alemán colocó en el lugar del individuo y la sociedad, al pueblo, la nación y la raza. Al derecho se le señalaron metas utilitarias y naturalistas ("lo justo es lo útil al pueblo", "la pena es un medio de limpieza biológica del pueblo"). Estas ideas ya aparecen con anterioridad al nacionalsocialismo, cuando se manejó el concepto de la antijuridicidad material caracterizada como daño social.

Welzel ejemplifica la política penal utilitaria del nacionalsocialismo, cuando nos refiere que el delito de aborto fue sancionado, no por atentar contra la vida en formación, sino por razones de interés de política demográfica, de ahí que en algún momento para las mujeres alemanas estaba totalmente prohibido el aborto y para las mujeres extranjeras en suelo alemán era impune a los ojos de la ley. (Leyes de Protección a la raza)

La política criminal sirvió entonces para asegurar el respeto a las leyes del Estado, antes que el amparo de los bienes jurídicos del ciudadano. El estado se vuelve el "Leviathan" que subyuga el individuo.

En un Estado democrático la política criminal debe apoyarse en una función ético-social. De esta manera, por ejemplo, el presupuesto de la pena debe ser la culpabilidad, no la peligrosidad del autor, pues de no considerarse así, se coloca el

individuo a merced del criterio del juez, quien no va a atender a la magnitud de la culpa y en la medida de ella a su penalidad; sino que va a aplicar una medida finalista preventiva que va apoyarse en la peligrosidad del autor, llegando así a los más criticables excesos.

A juicio del citado tratadista alemán, ahora debe imperar la función ético-social, basada en el consenso de los propios ciudadanos, en el ejercicio democrático de sus derechos y obligaciones.

De esta manera Welzel nos dice:

El verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, ...aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitarias del derecho penal.

La teoría finalista deriva, de las ideas expuestas, la afirmación de que el legislador al crear los tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito, y que no debe violentar esas estructuras sin caer en evidentes contradicciones consigo mismo.

De este modo el legislador debe partir de los conceptos de acción, de antijuridicidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que nos servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre.¹⁸

Importancia De La Teoría Finalista Como Limite Al Poder Del Estado

Acción Finalista.

¹⁸ Orellana Wiarco, Octavio, Op. cit., p.p. 195-199

La teoría finalista de la acción, maneja los conceptos en que se apoya la teoría causalista, es decir se habla de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero tales conceptos son manejados con un esquema distinto, que trae como consecuencia, y ello es lo importante, soluciones a problemas que no encontraban una adecuada solución por la teoría causalista, como son los relativos a la tentativa, la participación, la autoría, etc.

El punto de partida de la teoría finalista de la acción, es como su nombre lo indica, una concepción distinta de la acción de la que maneja la teoría causalista.

Para el finalismo acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.

Por eso la finalidad es –dicho en forma gráfica- “vidente”, la causalidad, “ciega”.

Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en

la medida en que configura objetivamente el acontecer exterior.

La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas, que en las simples acciones diarias se entrecruzan y sólo pueden distinguirse conceptualmente:

1.- La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento. Empieza con:

- a) La anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar. De ello sigue –a partir del fin.
- b) La selección de los medios de la acción para la consecución del fin. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de acción). Este proceso mental se llama, por eso, "de retroceso", puesto que consta el fin y desde él se escogen los factores causales requeridos como medios de acción.

Ahora bien los factores causales elegidos como medios van siempre unidos con otros efectos además del fin perseguido. El fin es siempre sólo un sector de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, también pertenece a la selección de los medios.

- c) La consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin. Este proceso mental no se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, sino hacia adelante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia. La consideración de los efectos concomitantes puede incluir al autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o en caso contrario a dirigir la acción de modo de evitarlos

De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el cómputo en el cálculo de los efectos concomitantes, el actor efectúa su acción en el mundo de real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar.

2.- La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento. En la medida en que no se logra la sobredeterminación final en el mundo real –por ejemplo, cuando el resultado no se produce por cualquier razón-, la acción final correspondiente es solo intentada.¹⁹

Por ello, una acción sólo puede considerarse finalista en relación a los resultados que se haya propuesto voluntariamente el sujeto y de sus efectos concomitantes; y respecto de otros resultados no propuestos, al no quedar dentro de posibles consecuencias concomitantes o secundarias, estaremos en presencia de resultado meramente causal.

Una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr éste, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa.

El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista.

De esa manera el “sujeto que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajeneidad de las cosas o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente, en el sentido jurídico penal ya no actúa en absoluto.

Por tanto, en la teoría de la acción finalista, encontramos que el dolo (y la culpa) se van a ubicar, ya no a nivel de la culpabilidad, sino a nivel de la acción típica.

El dolo y la culpa van a dejar de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría causalista, ahora el dolo y la culpa

¹⁹ Welzel, Hans, Op. cit., p.41-41

constituyen el fin de la acción. Es en la acción donde se plantea el dolo y sus clases y la culpa y sus clases.

En cuanto al dolo, o la acción típica dolosa, se establece que el sujeto al actuar lo hace con un propósito, no pensarlo así sería un absurdo; filósofos tan destacados como Descartes han demostrado que el hombre piensa y luego actúa, en consecuencia a su pensamiento.

Sin embargo, a la teoría finalista de la acción se le ha objetado que en el caso del dolo eventual, o en los delitos culposos, no se pueda hablar de "acción" con sentido finalista, pues en el dolo eventual, o en la culpa con representación y más aún, en la culpa sin representación, afirman que no se podría plantear la "finalidad de la acción, Pero tal situación a juicio del finalismo, se salva, en virtud de que el hombre se propone una "acción finalista", pero al ejecutar ésta se producen consecuencias concomitantes o secundarias, es decir, en el dolo eventual o en la culpa, sea con o sin representación, se ejecuta una acción con una finalidad, pero ésta no se logra, porque se desvía a un resultado concomitante o secundario; tal sería por ejemplo el caso de quien, con finalidad de limpiar un arma de fuego realiza esa acción, pero al hacerlo el arma se le dispara y el proyectil mata a una persona. Este resultado desviado de su acción es secundario, pero nace de una acción finalista.

La omisión en la teoría finalista, la concibe dentro del concepto de conducta humana, es decir, el concepto de acción abarca también a la omisión.

Radbruch sostiene que no es posible hablar de un concepto general que sea comprensivo a la acción y omisión. La acción se traduce en un hacer y la omisión en un no hacer, son pues, a su juicio ideas irreductibles.

Para Von Liszt, la acción y la omisión se pueden equiparar, pues la producción de un resultado y la no evitación de un evento resultan de la voluntad del sujeto y de

la antijuridicidad de ellos. Este autor hacía consistir la omisión en no impedir voluntariamente el resultado.

El finalismo coincide en parte con el pensamiento de Liszt, en cuanto que "puede concebirse una conducta genérica dentro de la cual cabe como subclases el hacer y el omitir (tratándose de hechos dolosos), en cuanto ambos importan comportamientos denominados por una voluntad", pero difieren en que el finalismo señala que acción u omisión son dirigidos a un fin determinado. Para Maurach, la posición finalista unificadora de los conceptos de acción y omisión, ha acuñado las expresiones actuación por hacer y acción por omitir.

Así pues, en la omisión se plantea la exigencia de la acción que el sujeto debe realizar, pero el sujeto debe tener el poder final del hecho, es decir, quien omite la acción debe tener la posibilidad de actuar, sea que esa omisión sea dolosa o bien culposa, como cuando olvide ejecutar la acción que debía realizar y que con una adecuada diligencia debía recordar.

Para Welzel el fundamento de la omisión en una acción esperada propugnada por Mezger es equivocada, ya que no es posible apoyar una posible acción de una indeterminada serie de acciones "la esperada", ni del supuesto de que la víctima "esperara" la acción del sujeto, sino que la omisión se fundamenta en:

- a) En el poder de hecho, que tenía el omitente, de haber realizado la conducta, sujeta a su vez al conocimiento de la situación típica y a la posibilidad real de evitar el resultado;
- b) A la posición de garante del omitente, respecto del bien jurídico lesionado, posición que debe venir de la ley, de un deber contractual, de una obligación profesional, de una especial relación de lealtad, respecto de esas particulares situaciones el omitente tenía la obligación de actuar, se encuentra en una posición en que su actuar está a su cargo, su posición es de garante.

Problema mas complejo son los llamados delitos de omisión impropia o de comisión por omisión. Los delitos de omisión simple o delitos omisión propia, el resultado es de peligro, el bien juridico tutelado sufre riesgo, peligro, pero no se daña, en cambio en los delitos de comisión por omisión, u omisión impropia, si se produce un resultado material.

Los delitos de omisión propia o simple están constituidos por pura inactividad, en el sentido de que se agotan en la simple ejecución de un obrar determinado, sin que sea necesario para su punibilidad ningún efecto externo especial, ni alteración alguna en el mundo exterior.

De esta manera, para el finalismo, la solución al problema de los delitos de omisión o comisión por omisión, se sitúa precisamente en la posición de garante del omitente, pues su posición lo obliga, no sólo a impedir que el bien jurídico corra peligro, sino también el daño material, como es el caso de los delitos de comisión por omisión; lo que ocurre, es que los delitos de omisión propia o impropia se trata de tipos abiertos, en los cuales el juzgador tiene que completar la formula de la ley, y resolver si en el suceso puesto a su consideración el sujeto probable responsable, tenía o no el poder final del hecho y la posición de garante, lo que la ley no tiene posibilidad de consignar en tipos cerrados, porque sería insuficiente cualquier fórmula frente a la inmensa diversidad de situaciones concretas.²⁰

En el sistema finalista como en el causalista el tipo desempeña una triple función:

- a) Una función sancionadora, represiva, de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad);
- b) Una función de garantía, pues sólo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionadas (principio de nullum crimen sine lege);
- c) Una función preventiva; el tipo penal pretende que la prohibición contenida

²⁰ Orellana Wiarco, Octavio, Op. cit., p. 202-207

en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada

Estas funciones que se desprenden de la teoría expuesta por el fundador de la teoría del tipo, son reconocidas por el sistema causalista y el finalista.

Sin embargo la función descriptiva que Beling asignaba al tipo pero sobre todo su carácter objetivo, defendida por el causalismo, no son aceptados por el sistema finalista.

Para el finalismo, la acción (u omisión) se encuentran previstas en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, ésta está impregnada de finalidad; así cuando el tipo dice: al que engañando, al que se apodere, etc, esta considerando acciones graves socialmente negativas, con un sentido finalístico.

De esta forma acción y tipicidad están ligadas íntimamente, pero a la vez siendo toda acción dolosa o culposa, su producción, pertenece al injusto jurídico penal (antijuridicidad).

El injusto está determinado no sólo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto y con esto se lo arranca de la culpabilidad.

La teoría causalista, aferrada a que el tipo queda ubicado como fase objetiva del delito, al igual que la acción, se encontró con el problema de los llamados elementos subjetivos y normativos del tipo.

Al transcurso del tiempo se puso en evidencia que el tipo no sólo contempla elementos objetivos; en efecto si examinamos el tipo de robo encontramos que en este delito, además de elementos objetivos como "apoderamiento" de "cosa"

"mueble" se incluye el que sea "ajeno" y que además sea "sin derecho de quien con arreglo a la ley pueda disponer de la cosa", elementos normativos. El término apoderamiento además de ser un acto objetivo, apreciable por los sentidos, tiene un contenido subjetivo "el ánimo de apropiación", como fue puesto de relieve por los críticos del sistema causalista.

Los elementos "ajeno" no son objetivos, ya que para serlo tendrán que ser percibidos por los sentidos, tienen connotaciones normativas no susceptibles de ser captadas por los sentidos, y de ahí fue como nacieron los llamados "elementos subjetivos del tipo", cambio fundamental de la teoría causalista, pues se rompió el esquema de que la acción, la tipicidad y la antijuridicidad eran la fase objetiva del delito, y la culpabilidad la subjetiva.

Para el finalismo, el tipo esta compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también subjetivos. La acción u omisión humanas subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como subjetiva (el llamado tipo subjetivo).

De acuerdo a lo expuesto por Welzel, para que una acción final pueda ser considerada como delictiva debe satisfacer los tres elementos que la convierten en delito, es decir, que sea típica, antijurídica y culpable. La culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que antijuridicidad, a su vez ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.²¹

Para el sistema causalista, la antijuridicidad, en un principio con Beling, se

²¹ Welzel, Hans, Op. cit., p.45

encuentra separada del tipo; posteriores autores como Mayer, Hegler y Mezger nos hablan de que el injusto penal se integra por la tipicidad y la antijuridicidad.

En la antijuridicidad, se manejan dos conceptos; el formal, como contradicciones entre la conducta y el derecho; y el material, que se concibe como lesión a intereses sociales (Liszt); o contradicción a las normas de cultura (Mayer); o lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados. En realidad la antijuridicidad formal y la material son aspectos de una misma cuestión, quien contraría la ley, también actúa contra la norma, contra los bienes jurídicos tutelados.

El sistema causalista favorece una concepción objetiva de la antijuridicidad. En efecto, en este sistema se sostiene que entre la conducta y el resultado se presenta una relación causal, la que se da en un plano objetivo; la relación psicológica que persigue la acción y el resultado debe estudiarse en el plano subjetivo, en la culpabilidad. La antijuridicidad, contradicción entre la conducta y la norma jurídica, debe limitarse al impulso voluntario de la acción (al movimiento corporal o su ausencia) el contenido o fin de esa voluntad pertenece a la culpabilidad, al aspecto subjetivo del delito.

La antijuridicidad para el finalismo se debe observar desde los planos objetivo y subjetivo. El primer plano denominado norma objetiva de valoración radica en que la norma valora objetivamente en un nivel abstracto las acciones (u omisiones) valiosas o no-valiosas (desvaloradas); y en un segundo plano, llamado norma subjetiva de determinación, se propone motivar subjetivamente a sus destinatarios imponiéndoles el deber de decidirse conforme a la valoración de la propia norma.

La acción antijurídica en cuanto contradice la norma jurídica como norma jurídica de valoración y al mismo tiempo la acción es antijurídica porque contradice a la norma subjetiva de determinación y en este segundo plano se enlaza con la culpabilidad cuando el sujeto pudiendo adecuar su conducta a la no violación de la norma se decide a ejecutar la misma. La antijuridicidad y la culpabilidad como conceptos lógico jurídicos en estrecha unión, se encuentran precedidos por la acción típica.

Por tanto, en el finalismo se distingue entre antijuridicidad e injusto. La antijuridicidad es contradicción entre la acción y las exigencias de la norma. El injusto es la conducta antijurídica. La antijuridicidad es un predicado. Lo injusto un sustantivo. Se reconoce que en la antijuridicidad existen elementos objetivos y subjetivos (normativos) y se destaca el concepto del injusto personal.

Respecto a la culpabilidad, el finalismo, al ubicar el dolo y la culpa en el tipo y dar con ellos contenido a la voluntad, la culpabilidad queda reducida al reproche, éste se formula al autor, porque teniendo la obligación de conducirse de una manera y habiendo podido hacerlo así, se decidió por otro comportamiento, en abierta contradicción con el orden jurídico. Deber y poder son dos columnas esenciales a esta categoría. "En este poder en lugar de ello del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor de su conducta antijurídica."

La reprochabilidad no puede darse a menos que estén presentes tres elementos: capacidad de culpabilidad, posibilidad de comprender lo injusto y la exigibilidad del deber. El primero se refiere al presupuesto existencia de la imputabilidad; esto es, a la capacidad de autodeterminarse en su actividad conforme a lo demandado por el derecho. Esa aptitud requiere del sujeto un desarrollo físico y mental, suficiente y adecuado para evaluar sus actos de acuerdo con las concepciones éticas de la comunidad. Dicha capacidad, en términos generales, se señala en la ley tomando como base el concepto de mayoría, en el que suelen coincidir las legislaciones penales y civiles, salvo algunas excepciones apreciadas en el derecho comparado.

La ausencia de los componentes de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, da cabida a los elementos negativos que fundamentan la imposibilidad de autodeterminarse y conocer la antijuridicidad de la conducta, originados de estados mentales anormales constitutivos de perturbaciones psíquicas. En tales

casos el ámbito de autodeterminación del sujeto no le permite actuar, responsable y libremente, debido a causas existentes en su propia constitución física y mental. En tanto "poder" de comprender y actuar en libertad, la capacidad de culpabilidad es graduable, pero deberá establecerse en forma existencial referido no a la categoría hombre sino al sujeto concreto y supuesto, tomando en consideración las reales y concretas condiciones en medio de las cuales tuvo lugar su comportamiento típico y antijurídico.

La posibilidad de comprender lo injusto implica que el autor debió estar en condiciones de tener consciencia de la contrariedad de su conducta respecto del derecho, así como de actuar en consecuencia con esa comprensión, es decir, también se requiere tener libertad, en la situación particular y concreta, de observar el imperativo de la norma. En este nivel lo determinante es la dosis de conocimiento que el sujeto imputable esté en condiciones de tener en cuanto a lo reprochable de su actuación; por eso el elemento negativo consiste en la imposibilidad de reconocer lo antijurídico del comportamiento, situación que da origen al denominado "error de prohibición". Este por las consecuencias que produce permite ser clasificado en vencible o invencible.

Tanto la capacidad de culpabilidad como la posibilidad de comprender lo injusto, están fundados en lo que Welzel llama "autodeterminación conforme a sentido", que no es sino el libre albedrío pero limitado por el deber de orientar la conducta conforme al valor, lo cual le imprime una dirección positiva al comportamiento del hombre. A partir de este fundamento ético-filosófico, la carencia de "sentido" en el acto del hombre. Por lo tanto si el autor no tiene esa capacidad de autodeterminarse conforme a sentido, no es posible formularle el reproche y por lo mismo no podrá ser considerado culpable de su conducta antijurídica.

La exigibilidad consiste en que el autor debe estar obligado por un deber legal, que le es exigible en el caso concreto, a comportarse de conformidad con la norma y no como lo hizo. Su conducta debe constituir, además de la mera contradicción con

el imperativo penal, una auténtica negación de ese deber que le exige conducirse de una determinada manera; en otras palabras, no debe tener a su favor ninguna causa productora de la inexigibilidad de la conducta señalada en la norma.

Asimismo, la ley penal, a través de su elemento normativo, ordena una conducta y espera su cumplimiento de parte de todos, pero bajo determinadas circunstancias puede permitir que a un sujeto particular, autor de una conducta antijurídica concreta, no se le reclame la no observancia de ese comportamiento. Aparecen así los elementos negativos de la culpabilidad, dimanados de la inexigibilidad de la conducta mandada por la norma. El más relevante, en esta concepción de la culpabilidad, es el estado de necesidad exculpante.²²

Finalmente, el finalismo, respecto a la responsabilidad penal, se apoya en el grado de culpabilidad, en los criterios de la posibilidad del sujeto de motivarse conforme al precepto legal, y en la medida de esa motivación será el grado de culpabilidad. Predomina la culpabilidad por el acto o por el hecho.

²² Monterroso Salvatierra, Jorge, Op. cit., p.p. 111- 113

CAPITULO II

EL TIPO

1.- CONCEPTO DE TIPO

Dentro de la dogmática jurídico-penal, el concepto de tipo, como se analizó en el capítulo anterior, ha sido objeto de múltiples y diversas opiniones, desarrolladas a lo largo de la historia de la citada dogmática y como consecuencia de las renovadoras aportaciones de diversos autores y de las conformaciones de derecho positivo que han hecho referencia al concepto, incluso, originalmente, respecto a la vos *hábeas delicti* o cuerpo del delito, que como se vio, esencialmente, representa la raíz del vocablo tipo penal.

Sin embargo, con el fin de aclarar lo más posible lo que considero la complejidad del concepto, en este capítulo citaré algunas formas o maneras con las que se ha identificado el vocablo, atendiendo a los 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.

Se ha estimado por destacados autores de la materia, que el antecedente de la noción del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, posteriormente desarrollado por Ernesto von Beling, usado en leyes y códigos de ascendencia latina y el cual perdura en algunos hasta nuestros días. Aunque primitivamente el desenvolvimiento del concepto no se apartó del ámbito procesal, en el cual se

identificó con la prueba material del delito, posteriormente se le dio significado diverso, confundiéndolo con el objeto material del mismo o con el hecho descrito en la ley, llegándose, en algunos casos a confundir tal concepto con el de tipicidad.²³

EL TIPO EN SENTIDO AMPLIO

Se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hicieron referencia, como vieja acepción del término Ernesto von Beling y Franz von Liszt. Mezger alude a la palabra tipo en el sentido de la teoría general del Derecho, como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica.

TIPO PENAL EN SENTIDO ESTRICTO

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

Antes de la obra de Beling, en 1906, 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. De esa manera Binding, lo deducía como consecuencia de afirmar que el delincuente no obra contra la ley sino contra la norma que en aquélla se contiene.

Por tanto, unos de los aspectos más trascendentes de la consideración de Beling fue arrancar el concepto de especie delictiva, concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos (previstos 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

²³ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, 5ª ed, México, Ed. Porrúa, 1984, p. 260

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

Para Hans Welzel, el tipo en 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.²⁴

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.

²⁴ Luna Castro, José, *El concepto de tipo penal en México*, 1ª ed, México, Ed. Porrúa, 1997, p.p. 69-70

Dentro de la estructura Beligniana se debe distinguir:

a) El deliktstypus (tipo de delito) o sea la descripción que hace la ley de un hecho cualquiera (apoderamiento de una cosa ajena; privar de la vida a otro); es el esquema legal o la llamada por los italianos figura del delito;

b) El Tatbestand legal o leitbild, es el primitivo tatbestand; constituye la figura rectora, vacía de contenido, cuya naturaleza es puramente descriptiva y objetiva, haciendo por ello posible reunir en sí los tipos de ilicitud y de culpabilidad;

c) El unrechtstypus o tipo de licitud, que se identifica con el hecho antijurídico referido a una determinada figura (la muerte injusta de un hombre por otro; el apoderamiento ilícito de una cosa ajena);

d) El tipo de culpabilidad, el cual no es sino la culpabilidad típica, el dolo concreto exigido por una determinada figura y que en unión del unrechtstypus (tipo de ilicitud) va a llenar el leitbild o tatbestand legal;

e) El tatbestandsmäßigkeit o adecuación típica constitutivo de la relación entre el hecho concreto y real y el deliktstypus o tipo de delito; es la acción que da contenido real al tatbestand legal, y

f) La typizität o tipicidad, que expresa la necesidad de acuñar los delitos en tipo y no en definiciones genéricas y vagas. La ley penal moderna, correctamente hecha, no dirá, pues: el ladrón sufrirá tal pena, sino que definirá la acción que constituye al sujeto en ladrón y solamente a través de esa acción podrá considerarse la culpabilidad del sujeto; dirá, pues: el que se apodere de una cosa mueble total o parcialmente ajena. Y con figuras de acción como ésta se integrará todo el Código Penal.²⁵

TIPO GARANTIA, SISTEMATICO Y 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

²⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, Op. cit., p.p. 262-263

relacionar la idea de tipicidad con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en cuya virtud tan sólo pueden sancionarse aquellas conductas que han sido previamente previstas por la ley y conminadas con pena.

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

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 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 fundamentado, 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 solo 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 la estima como mucho mas 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.²⁶

Finalmente, en términos generales podemos decir que tipo es la descripción que hace el legislador en la ley penal.

2.- TEORIA DEL TIPO

²⁶ Luna Castro, José, Op. cit., p. 71

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:

PRIMERA FASE: La Independencia

La tipicidad en su primera fase tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Matar a un hombre es el tipo del delito de homicidio. Es una mera descripción, establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que se concreta en la característica del delito llamada antijuridicidad. Finalmente, el juicio que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y de reprochárselo a título de dolo o de culpa, se hace en virtud de la culpabilidad. Beling amplió y modificó su teoría del tipo en 1939, manteniéndole, no obstante, su papel independiente de mera función descriptiva.

De esta forma la teoría de Beling descompone en elementos la estructura del delito, para analizar cada uno de ellos independientemente de los otros tres. Pero se trata de una independencia meramente académica, es decir, para su estudio y conocimiento teórico, porque para reprochar un fenómeno llamado delito a un autor, es preciso que en su vivencia se conjuguen, esto es, se fusionen, los cuatro elementos con la apariencia de una unidad perfecta e indestructible; por lo tanto, el delito es un hecho, pero típico, antijurídico y culpable, según su fórmula en ese entonces.

La teoría de la tipicidad, cuando fue expuesta por Beling en 1906, no recibió acogida favorable por parte de los tratadistas alemanes, que desdeñaron su importancia, llamándola inútil complicación. Binding, dedica a Beling y a su doctrina una nota tan llena de violencia como de injusticia. En el extranjero la noción de tipo se ignora entonces en absoluto, ya que sin Mayer la tipicidad se hubiera olvidado.²⁷

²⁷ Jiménez de Asúa, *Lecciones de derecho ...*, Op. cit., p. 156

SEGUNDA FASE: Carácter indiciario

Esta fase se halla expuesta en el Tratado de Derecho Penal de Mayer, que aparece en 1915, en la cual se plasma que la tipicidad no es ya una mera descripción, pues le atribuye el carácter indiciario, lo que permite inferir que los hechos que el legislador tipifica tienen capacidad o aptitud para ser antijurídicos: van a ser antijurídicos, cuando sean realizados. La descripción típica contiene una aptitud o potencia de ser antijurídico, cuando de descripción gramatical se convierta en fenómeno presente. Por eso decía Mayer que la tipicidad es la ratio cognoscendi (razón del conocimiento) de lo antijurídico, esto significa que por la tipicidad se infiere lo antijurídico del hecho tipificado.

Mantiene Mayer la separación entre los elementos constitutivos de la estructura delictual, pero admitiendo una coexistencia o explicación del uno en el otro, de manera que, aún académicamente, no es posible analizar uno sin dirigirse a los demás, inclusive teóricamente, esto es, mantiene la independencia entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero afirma que el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuridicidad. La función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, como, por ejemplo, la inclusión en el tipo de robo de la cualidad de cosa ajena.²⁸

TERCERA FASE: De La Ratio Essendi De La Antijuridicidad

Es a Mezger a quien se debe el concepto de que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, concepto con el cual subraya que la ley tipifica lo antijurídico y no el hecho escueto. Esto quiere decir, que según él, lo que se tipifica en la ley es un "hecho injusto".

Admitiendo que el delito es un hecho de la vida real, y que este se abstrae en la ley con forma gramatical, para efectos de su análisis académico se descompone

²⁸ Ferreira, José, Op. cit, p. 111

en partes o elementos constitutivos, pero al analizar tales elementos, Mezger va más allá del pensamiento que en 1915 expuso Mayer; para este el tipo es una abstracción escrita del hecho y, al propio tiempo, un indicio de que será antijurídico cuando alguien lo realice; es decir, cuando sea presencia. En cambio para Mezger en el tipo se describe un hecho antijurídico, porque precisamente la razón para su tipificación, es que choque o colisione con un derecho tutelado. Lo presente o fenoménico del delito, es que se trate de un hecho injusto por lo tanto al describirse en el tipo, se describe su injusticia. Por eso decía Mezger que la tipicidad es la razón de ser lo antijurídico, en tanto que para Mayer es la razón de conocer su antijuridicidad.

Es así como Mezger describe lo injusto objetivo como algo distinto de lo injusto subjetivo: el primero es el choque real o fenoménico entre el autor del hecho típico y el titular del derecho protegido por la ley penal. El segundo, es la descripción en la figura típica de un hecho capaz de producir semejante colisión. Al injusto objetivo lo denomina sencillamente el injusto, al injusto subjetivo le concede la denominación de antijurídico. Por esto, para Mezger lo injusto del delito es la vivencia real o fenoménica de lo antijurídico.

En esta forma, Mezger considera la tipicidad como la explicación o ratio essendi (razón de ser) de lo antijurídico. Y por ello su definición o concepto sobre delito, decía que este es una "acción típicamente antijurídica y culpable", con lo que fusionaba intelectualmente tipicidad y antijuridicidad. La injusticia, que objetivamente, es un ataque al derecho ajeno, se convierte en palabras escritas y se coloca en la ley construyendo con ella un molde típico la cual se denomina antijurídico.

Mezger resume su pensamiento sobre la tipicidad de lo antijurídico diciendo que lo antijurídico objetivo no es una característica estructural o académica del delito, sino un carácter fenoménico y vivencia del delito. El hecho que se describe es antijurídico, con lo cual se coloca en la misma posición que asumió Arturo Rocco en 1932 cuando sostuvo que lo antijurídico no es un atributo o elemento de un fenómeno llamado delito, sino que es la razón de ser de este fenómeno como un

delito. No se trata de sumar elementos: acción, más tipicidad, más antijuridicidad, más culpabilidad, para que dé un resultado necesario: delito. Todo él es antijuridicidad, porque no se puede entender un hecho sin su cualidad de antijurídico, ni dentro ni fuera de los tipos.²⁹

CUARTA FASE: Defensiva

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.³⁰

Como fenómeno el delito no es descomponible en elementos, que forman su estructura. No tiene partes componentes, sino que es una totalidad compacta, imposible de entender como solo acción o solo tipicidad, o únicamente antijuridicidad o exclusivamente culpabilidad. Fenoménicamente es todo eso, pero completamente eso, y actuante y dañino, reprochable y punible. De esta manera, el hecho se entiende como una imagen unitaria o figura rectora o cuadro dominante, como Beling, lo llamó. Reúne en ella todos los elementos que estructuran una tipicidad, es decir, se trata de una conjunción de elementos objetivos y subjetivos en una figura viviente y no tipificada en los moldes de la ley penal. Existe en el mundo fenoménico y en el mundo cultural del juez. Es un concepto que él tiene sobre el hecho vivo que conocemos con el nombre de delito. Cuando se trate de describir hechos en el texto de la ley, se hacen los tipos de delitos que emergen de los lineamientos generales de la figura rectora. Esta es, por lo tanto, el género del delito, su imagen conceptual. Los tipos de delitos son su concreción en los moldes de la ley.

El tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en

²⁹ Ibidem, p.p. 111-112

³⁰ Luna Castro, José, Op. cit., p. 15

sus elementos materiales, y pasa a ser una "imagen rectora" que preside cada especie delictiva; la tipicidad será la adecuación a la "imagen rectora" no a la especie delictiva. De esta manera Beling busca dar solución a problemas como la tentativa, o a la complicidad, que no podían encuadrarse en la específica descripción típica, pero sí a la "imagen rectora".³¹

QUINTA FASE: Destructiva

Los criterios o concepciones del nacionalsocialismo (nazismo hitleriano) 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.

El mismo autor cita a Georg Dahm, a quien califica como extremista exaltado, que se dedicó a 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, 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.

³¹ Orellana Wiarco, Octavio, Op. cit., p. 219

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 nacional socialista sólo consideraba la voluntad criminal y sin tomar en cuenta el resultado. Pero eso 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, 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.

Afirma también Jiménez de Asúa que tanto en Alemania como en la URSS al fomentar derechos autoritarios, se destruyeron, los principios del 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.

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.

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.

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.

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 siguen perteneciendo a la parte objetiva de ese esquema sistemático.

Según expone Zaffaroni, 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 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 aun cuando consideró al dolo en el tipo de injusto y una culpabilidad normativa, en tanto que Zu Dohna estimaba una división tripartita admitiendo un tipo objetivo (abarcado por la culpabilidad).

Finalmente, con Hans Welzel (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.

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 opuestas relativas precisamente a la diferente manera de considerar su contenido, es.

decir, los componentes que lo conforman.³²

3.- ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL

El delito es una forma de conducta: la conducta desenvolviéndose y fluyendo continuamente en la realidad, presenta frente a toda posibilidad de descripción, el aspecto de algo infinito. Las normas que quieran captar esta conducta, no pueden proceder sino mediante esquemas que intenten recoger de la realidad solamente una serie de notas, porque la realidad presenta una pluralidad tal de datos que es imposible que una norma los describa a todos. La sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica que se recoge en la figura típica modela su forma e integra sus elementos. No existe una técnica legislativa única de tipificar penalmente conductas antijurídicas, ya que forzosamente ha de influir en la estructura y contenido del tipo la sencillez o complejidad fenoménica de la conducta que en él se quiere describir. Es diversa la estructura del tipo delictivo cuando en él se describe un comportamiento o se recoge un resultado material y tangible, que cuando se tipifican conductas normadas por la especial situación anímica en que se halla el sujeto que actúa o por una expresa referencia a su valoración. El más somero examen de las conductas tipificadas en el Código Punitivo o en una ley especial, pone de relieve que en la configuración de las mismas entran en juego elementos de alcance diversos.

El comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado, unas veces mediante una mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras mediante expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta y otras diversas, mediante el especial aprecio de la proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor.³³

Por lo tanto, el análisis de los llamados elementos del tipo, sin duda representa una problemática de considerable dificultad, pues como se puede entender 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

³² Luna Castro, José, Op. cit., p. 15-19

³³ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, tomo I, 6ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 73

respecto de él se hagan; consecuentemente, en términos generales, esos elementos suelen clasificarse en: objetivos, normativos y subjetivos.

Por otra parte, como ya se mencionó al hablar del sistema clásico, neoclásico y finalismo, el tipo es un concepto jurídico moderno, creado en 1906 por el alemán Beling. Para este autor, el fundamento de la tipicidad yace sobre la esfera objetiva; es decir, en esta función descriptiva objetiva, lo subjetivo pertenece al mundo subjetivo o psicológico, a la culpabilidad. A partir de Welzel, el tipo deja de ser una mera descripción objetiva del delito, se convierte en un fenómeno complejo, comprensivo de la voluntad, de la manifestación de la voluntad y el resultado, al que define como "una acción antijurídica, plasmada en una figura enlazada al resultado"; en consecuencia, se ha impuesto de modo general en la ciencia alemana la separación de tipo objetivo y subjetivo, en la que también se basa el presente trabajo, para un mejor entendimiento.

a) TIPO OBJETIVO

Como ya se ha expuesto, en 1884 Franz von Liszt analizó de manera sistemática el delito a partir de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. El injusto se conformaba exclusivamente de caracteres externos objetivos de acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad, después gracias a Beling, se terminaría de conformar con la introducción del concepto de tipo, el cual se caracterizó por dos notas: es objetivo y libre de valor (no valorativo). El tipo es puro objeto de la valoración, mientras que la valoración de ese objeto se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad.

El sistema neoclásico siguió manteniendo la fundamentación del tipo objetivo en las teorías causales, aunque rectificadas, y el cambio más relevante radica en la inclusión de los elementos normativos, con lo cual el tipo objetivo quedaría conformado de elementos descriptivos (causales) y elementos normativos.

En el sistema final de la acción asumió los postulados de la teoría causal a nivel de tipo objetivo. Así el tipo objetivo del injusto comprende:

Los elementos objetivos del acto, integrados ante todo por la acción de

ejecución con la lesión del correspondiente bien jurídico (en tanto en cuanto pertenezca esta última al tipo), así como por los demás medios y formas de ejecución y las restantes modalidades de la acción, como el tiempo y el lugar.

Como se puede deducir, el sistema final de acción no varió intrínsecamente el tipo objetivo y ello es así porque su aporte máximo radicó en la inclusión definitiva del tipo subjetivo, en el cual centró toda su atención.³⁴

Finalmente, la objetividad del tipo penal significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor. Todo suceso subjetivo, transcurrido en el interior anímico del autor, no corresponde al tipo penal.³⁵

El tipo objetivo se puede dividir en elementos descriptivos y normativos.

ELEMENTOS DESCRIPTIVOS

El tipo penal es por naturaleza eminentemente descriptivo. En él se detalla, con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial de un código tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible. Para la ley penal moderna puede reputarse correctamente confeccionada, no será bastante que nos diga: "El ladrón sufrirá tal pena", sino que deberá definir la acción que constituye al sujeto en ladrón, mediante la descripción de las peculiaridades que constituyen la acción de robar.

Los tipos penales describen, por lo general, estados o procesos de naturaleza externa, susceptibles de ser determinados espacial o temporalmente, perceptibles por los sentidos objetivos, fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva y apreciables por el Juez mediante la simple actividad del conocimiento. Así, por

³⁴ Díaz Aranda, Enrique, *Dofo*, 2ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 8, 24 y 50

³⁵ Roxin, Claus, *Op cit.* p. 57

ejemplo, el tipo de homicidio del artículo 302 del Código Penal Federal, "privar de la vida a otro", contiene una objetiva descripción de conducta. Es también tipo de simple descripción objetiva, si se tiene en cuenta la sola letra de la ley y se renuncia a profundizar en sus raíces ontológicas.³⁶

Por lo tanto, de acuerdo a la estructura o forma de composición de las diversas concepciones teóricas que respecto al análisis de los elementos objetivos se han hecho, en términos generales, podemos señalar los siguientes:

1) Conducta

La doctrina mayoritariamente ha considerado que la acción y la omisión son las dos diferentes formas que puede adoptar la conducta, entendida ésta como comportamiento humano voluntario que se manifiesta exteriormente.

Los tipos delictivos contienen siempre una descripción de conducta. Los movimientos e inercias corporales, resultados externos y estados o procesos que describen, objetivizan la conducta humana. Según que en la figura típica se determine de un modo más o menos detallado la conducta descrita.

La descripción abstracta y objetiva de conducta antijurídica recogida en el tipo penal, contiene un verbo activo –matar-, en el homicidio; apoderarse, en el robo, etc, que reviste la trascendente importancia de encerrar la verdadera esencia o núcleo del tipo.

2) Lesión o Puesta En Peligro Del Bien Jurídicamente Tutelado

De la anterior redacción se desprenden las siguientes afirmaciones:

- a) Todo tipo penal tutela, cuando menos, un bien jurídico, y
- b) La agresión a este bien jurídico puede realizarse mediante: su lesión o exponiéndolo a peligro.

³⁶ Jiménez Huerta, Mariano, Op. cit., p.p. 38-40

Por tanto, a diferencia de lo que acontece con otros elementos cuyos contenidos expresamente aparecen descritos en el tipo, el bien jurídico que éste tutela no siempre se menciona en la redacción del tipo, supuesto en el cual se requerirá para precisar aquél de una interpretación de los elementos expresos de éste.

Dicho lo anterior, por bien jurídico protegido, se entiende el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal. Reinhart Maurach señala como bienes jurídicos de los individuos: la vida, la vida en gestación, la integridad corporal, la libertad personal, la autodeterminación sexual, el honor, la esfera de la privacidad, el derecho sobre la morada propia, así como el patrimonio en sus diversas manifestaciones; y como bienes jurídicos de la colectividad: los valores comunitarios, supra estatales, la paz interna y externa, el sentimiento de piedad, la humanidad, la obligación de ayuda al prójimo, la seguridad del tráfico jurídico, el aseguramiento ante peligros comunes, la subsistencia del estado en cuanto tal, el poder estatal en sus diferentes formas de manifestación, la administración de justicia y la pureza de la actividad funcionaria.

Por lo que hace a la segunda aseveración, respecto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, la doctrina por una parte ha considerado que en algunos tipos penales el legislador toma en consideración aquellas conductas productoras de daño para el objeto del ataque en que encarna el bien jurídico protegido y en otras simplemente la probabilidad de que dichos objetos puedan ser dañados, lo cual se traduce en una puesta en peligro del citado bien, diferenciado los tipos penales de lesión de los de puesta en peligro.³⁷

3) Medios o Formas de Comisión

Son el instrumento o la actividad distinta de la conducta, exigidas en el tipo, empleadas para realizar la conducta o producir el resultado.

³⁷ Sosa Ortiz, Alejandro, *Los elementos del tipo penal*, 1ª ed, México, Ed. Porrúa, 1999, p.p. 94-96

Los tipos en numerosos casos exigen determinados medios originándose los llamados "delitos con medios legalmente determinados" o "limitados" y ello quiere decir, que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exija el tipo correspondiente. De aquí que Mezger exprese que por delitos con medios legalmente determinados debemos entender aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina.³⁸

Los medios utilizados, descritos en el tipo son de dos clases:

- a) Toda actividad con la que el sujeto determina el efecto relevante para el derecho penal o la torna más grave, como ejemplo la violencia en el delito de violación y el engaño en el ilícito de estupro.
- b) Los objetos o las fuerzas existentes fuera del hombre, los cuales son utilizados o puestos en movimiento por el agente para la producción del efecto, como ejemplo, el delito de robo cometido por persona armada o que utilice o porte objetos peligrosos.

4) Circunstancias de Lugar, Tiempo, Modo y Ocasión.

Según la forma como se estructuran los tipos, el hecho en el cual participan varias personas puede agravarse o atenuarse conforme a cualidades emanadas de la persona del autor o de la víctima, y a circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, con que el hecho típico se ejecute.

Según el diccionario académico, circunstancia es un sustantivo que señala accidentes en el tiempo, lugar y modo de ejecución de un hecho, y que están tan unidos sustancialmente al desarrollo del mismo, que lo influyen, o lo modifican como hecho punible. En la gramática española, las circunstancias se introducen en el

³⁸ Porte Petit, Celestino, Op. cit., 344 a 345

predicado de la oración con voces o vocablos que modifican el verbo; por lo tanto, dichas circunstancias se pueden definir de la siguiente manera:

- Circunstancias de lugar, son las referencias de lugar o espacio vinculadas con la realización de la conducta típica.
- Circunstancias de tiempo, son referencias temporales dentro de las cuales ha de realizarse o prolongarse la conducta o que se relacionan con el resultado material. En relación a las mismas Mezger expresa que la ley a veces establece determinados medios temporales como típicos y por tanto, no caerá bajo el tipo, la ejecución en tiempo distinto del que se señala en la ley.
- Circunstancias de modo, a este vocablo se le define como forma variable que puede o no recibir un ser, sin que por recibirla se cambie o se destruya su esencia. Forma o manera particular de hacer una cosa.
- Circunstancias de ocasión, es la situación especial, requerida en el tipo generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.³⁹

5) Objeto material

Ontológicamente, objeto es todo aquello que puede ser materia de conocimiento, y cuando se refiere al movimiento humano, el objeto es sensible o material. Cualquier cosa, animal o persona puede serlo. Todo lo que tiene substrato corpóreo y es perceptible por los sentidos, lo es. Al contrario, el objeto jurídico, como quiera está integrado por derechos o intereses, es tangible o abstracto.

Asimismo ha sido definido por diversos autores como el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo, dice Olga Islas. Para Jiménez de Asúa, es toda persona o caso que forme parte del tipo y Edmundo Mezger define como objeto del delito o la acción a aquél objeto corporal sobre el que la acción típicamente se realiza.

³⁹ Ferreira, José, Op. cit., p. 202

6) Sujetos Activos y Pasivos

El sujeto activo es la persona física que realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el que causa la lesión al bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal; también se les conoce con el nombre de agente, sujeto-agente, actor o autor.

Para precisar conceptos, parece conveniente distinguir entre sujeto activo y destinatario de la ley penal; el primero es la persona que ejecuta la conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal determinado; el segundo es, en cambio, la persona a quien se dirige el mandato implícito de la norma penal. En este orden de ideas, la calidad de sujeto activo solo surge en el momento en que alguien desarrolla el comportamiento típico a tiempo que la calidad de destinatario resulta de la mera condición de ser humano; podría decirse entonces que el destinatario es un sujeto activo potencial.⁴⁰

También algunos delitos exigen una cierta calidad específica en el sujeto activo, con la consecuencia de que si tal calidad no se reúne, el tipo delictivo de que se trate no se conforma.

A diferencia de los delitos que exigen una cierta calidad específica en la persona del sujeto activo denominados como "delitos propios o *delicta propria*, se presentan también los delitos que no exigen tal calidad específica y que son denominados *delicta comuna*, los cuales pueden ser cometidos por cualquier persona. En estos casos frecuentemente el tipo delictivo, utiliza expresiones tales como "el que", "quien", "los que", "al que", etc.

Por otra parte, respecto al sujeto pasivo Antolísei lo define como: "el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito"

⁴⁰ Reyes Echandía, Alfonso, *Obras completas*, tomo I, Bogotá Colombia, Ed. Temis S.A., 1998, p. 340

Así, tenemos que sujeto pasivo del delito es la persona física o moral, titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro, por la conducta típica, que genera la violación al deber contenido en la prohibición o mandato previsto en el tipo penal.

Algunos tipos delictivos exigen una cierta calidad específica, sin la cual, el delito de que se trate no podría producirse. Debe distinguirse, aquí, entre los conceptos del sujeto pasivo y de la víctima u ofendido del delito. Aun cuando frecuentemente son coincidentes, no siempre acontece así. Víctima es la persona física que resulta directamente afectada por la conducta que causa la lesión al bien jurídico, sin que ello sea obstáculo para reconocer como posible sujeto pasivo a un tercero que resultara ser el titular del bien jurídico.⁴¹

ELEMENTOS NORMATIVOS

Los tipos penales contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos, es ello a menudo debido a exigencias de técnica legislativa, pues, en ocasiones, para tipificar una conducta es necesario incrustar en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.

Como se ha expuesto en el presente trabajo, los autores causalistas, como Beling, niegan la existencia de los elementos normativos y consideran que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos, ya que en ellos no se expresa la valoración jurídica que califica lo antijurídico. Los conceptos jurídicos que contienen los tipos penales se presentan, afirma Beling, simplemente como materia de reglamentación y, por ende, no tienen naturaleza normativa. El legislador para tipificar una conducta utiliza toda clase de elementos: el comportamiento corporal, la

⁴¹ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal parte general*, México, Ed. Cárdenas, 1998, p.p. 339-340

situación vital de la que éste proviene y el estado de cosas que el mismo ha creado. No puede impedirse al legislador que se sirva de referencias jurídicas de la conducta - cosa ajena, ejercicio ilegítimo de un cargo -, en la construcción de los tipos. Sin embargo, estas expresiones jurídicas despliegan tan sólo una función descriptiva y nada anticipan sobre la antijuridicidad.

Frente a la posición negativa de Beling, debe situarse la ampliamente admisiva de Mezger. Este considera como elemento normativo del tipo todo aquel que para ser determinado requiere una previa valoración. Mientras que los elementos típicos subjetivos y objetivos, se refieren a aquellas partes integrantes del tipo penal fijadas por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos, corporales y anímicos, y, en consecuencia, han de ser constatados caso por caso por el juez cognoscitivamente, en los elementos típicos normativos se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho.

Los elementos típicos normativos son, según Mezger, extraordinariamente numerosos, pues incluso hace suya la afirmación de Erik Wolf, de que todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos, y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente tipificados.

Para Mezger, son de pura índole normativa los elementos que exigen una valoración jurídica o cultural. Los que exigen una valoración jurídica los hallamos atravesando en todas direcciones los tipos penales y son elementos de valoración cultural aquellos que en el proceso valorativo han de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen a la esfera misma del Derecho.⁴²

Asimismo, el autor Italiano Giuseppe Ruggiero opina que tales elementos pertenecen al tipo y son determinables de conformidad con una cualificación que se desprende de normas técnicas, morales o jurídicas.

⁴² Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit., p.p. 44-47

Bettioli 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.

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

Para otros autores, como 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, considerándose además que esa valoración resulta indispensable para lograr captar el sentido de la norma.

En cambio Jiménez de Asúa los califica como "impaciencias del legislador" y no encuentra razón para que se consignen expresamente en el tipo, y cuando allí aparecen cree que dan lugar a "tipos anormales". Debemos precisar, no obstante, que las críticas precedentes solo se refieren a aquellos ingredientes normativos que apuntan hacia el fenómeno de la antijuridicidad genéricamente entendido (antijurídico, contrario a derecho, fuera de los casos permitidos por la ley) y que, por lo mismo, no estarían agregando nada sustancial al tipo, como que serían notas subsumibles dentro del concepto de antijuridicidad.

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

De acuerdo a lo anterior, los primeros serán aquellos en los cuales para desentrañar su contenido se atenderá a lo que establece la ley respecto a la definición de dichos elementos.

En cambio, los elementos normativos de valoración cultural 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, sino con criterio objetivo, o sea, según la conciencia de la comunidad.⁴³

En por ello, que la concepción de elementos normativos de valoración jurídica y cultural es la aceptada por nuestros legisladores, para interpretar a dichos elementos.

Por otra parte cabe precisar que la presencia de los elementos normativos en el tipo constituye no solo la solución de un problema técnica legislativa sino de política; en efecto, la introducción de tales elementos aumenta el poder discrecional del juez y le da mayor elasticidad a los tipos penales, por lo que aquellos regímenes cuyo sistema de gobierno descansa sobre una concepción rígida de la libertad individual no aceptan de buen grado una amplia discrecionalidad judicial y por eso tienden a crear tipos en los que predominan cerradas descripciones objetivo-formales. Esto significa, dice Bettiol que, en principio, los elementos normativos responden a una concepción autoritaria del derecho penal, o mejor, a una concepción que ve sin aprehensiones un aumento del poder discrecional del juez.⁴⁴

Por otra parte, una importante distinción que afecta a todos los tipos y pertenece por tanto a la Parte General es la división entre elementos descriptivos y normativos, que ha tenido gran importancia para la delimitación entre tipo y antijuridicidad y para el desarrollo de la concepción hoy dominante del tipo como tipo (clase) de injusto. Tal discusión también es importante para la teoría del dolo, porque los elementos descriptivos requieren una percepción sensorial, y en cambio los normativos, una comprensión espiritual.

⁴³ Luna Castro, José, Op. cit., p.p. 23-26

⁴⁴ Reyes Echandía, Alfonso, Op. cit., p. 405

La delimitación y división entre elementos descriptivos y normativos son muy discutidas en las cuestiones concretas. Pues en la definición usual de elementos descriptivos y normativos apenas se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues incluso elementos a primera vista descriptivos, como "casa habitación" o "mujer" en los casos dudosos deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y por tanto conforme a criterios normativos; así vimos ya que incluso conceptos como "ser humano" o "cosa" no se pueden precisar sin ayuda de valoraciones jurídicas. Y en tanto en cuanto, todos los elementos (quizás con la excepción de puros conceptos de medida) serían normativos. Pero por otra parte, la mayoría de los conceptos normativos tampoco se presentan como puras violaciones (como ejemplo "ajeno", "contrario a las buenas costumbres"), sino que tienen un substracto descriptivo. Así por ejemplo una injuria no es reconocible con la sola reproducción de un juicio de valor social, sino que requiere también la comprobación cognitiva de un proceso acústico o de su fijación en un objeto; o el "documento" no existe sólo por su contenido de sentido jurídico, sino que también tiene siempre una base material perceptible por los sentidos, etcétera. Por consiguiente, desde este punto de vista no importa tanto la (casi imposible) separación de elementos descriptivos y normativos, cuanto reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro.

En cambio, si por razones terminológicas se quiere seguir manteniendo una delimitación practicable de elementos descriptivos y normativos, es recomendable calificar como normativos, siguiendo a Engisch, sólo a aquellos elementos "que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma". Entonces términos como "ajeno", "buenas costumbres", "reprochable", "documento", "injuria", etcétera, serán elementos normativos, porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales, mientras que conceptos como "ser humano", "cosa" o "casa habitación" existen con independencia de cualquier contexto normativo y por ello se les puede denominar descriptivos. Pero también es cierto que tal desplazamiento conceptual no cambia nada de los problemas materiales, porque

subsiste el entramado normativo en los elementos descriptivos y requiere consideración en los contextos en los que la distinción resulta importante.⁴⁵

B) TIPO SUBJETIVO

SURGIMIENTO

Como se ha expuesto, la antigua concepción puramente objetiva del tipo se vio cuestionada con el descubrimiento de la existencia de ciertos elementos del tipo que son de naturaleza subjetiva y que obligaban a la inclusión de un tipo subjetivo.

El sistema clásico dividía, después de Beling, a las categorías del delito en tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Assignaba a los dos primeros el calificativo de injusto, al cual le correspondían todos los elementos objetivos y, por tanto, a la culpabilidad correspondían todos los elementos anímicos del autor.

El sistema neoclásico retomó la base de un injusto material, mas el descubrimiento de elementos subjetivos en el injusto comenzó a plantear problemas sobre la esencia puramente objetiva del injusto. Dichos elementos se plantearon primero como elementos subjetivos que excluyen propiamente la antijuridicidad del hecho, pero posteriormente se determinó que esos elementos subjetivos excluyen propiamente la tipicidad de la conducta y no es necesario llegar hasta el análisis de su antijuridicidad.⁴⁶

Por lo tanto, para efectos del presente trabajo hablaré de elementos subjetivos del tipo.

DESCUBRIMIENTO

⁴⁵ Roxin, Claus, Op. cit., p. 306

⁴⁶ Díaz Aranda, Enrique, Op. cit., p.p. 25-26

Algunos autores como Reyes Echandía, consideran a Carrara como el precursor de la doctrina de los elementos subjetivos del tipo, cuando hace depender la estructuración del delito del diverso fin que el agente se haya propuesto, si bien ubicó el problema dentro del fenómeno jurídico del objeto ilícito. En efecto, señala el maestro de Pisa que el delito, a los ojos de la ciencia, no es un ente material sino un ente jurídico, por donde su objeto no es la cosa o el hombre, sino el precepto violado. En esta forma si varía el derecho atacado, varía el precepto protector del mismo, y varía el ente ideal que se llama delito.

Más adelante, Hans Albrecht Fischer civilista alemán, reconoció la necesidad de distinguir entre injusto y culpabilidad, admitiendo al propio tiempo que dentro del ámbito de la antijuridicidad objetiva pueden darse momentos subjetivos que contribuyen a la determinación de los confines entre derecho e injusto.

Pero fue August Hegler quien afrontó en el campo específico del derecho penal el problema de los ingredientes subjetivos del tipo, cuando sostuvo que en muchos casos ciertos momentos subjetivos contribuían a fundar y constituir la antijuridicidad. Desde ahora podemos adelantar que esta opinión heterodoxa fue mirada como un extravío metodológico por quienes, como Beling consideraba que todo lo subjetivo pertenecía necesaria y exclusivamente a la culpabilidad.

Respecto a la doctrina de los elementos subjetivos del tipo, agrega Beling, está principalmente determinada por el hecho de que las leyes penales suelen contener literalmente palabras que enuncian algo externo unido a algo interno, como la expresión "impúdico" que tendría el sentido de satisfacción libidinosa; pero es que "no son las palabras de la ley sino su espíritu lo que importa para la comprensión del delito-tipo y por ello es tarea de los juristas buscar una expresión verbal para sustituir a esa inadecuada palabra compuesta, expresión que designe correctamente el esquema regulador común para la faz objetiva y subjetiva."⁴⁷

⁴⁷ Reyes Echandía, Alfonso, Op. cit., p.p. 409-411

Por su parte Mezger en su Tratado de Derecho Penal aborda el estudio de ellos en el capítulo de la antijuridicidad y se refiere a ellos como: Elementos subjetivos del injusto pero afirma que son a la vez elementos de la culpabilidad.

De ahí que el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto haya constituido uno o más de los argumentos en contra del sistema clásico al confirmar, una vez más, que el injusto no está conformado exclusivamente de elementos objetivos y, en consecuencia, no se puede establecer una división absoluta de análisis entre elementos objetivos únicamente en el injusto y subjetivos exclusivamente en la culpabilidad, como sostuvo el sistema clásico del delito.

Aunque la mayoría de los partidarios del sistema neoclásico reconocieron la existencia de elementos subjetivos del tipo, no llegaron, en cambio a reconocer la ubicación del dolo en el tipo, como lo haría y fundamentaría posteriormente el sistema final de acción. El argumento para no llegar hasta la ubicación del dolo en el tipo radicó en la consideración de que la existencia de elementos subjetivos en el tipo era excepcional.

En ese mismo orden de ideas, de acuerdo con la teoría final de acción el tipo ya no sólo se conformaba de elementos objetivo-descriptivos y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos del dolo, sino que en todos los tipos penales existe un tipo subjetivo que se conforma por el dolo o, en su caso, por la culpa. A partir de este momentos hasta nuestros días queda sentada la conformación del tipo por un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

De acuerdo con el sistema finalista, el tipo subjetivo del injusto comprende a su vez:

- 1) el dolo (como elemento del dominio final sobre el acto)
- 2) los elementos subjetivos del autor, o elementos subjetivos específicos (como lo señala actualmente nuestra legislación procesal federal) o elementos subjetivos diversos del dolo, entre otros.

DOLO

La influencia de la corriente naturalista condujo al desarrollo del concepto psicológico de culpabilidad, de acuerdo con el cual el dolo constituye una forma de culpabilidad y no solo un elemento de la misma. De esta guisa las formas de culpabilidad eran dos, a saber: culpabilidad dolosa y culpabilidad culposa.

El exclusivo sustento psicológico de la culpabilidad en el sistema clásico, fue modificado en el sistema neoclásico al incluirse, además, un juicio de carácter normativo. De esta suerte el sustento de la culpabilidad era mixto: psicológico-normativo. Por ello, el dolo cuyo contenido es psicológico, ya no podía seguir siendo el único fundamento de la culpabilidad y pasaba a ser sólo uno de sus elementos.

Más tarde después de que se reconocieron primero los elementos subjetivos del injusto como componentes del tipo; y la ubicación del dolo, originariamente concebido como pura forma de la culpabilidad, con la teoría final de la acción, el dolo forma parte del tipo, específicamente del tipo subjetivo.

Por tanto, la concepción del dolo se debe establecer como una interacción causal-normativa-final que concurre en el autor al momento de realizar su conducta.

Roxin al respecto señala que la realización del plan constituye la esencia del dolo: un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Siendo el dolo definido como la decisión en contra del bien jurídico tutelado, concepto compartido por Frisch al paso que Schrot considera que el dolo es la asunción de las condiciones constitutivas del injusto o, del mismo autor, como negación explícita que realiza el individuo agente de una situación protegida por una norma jurídico penal. Hassemmer concluye: el dolo es decisión a favor del injusto.

Por otra parte, los problemas planteados por el dolo eventual, el cual difícilmente puede quedar encuadrado dentro de un concepto general de dolo, han llevado a la formulación de conceptos creados ad hoc. Así Philips lo concibe como una decisión adoptada en una situación de riesgo. Incluso la Gran Comisión de

Derecho Penal lo definió como conformarse con la realización del tipo considerada como posible.

Y Díaz Aranda lo define como: el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal.⁴⁸

En relación a sus elementos, existe acuerdo en la doctrina en que el dolo se conforma de dos elementos: conocimiento y voluntad, es decir un aspecto intelectual y uno volitivo.

La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias del hecho, es decir, que pudiera hacerlas aflorar en su conciencia. Mucho más, ha debido tener realmente conciencia de ellas en el instante de su hecho, habérselas representado, haberlas percibido, haber pensado en ellas, siendo, eso sí, diferente la intensidad de la conciencia, según si se trata del fin de los medios o de una circunstancia concomitante.

La parte volitiva del dolo es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización). El querer condicionado, es decir aquel aún no decidido, no es todavía dolo de ningún modo.

Ya que el "querer" es gramaticalmente un verbo auxiliar, necesita para su precisión inequívoca de un verbo principal y puesto que en el Derecho Penal está prohibida la realización del tipo objetivo de un delito, el querer en el Derecho Penal es la voluntad de realización referente al tipo de un delito. Por tanto, en el Derecho Penal "querer" no significa querer "tener" o querer "alcanzar" (en el sentido de aspirar), sino querer "realizar".

Como voluntad de realización, el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real. Aquello que, de acuerdo a la propia

⁴⁸ Díaz Aranda, Enrique, Op. cit., p.p. 114-115

opinión del autor, queda fuera de su posibilidad de influencia, lo podrá por cierto esperar o desear, como encadenamiento causal con su acción, pero no querer realizar.⁴⁹

En otro orden de ideas, la doctrina ha distinguido tres clases de dolo, a saber: dolo directo de primer grado, también llamado dolo directo; dolo directo de segundo grado, también denominado dolo indirecto y, dolo eventual.

De acuerdo con Roxin el dolo directo de primer grado se puede asimilar con la intención y bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.⁵⁰

ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIFICOS

Son las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor.

Asimismo, Mariano Jiménez Huerta, afirma que en las figuras típicas hay voces o palabras en la oración que describe los hechos, que se refieren a cuatro situaciones psíquicas del autor que los ejecuta: a) conocimientos; b) estados anímicos; c) intenciones o propósitos y d) deseos o anhelos.⁵¹

Por su parte Weizel menciona lo siguiente:

Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tiñen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor

⁴⁹ Weizel, Hans, Op. cit., p.78-79

⁵⁰ Díaz Aranda, Enrique, Op. cit., p. 143

⁵¹ Jiménez Huerta, Mariano, Op. cit., p. 87

ejecuta la acción determina frecuentemente en gran medida el significado ético-social específico de la acción.

Por lo tanto, el contenido específico de desvalor ético-social de una acción se determina en muchos casos por la actitud o posición subjetiva del autor, de la cual ha surgido la acción. Decimos que se trata de elementos subjetivos de autor de la acción, puesto que es la postura o actitud anímica del autor la que tiñe o anima la acción de un modo específico.⁵²

Reinhart Maurach congruente con su filiación a la teoría de la acción final y dentro del apartado "Parte subjetiva del tipo", se refiere a ellos como otras características subjetivas del tipo, pues al respecto afirma: el dolo constituye la sustancia psíquica de los hechos punibles dolosos. Numerosos tipos requieren además de otras características psíquicas o, por lo menos, determinables psíquicamente, pertenecientes a la estructura de la imagen delictiva, o fundamentadoras de los tipos agravados o atenuados.

A partir de lo anterior Mezger llega a dividir los delitos con elementos subjetivos en tres grandes grupos:

1) Delitos de intención.- Su nombre se debe a que se trata de los delitos que se realizan con el propósito de conseguir determinado resultado, que no aparecerá sino transcurrido un tiempo, es decir, el hecho es querido como medio subjetivo para un ulterior actuar. Dos especies de delitos de intención se reconocen, a saber:

- Mutilados en dos actos.- Este es el nombre que dio Mezger a la conjunción de dos delitos distintos, cuando uno es el medio necesario para alcanzar el otro, que es el querido como un fin, incluso al ejecutar y consumir el primero. Es el caso de quien falsifica un documento, para obtener por este medio la entrega de bienes ajenos.

⁵² Welzel, Hans, Op. cit., p. 93

- De resultado cortado.- Son aquellos en que se realiza una acción típica y reprochable, pero que con el tiempo producirá el resultado técnico como fin.

2) Delitos de tendencia.- En los que la acción aparece como manifestación de una tendencia subjetiva, son aquellos en los que la acción en sí es inocua, y lo reprochable aparece solamente cuando se añaden las intenciones o propósitos del autor (abuso sexual).

3) Delitos de expresión.- Son los que se caracterizan por la discrepancia o contradicción entre lo que el autor hace y lo que piensa o conoce, es decir, son en los que la acción representa la expresión de un proceso anímico del autor (falsa declaración).⁵³

Estos nuevos momentos de ánimo utilizados por el legislador permiten afinar extraordinariamente el aspecto subjetivo de la descripción del delito, por encima del concepto relativamente burdo del dolo. Pueden, empero, llevar fácilmente a no fijar los límites objetivos del delito con la misma acuciosidad empleada hasta ahora, en la creencia de que el tipo quedará ya limitado en la medida necesaria mediante estos momentos de ánimo complementarios.

Expuesto lo anterior, cabe señalar que la estructura del tipo penal, se encontraba plasmada en el anterior artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que fue motivo de la reforma de 10 de enero de 1994, por la cual se cambió de cuerpo del delito a elementos del tipo (tema que se analizará en los siguientes capítulos).

Dicho precepto a la letra señalaba:

⁵³ Ferreira, José, Op. cit., p.p. 199-200.

Art. 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión de la lesión ó, en su caso el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos, y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

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

...

Del numeral invocado, se advertía tanto el tipo objetivo formado por las fracciones I y II, los incisos a), b), c), d), e) y f); en tanto que el tipo subjetivo se conformaba por la fracción III y por el inciso g).

Pero la actual redacción del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales regresó al concepto de cuerpo del delito, el cual está definido como “el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera”, concepto que sólo contiene el tipo objetivo, no así el tipo subjetivo; sin embargo, actualmente algunos Juzgados de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal y Tribunales Unitarios en Materia Penal del Primer Circuito, siguen utilizando la anterior redacción del numeral 168, respecto a las tres fracciones, ya que las mismas contienen elementos constantes o comunes a todo tipo penal; por tanto, dichos órganos jurisdiccionales al acreditar el cuerpo del delito, este lo complementan con la anterior redacción. A continuación citaré la forma en la que complementan el cuerpo del delito.

CUARTO.- COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO.- Los medios probatorios detallados en la presente resolución, debidamente analizados y valorados conforme a lo dispuesto por los artículos 284, 285, 286, 288, 289 y 290, todos del Código Federal de

Procedimientos Penales, son suficientes y aptos para acreditar plenamente el cuerpo del delito **CONTRA LA SALUD**, en la modalidad de **POSESION** de los narcóticos denominados **CLORHIDRATO DE COCAINA Y CANNABIS SATIVA L.**, conocida comúnmente como **MARIHUANA, CON FINES DE COMERCIO** (hipótesis de venta), previsto y sancionado en los artículos 195, párrafo primero, en relación con el 193, 194, fracción I, del Código Penal Federal, en concordancia con los diversos numerales 234, 236, 235 y 237, de la Ley General de Salud.

Lo anterior en términos de la regla genérica contenida en los artículos 168, en relación con el 180, ambos de la Ley Instrumental.

El cuerpo del delito precisado con antelación, requiere para su existencia de los siguientes elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho:

a).- La existencia física de sustancias consideradas como narcóticos por el artículo 193, del Código Penal Federal y como estupefacientes por la Ley General de Salud, en el caso concreto cocaína;

b).- El referido narcótico, sea objeto de posesión, bajo el radio de acción de disponibilidad del sujeto activo;

c).- Lo anterior, sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, del Código Penal Federal, en el caso concreto comercio (elemento subjetivo específico); y

d).- La conducta se realice en contravención a disposiciones de orden público, como son el Código Penal Federal y la Ley General de Salud.

En efecto, según el texto vigente del artículo 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos y subjetivos, en caso de que la descripción típica lo requiera; luego, el ilícito materia de análisis requiere como materialidad del hecho que la ley señala como delito **CONTRA LA SALUD**, en la modalidad de **POSESION** de los narcóticos denominados **CLORHIDRATO DE COCAINA Y CANNABIS SATIVA L.**, conocida comúnmente como **MARIHUANA, CON FINES DE COMERCIO** (hipótesis de venta), una actividad corporal voluntaria de los sujetos activos, la cual se traduce en poseer dentro de su radio de acción y ámbito de disponibilidad los estupefacientes denominados cocaína y marihuana, sustancias consideradas así por la Ley General de Salud; con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el numeral 194, del citado código punitivo, ello en contravención a las disposiciones de orden público como lo son los citados cuerpos normativos; con lo cual se debe poner en peligro el bien jurídicamente tutelado por la norma que lo es la salud pública, quien debe quedar en riesgo de afectación desde el momento en que los activos llevaron a cabo la conducta; sin que la descripción típica requiera calidad específica, tanto del sujeto activo como del pasivo, al no ser exigible determinada calidad al autor de la conducta típica, ni del pasivo para ser el titular del bien jurídicamente protegido por la norma, pues el mismo, es la sociedad quien se vio en peligro por cuanto hace a su desarrollo psicosomático; el objeto material requiere de una calidad específica, esto es, que se trate de narcóticos, en el caso concreto lo es **CLORHIDRATO DE COCAINA Y CANNABIS SATIVA L.**, conocida comúnmente como **MARIHUANA**, la primera por la cantidad de ocho gramos, ocho

miligramos distribuida en setenta envoltorios confeccionados en papel revista; la segunda en la cantidad de catorce gramos, nueve miligramos, en una pequeña bolsa de plástico transparente; no requiere medios específicos para su realización; la descripción típica contiene como elementos normativos las expresiones semánticas de poseer dentro del radio de acción y narcóticos; el primero es de valoración cultural, que a su vez constituye la conducta núcleo del tipo consistente en que los activos puedan disponer de la droga en cualquier forma; es decir, directamente de manera personal o física, o a través de un tercero, lo cual significa no únicamente que lo posea a una distancia determinada, sino a la posibilidad de que el mismo esté a su disponibilidad; y el segundo de valoración jurídica, pues para desentrañar su contenido basta con remitirse al numeral 193, del Código Penal Federal, que estima como narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia; por su parte la Ley General de Salud en su artículo 234 contempla como estupefacientes a la cocaína y marihuana; sin que el delito contenga circunstancias de tiempo, modo y ocasión, no obstante, se precisa el día y hora en que ocurrió el hecho antisocial, no como circunstancia de tiempo, modo, lugar y ocasión que exija la descripción legislativa, en virtud de no requerirla, sino con el propósito de motivar y fundar la presente resolución, cuya obligación, conforme al artículo 16, primer párrafo, de nuestra Ley Suprema, tiene el deber de hacerlo toda autoridad; requiere como elemento subjetivo específico el que la posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, del Código Penal Federal, en el caso que nos ocupa, con la finalidad de comercio; en tales circunstancias se enuncian todos y cada uno de los elementos que requiere la descripción típica del ilícito de **CONTRA LA SALUD, en la modalidad de POSESION** de los narcóticos denominados **CLORHIDRATO DE COCAINA Y CANNABIS SATIVA L.**, conocida comúnmente como marihuana, **CON FINES DE COMERCIO** (hipótesis de venta).

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

CAPITULO III

CUERPO DEL DELITO

1.- DEFINICIÓN DE CUERPO DEL DELITO

El cuerpo del delito, siempre fue un tema polémico en la Doctrina Jurídica Mexicana; penalistas y procesalistas hicieron sus mejores esfuerzos por encontrarle una definición exacta e incluso una identificación con el concepto "elementos del tipo penal", por tanto, para comprender mejor el concepto de cuerpo del delito, es necesario hacer referencia a las figuras procesales que le dieron origen, y las que hasta nuestros días, de uno u otro modo han dejado claros vestigios en el moderno concepto que tal figura procesal tuvo.

De acuerdo al Diccionario de la lengua española, cuerpo del delito, es la cosa en qué, o con qué, se ha cometido un delito, o en la cual existen las señales de él; asimismo, por cuerpo significa, lo que tiene extensión limitada y produce impresión en nuestros sentidos por calidades que le son propias. Es decir, sustancia orgánica o inorgánica. Delito, por su parte, es ...quebrantamiento de la ley. De ahí que se pueda decir que "cuerpo del delito" es el objeto u objetos que prueban la existencia del quebrantamiento de la ley o bien todo objeto que sirve para hacerlo constar.

La doctrina no está de acuerdo sobre lo anterior, pues para algunos autores como Castro, Jofré, Rojas y Fontecilla, el cuerpo del delito se refiere a la existencia material de cualquier delito, en tanto que para otros como Framarino y Manzini,

Para los segundos existencia material y cuerpo del delito no son términos equivalentes, aunque siempre el segundo presupone el primero, pero no a la inversa. Para estos, el cuerpo del delito es el modo como se expresa el derecho procesal penal las varias circunstancias materiales o físicas de carácter mas o menos permanente, vinculadas íntimamente al acontecimiento exterior que se tiene como hecho delictuoso.

Por otra parte, autores como Ortolán, procuraron dar un concepto claro de lo que se entiende por cuerpo del delito. Dice que toda infracción se compone de dos elementos principales e inseparables: el hecho considerado en si mismo, esto es, la materialidad de la infracción y la culpabilidad del agente, o sea, la moralidad del acto. El delito estimado en su elemento físico material, es un acto externo que cae bajo el dominio de los sentidos, considerado bajo el aspecto moral, implica un fenómeno psicológico, un acto de la razón y del libre albedrío. Asimismo, expresa: cuando se dice el cuerpo del delito, se emplea una metáfora; se supone que el delito considerado físicamente tiene un conjunto de elementos materiales, mas o menos unidos entre sí, que lo constituyen y lo forman como un cuerpo. Es cierto que no hay delito fuera del orden moral como no hay hombres sin alma, lo que no obsta a que el hombre tenga un cuerpo. Se dice cuerpo del delito, como se dice cuerpo del hombre, haciendo abstracción de su naturaleza moral, empleando esta expresión para designar el conjunto completo de los elementos materiales que forman el delito.

No siendo el cuerpo del delito, sino el conjunto de los elementos materiales que entran en él, los comprenden las tres épocas en que puedan manifestarse: en el pasado, en el presente y en el futuro. En cuanto al pasado el cuerpo de delito comprende los actos materiales que han precedido a la acción criminal misma, como la presencia en tal sitio o el estado de la cosa objeto del delito o de las personas que han desempeñado un rol en la consumación; en el presente comprende los hechos mismos concomitantes con la acción; en el futuro abarca los resultados ulteriores del delito: en caso de heridas, por ejemplo, las consecuencias mas o menos graves que puedan tener, enfermedad, pérdida de miembros, la muerte, etcétera. "El cuerpo del

delito comprende no sólo los elementos físicos cuyo concurso es indispensable para que la infracción exista, sino también los elementos accesorios que se refieren al hecho principalmente las circunstancias agravantes tales como la efracción, las violencias, amenazas que han acompañado al robo, etcétera".⁵⁴

Otros como Jiménez Asenjo, lo han definido como "todo lo que sirve para comprobar la verdad de la existencia del delito, pues lo define como todo lo que causa su existencia".

Uno de los problemas más complicados derivado de las diversas definiciones que dieron los autores en esa época, fue que respecto al resultado de los delitos después de su perpetración, unos dejaban huellas y otros no, de ahí que se distinguieron entre delitos de hechos permanentes (*delicti facti permanentis*) y de hechos momentáneos (*delicti facti transeuntis*); es decir, si la forma en que se objetiva una infracción es fugaz o; en otros términos, si la modificación del mundo físico ocasionada por aquella es de poca duración, el delito es de hecho momentáneo, en cambio si las alteraciones materiales conservan cierta permanencia, el delito es de hecho permanente.

Sentado esto, se comprende que la diferencia que existe entre una y otra doctrina lo es justamente sobre el concepto mismo del cuerpo del delito.

Asimismo, analizando lo que en su tiempo nuestra doctrina dijo sobre el tema que nos ocupa, podemos identificar dentro de un concepto causalista, dos corrientes sobre el contenido del cuerpo del delito. La primera de ellas representada por González Bustamante y Julio Acero, quienes postulaban que el cuerpo del delito es lo externo o material del delito, en tanto que la segunda corriente, representada por Rivera Silva, Colín Sánchez y Jiménez Huerta, identificaban el *corpus delicti* con la tipicidad.

⁵⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo V, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1968, p. 259-260

González Bustamante, señalaba que "el cuerpo del delito en el procesamiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales que se contienen en la definición", argumentando que esta idea, además de ser la más precisa y completa que se ha conocido permite distinguir el cuerpo del delito del delito mismo. Líneas adelante el citado iusprocesalista expresaba que:

"Que cuando hablamos del cuerpo del delito, nos viene a la memoria de algo preciso, objetivo, material, que podemos apreciar con el auxilio de nuestros sentidos. En la contemplación de los fenómenos que nos rodean, concebimos la existencia de un cuerpo como una sustancia material en el mundo de relación. Cuerpo es todo aquello que tiene existencia y que es perceptible por nuestros sentidos... cuerpo del delito es, en consecuencia, todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente. Por su parte, Julio Acero opinaba que: el cuerpo del delito es el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción o si se quiere insistir en identificarla con ella, aclarando cuando menos que es el delito mismo pero considerado en su aspecto meramente material de "hecho violatorio", de acto u omiso previstos por la ley; presidiendo de los elementos morales (intención dolosa, descuido de la gente o lo que sea), que hayan ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero solo para constituir la responsabilidad, no el cuerpo del delito".

"Dentro de la corriente que identificaba al cuerpo del delito con la tipicidad, Rivera Silva, después de explicar las diferencias existentes entre lo que denominaba (delito real) y delito legal, culminaba señalando que... el cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que empotra con precisión en la definición legal de un delito. Así, pues, el cuerpo del delito es el contenido del delito real que cabe en los límites fijados por la definición de un delito legal".

"Colín Sánchez, por su parte al respecto expresó que: el cuerpo del delito son los elementos integrantes de la conducta o hecho delictivo; consecuencia para ese fin será necesario determinar si está comprobado el injusto punible, lo cual

corresponderá a lo objetivo, subjetivo o normativo, de acuerdo a la descripción legal de cada tipo de los previstos o del legislador en el Código Penal u otras leyes, agregando que el cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo; de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá, según el caso a lo objetivo; a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo o subjetivo; o bien a lo objetivo y subjetivo".

"Finalmente, el mismo criterio sustenta Jiménez Huerta, al afirmar que: el concepto de corpus delicti es medular en el sistema mexicano, pues sobre él descansa el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores. Preciso es subrayar, empero, que fundamentalmente erraría quien concibiese este concepto como trascendente sólo en el Derecho procesal penal e irrelevante en el Derecho penal sustantivo. Por ser, como hemos dicho, un concepto medular de todo el sistema, obvio es que el mismo deja sentir su impronta en la dogmática del delito, y en forma específica, en el estudio de la tipicidad".⁵⁵

Precisado lo anterior, en términos generales al definir el cuerpo del delito como conjunto de elementos externos o materiales, precisa determinar cuales son estos elementos.

Manzini en su citada definición descriptiva del elemento del delito, no intentó ninguna sistematización acerca de los elementos materiales aludidos, pues se limitó a la siguiente enumeración:

- Los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito
- Las cosas sobre las cuales se cometió
- Las huellas dejadas por el delito o por el delincuente
- Las cosas cuya detención, fabricación o venta o cuya portación o uso constituye delito

⁵⁵ Carmona Castillo, Gerardo, "La reforma constitucional en materia penal y la noción de cuerpo del delito", *Concordancias*, (Guerrero, México), número 6, 1999, p. 37-38

- Las cosas que representan el precio o el provecho del delito
- Las cosas que son el producto del delito, aún indirecto
- Cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa, o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito.

En donde se excluye todo lo subjetivo en virtud de que se afirma que dichas circunstancias pertenecen a la culpabilidad y no al cuerpo del delito.⁵⁶

Alcalá Zamora y Levene, señalan que el cuerpo del delito comprende: a) las cosas que se constituyen los medios materiales del delito; b) las cosas que constituyen la finalidad del delito y c) las cosas sobre las que se ha cumplido el delito.

De acuerdo con Clemente Díaz, los elementos del cuerpo del delito pueden encuadrarse en tres grupos: corpus criminis, corpus instrumentorum y corpus probationem.

"Corpus criminis.- Es la persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que la ley menciona como delitos o la persona o cosa que ha sido el objeto del delito. Por ejemplo, en los delitos contra las personas, el cuerpo de la víctima que presenta la herida o contra cuya vida se ha atentado; en los delitos contra la propiedad, la cosa mueble o inmueble que constituyó el objetivo o la finalidad que se intentaba obtener mediante la comisión del hecho delictuoso".

"Corpus instrumentorum.- La comisión del hecho delictuoso muchas veces requiere la utilización de instrumentos o medios destinados a facilitar la actividad del delincuente. El arma que causa las heridas, las herramientas que utiliza el ladrón, etcétera; por tanto, se puede definir el corpus instrumentorum como las cosas

⁵⁶ Plascencia Villanueva, Raúl, "El cuerpo del delito y los elementos del tipo penal", *Revista Jurídica*, (Tabasco, México), número 003, publicación semestral, septiembre, 1995, p. 29-30

mediante las cuales se cometió o intentó cometerse el hecho delictuoso. No se puede intentar una clasificación ni siquiera una enumeración del corpus instrumentorum dada su variedad. En el concepto se incluye desde aquellos instrumentos que se fabrican y se utilizan pura y exclusivamente para causar un mal, por ejemplo, las armas cortas de fuego (revólver, pistola); la ametralladora portátil, cuya simple técnica por el particular difícilmente podría justificarse sin el propósito de causar un mal a otra persona; hasta aquellos objetos que no están destinados a causar un mal, pero que le pueden causar si se le utilizan en tal sentido, por ejemplo, una piedra, y entre estas categorías no dejan de tener importancia aquellas cosas que pueden utilizarse para causar un mal por ejemplo, el teléfono para transmitir la injuria”.

“Siempre se tratará de objetos materiales, de cosas, excluyéndose por definición el hombre mismo”.

“Corpus probatorium.- Está constituido por las llamadas piezas de convicción a las cuales podría definirse como todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejados por el inculpado en la comisión del hecho delictuoso”.

“Todo hecho se realiza en el mundo de la naturaleza, deja secuelas que el investigador puede utilizar como valiosos elementos para la reconstrucción del hecho pretérito”.

“Para la pieza de convicción no existe la limitación que existía con respecto al instrumental, el hombre mismo puede ser una pieza de convicción, por ejemplo, en sus huellas digitales encontradas en el lugar del crimen o sobre la cosa objeto del delito, como las escoriaciones, heridas o las quemaduras que presente en su cuerpo; las ropas con manchas de sangre o con desgarrones o a la que le faltan piezas encontradas en el lugar del crimen; rastros y pisadas que corresponden a personas

determinadas; etcétera, para no nombrar sino los elementos de convicción más inmediatamente imaginables".⁵⁷

En esa tesitura, podemos decir que a pesar de las múltiples definiciones que se han dado acerca del cuerpo del delito, este siempre se ha identificado como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la conducta descrita por la ley.

2.- EVOLUCIÓN HISTORICA DEL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL

Para comprender el presente y realizar sobre todo un esfuerzo prospectivo, es indispensable analizar y comprender el pasado.

El más remoto antecedente nacional del cuerpo del delito, lo encontramos en las reglas de Instrucción que debían observar los Tenientes, y Comisarios del Real Tribunal de la Acordada, Santa Hermandad, y Juzgado Privativo de Bebidas Prohibidas en el uso de sus comisiones, aprobada por el Exemo, Señor Virrey de esta Nueva España, en conformidad de lo pedido, y consultado por los señores fiscal de S. Mag. Asesor General, expedidas el 20 de marzo de 1776, en cuya nota tercera en catorce párrafos establecen las formas de comprobación del cuerpo del delito de los ilícitos de homicidio, lesiones, violación, secuestro, incendio, robo y violación a la prohibición de bebidas; reglas que por su valor histórico y su ulterior importancia, proyectada hasta nuestros días, se transcriben sólo algunas de ellas, respetando su auténtica redacción:

"Pues sabido todo esto, es cosa fácil el dar en cualquier causa, justificación del cuerpo del delito, y hacer al mismo tiempo averiguación del delincuente; porque uno, y otro ha de executarse, examinando Testigos idóneos en la forma dicha, y esto es lo que comúnmente se dice recibir información Sumaria: con advertencia, que dichos Testigos se han de examinar sin citación del reo, aunque se sepa ya quien es,

⁵⁷ Clemente A., Díaz, *Cuerpo del delito*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987, p 39-40

para evitar que llegue á su noticia, y se oculte; y aunque tal vez esté ya preso, porque así lo demanda la naturaleza de dicha sumaria.

Sin embargo, aunque esta es general, y como queda expuesto se ha de recibir en cualquiera Causa, fórmese por el delito que se formare, y en realidad es asimismo bastante para justificar su Cuerpo, y averiguar el Delincuente que lo cometió; con todo, en algunos se requiere todavía mayor constancia; y con tal necesidad, que si nó se pone, queda la Causa defectuosa; por cuya razón se expresan ya, que delitos sean estos, y se enseña igualmente el modo con que se há de instruir la mayor constancia de su Cuerpo.

El de Homicidio es uno de ellos, pues aunque se justifique con Testigos, y por los mismos se sepa, quien ó quienes lo executaron, se requiere á mayor abundamiento, que si aun está sin sepultar el Cadáver, ó cuerpo Muerto, lo reconozca el Juez, y ponga en la Causa certificación de haverlo así hecho, asentando en ella con toda particularidad el sitio en que le halló, la postura que tenia (esto es, si estaba boca arriba, ó boca abajo,) las heridas, ó golpes que le notare, expresando su número y tamaño, y también el instrumento en que aparezca haversele causado.

Algo mas se requiere todavía, y es, que si dicho instrumento llega á haverse á las manos, se ha de expresar asimismo en la Certificación, ó por otra separada, su nombre: se ha de asentar su magnitud, y si es posible, sea de figurar un diseño de él, en la Causa.

Y porque tal vez podría dudarse, si el Homicidio se verificó por dichas heridas, o golpes, para remover toda duda, se requiere finalmente que el Juez llame a un Cirujano, o por su falta a un Barbero, o Curandero inteligente, para que también reconozca el Cadáver, y haciendo prolijia inspección de él, certifique bajo juramento, y según su pericia, dicho Homicidio se verificó, o no por las tales heridas o golpes".⁵⁸

Posteriormente, dentro de la literatura jurídica nacional volvemos a encontrar dicha figura procesal en la obra *Curia Filípica Mexicana*, cuya paternidad se atribuye al jurista mexicano del siglo XIX, Juan Rodríguez de San Miguel, obra editada por Mario Galván Rivera e impresa por Navarro en 1850. A la fecha era considerado un clásico de la obra procesal nacional y recopilaba todos los procedimientos judiciales imperantes en aquella época en los tribunales de justicia. Así, en su parte IV, titulada juicios criminales, sumario III, al referirse al cuerpo del delito, expresa literalmente lo siguiente:

⁵⁸ Bermúdez Molina, Estuardo, *Del cuerpo del delito a los elementos del tipo*, 1ª ed, México, Ed. P.G.R., 1996, p. 15-16

"... Pero antes de pasar adelante en la investigación de este punto, conviene saber lo que se entiende por cuerpo del delito. expresión muy usada cuando se trata de la averiguación, aunque mal entendida por muchos. Cuerpo de delito no es, como algunos imaginan, el efecto que resulta del hecho criminal, ni el instrumento con que éste se ejecuta, ni otras señales de su perpetración; así que las heridas, el puñal, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del que la robó, el reconocimiento de la estuprada hecho por matronas, no deben llamarse cuerpo de los delitos de homicidio, hurto y estupro. Estos son efectos o instrumentos por cuya inspección se viene en conocimiento de haberse ejecutado un hecho prohibido por la ley, y esta ejecución es propiamente el cuerpo del delito. Supongamos, pues, en el estupro, que la desflorada queda en cinta, el feto será el efecto de aquel hecho criminal, y no el delito ni su cuerpo, como tampoco lo son las señales del desfloramiento que hayan observado las parteras ó matronas al recoger á la estuprada; pues solo la cópula o el hecho material con que se contravino á la ley, es el cuerpo del delito; y así, cuando los autores dicen que esté se prueba por reconocimiento del cadáver, por la inspección de las heridas, etcétera, se explican apropiadamente".⁵⁹

El primer Código procesal penal que tuvo nuestro país, el de 1880, no precisó el contenido de dicho concepto, pero dedicó varios artículos para señalar su comprobación, así en su título II, denominado de la instrucción, se ocupa en el capítulo IV llamado de la comprobación del cuerpo del delito, pues en los artículos 121 y 157, se establecía los siguiente:

Artículo 121.- La base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho ó la de una omisión que la ley reputa delito: sin ella no puede haber procedimiento ulterior.

Artículo 157.- Si el delito no hubiere dejado vestigios permanentes, ó éstos no existieren ya, el juez recogerá todas las pruebas relativas a la naturaleza y circunstancias del hecho; y en el segundo caso, hará constar los motivos que haya producido la desaparición de los vestigios, y tomará todas las providencias que conduzcan á la comprobación del delito.

En cambio, el Código procesal siguiente, el de 1894, apuntaba que era necesario el comprobar todos los elementos del delito teniendo siempre implícita la presunción del dolo, ya que en su artículo 104 señalaba lo siguiente:

⁵⁹ Ibidem, p. 17-18

Artículo 104.- Todos los delitos que pos este código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por éste en el artículo 9°.

Promulgado el Código de Procedimientos Penales de 1894, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció un criterio interpretativo adecuado, a saber, que el cuerpo del delito no debía comprobarse con todos los elementos del delito, porque obviamente ya no habría elemento alguno que debiera comprobarse en la responsabilidad penal, ni habría base para el proceso. En razón de la completa ignorancia, entonces reinante sobre la dogmática del delito, la Corte señaló que el cuerpo del delito correspondería a los elementos materiales, objetivos o externos de la infracción penal. No se debe olvidar que a la sazón se contraponía, al desconocerse la teoría del tipo creada por Beling en 1906, lo objetivo a lo subjetivo, y resultaba, por tanto, adecuada la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque de otro modo, al no abstraerse los elementos subjetivos del delito que se hacían consistir en la culpabilidad, el cuerpo del delito necesitaba forzosamente la comprobación de todo el delito, y, como ya dijimos, carecería de base el proceso, si ya previamente, en una resolución provisional, se hubiese constatado éste.

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales de 1909, para comprobar el cuerpo del delito exigía justificar los elementos del hecho delictuoso, pues en el numeral 107, le daba el siguiente tratamiento:

Artículo 107.- La existencia de un hecho u omisión que la ley repute delito, será la base del procedimiento penal. Luego que estén justificados los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo define la ley penal, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito.

Lo propio aconteció con posterioridad en la legislación procesal de 1929, en la cual se dio preponderancia a las reglas especiales y decía que los delitos se

justificaran por la comprobación de sus elementos constitutivos, al indicar en el artículo 263 lo siguiente:

Artículo 263.- Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán por la comprobación de sus elementos constitutivos, según la definición que de ellos haga el Código Penal.

En verdad seguir el criterio jurisprudencial sobre la base del Código de Procedimientos Penales de 1894, después de modificada la ley en 1931, constituyó un error, pues no obstante la disposición relativa en el Código Procesal Penal, ésta nunca se atendió respecto de los delitos con reglas especiales señaladas, y así, desafortunadamente, se decía que en los delitos como homicidio, lesiones, aborto, infanticidio, robo, etcétera, había de estarse a esas reglas que, reiteramos eran insuficientes para comprender todos los elementos objetivos del tipo en cuestión. Por tanto, se desconocía y violaba aquel dispositivo general, y se afirmaba en contrario que sólo aquéllas bastaban para la comprobación del cuerpo del delito. Con esto se provocó una evidente inseguridad jurídica y se afectó la garantía de libertad, al no constatarse, en la comprobación del cuerpo de estos delitos, que la conducta fuese típica y desconocerse los componentes objetivos que el tipo en particular exige, no conceptuados en las reglas especiales, y los diversos contenidos típicos reconocidos ya desde 1936 por la doctrina penal nacional, o los elementos normativos y los elementos subjetivos que fueron llamados del injusto.⁶⁰

Es a principios de siglo y gracias a la creación del concepto del tipo, cuando se advierte que las concepciones antes dichas correspondían, en realidad, sólo a algunos elementos componentes del aspecto objetivo del tipo. Con ello se advierte también que ya desde esa época quedó rebasado el concepto original del cuerpo del delito, referido únicamente a los objetos, instrumentos o huellas del mismo. A la vez, desde entonces, queda unido este concepto procesal al concepto de tipo, que sin embargo, no es el que lo conforma como veremos más adelante.

⁶⁰ Ibidem, p. 19-21

Con la evolución de la dogmática penal de principios de siglo, se va perfilando el concepto de tipo, hasta reconocerse todos y cada uno de sus actuales elementos. Esto da lugar a que los códigos procesales de la época establezcan que el cuerpo del delito, corresponde a la descripción objetiva del hecho, esto es, a los componentes objetivos de la figura delictiva, concepto que nuestro sistema procesal subsistió hasta el año de 1984; así, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, señalaban:

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

Importa destacar que lo equívoco de las resoluciones judiciales duró casi una centuria, a causa de circunstancias válidas en su momento, pero totalmente ineficaces al modificarse la ley procesal penal. Si bien es cierto que en aquellos delitos que tenían señaladas formas especiales de comprobación de alguno de los componentes del tipo, éstas debían observarse en la comprobación del cuerpo del delito, las mismas debían complementarse en su fundamentación con el numeral 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, y en su motivación con la acreditación de los restantes elementos del tipo en particular.

A este concepto de tipo correspondió, por muchos años, la definición de cuerpo del delito, como hemos visto. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que en aquellos delitos (sobre todo respecto del de difamación), en que necesariamente debiera acreditarse el dolo para establecer la tipicidad, no podría tenerse por comprobado aquél si éste no se demostraba, con independencia del criticado artículo 9 del Código Penal, vigente en ese tiempo.

El concepto del cuerpo del delito referido exclusivamente a los elementos materiales del tipo fue superado por la nueva fórmula, que exigía, para la comprobación de dicha figura procesal, la total existencia de los componentes del

tipo, tanto objetivos como subjetivos, y ello con independencia de la teoría del delito que en particular se sustentara.

Así lo estableció en 1984 el numeral 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en iguales términos el numeral 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando señalaban:

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

Artículo 168.-

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

Por decreto de 3 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación, se reformaron entre otros artículos el 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dichas reformas son de carácter penal y su trascendencia en el ámbito del Sistema de Justicia Penal Mexicano son de gran magnitud, pues representaron desde el punto de vista dogmático una actualización de aproximadamente cien años y desde el punto de vista de seguridad jurídica, un avance no menos importante. Se afirma lo anterior, ya que antes de la Reforma Constitucional se habían dado reformas tanto al Código Procesal Federal como al del Distrito Federal en el año de 1984 con la finalidad de tratar de reflejar en su contenido normativo la idea del tipo penal, sin embargo, dichas reformas aún se quedaban cortas, pero sobre todo ante el concepto de cuerpo del delito que aún aparecía en el texto Constitucional arriba señalado y modificarse diversos contenidos normativos fundamentales y particularmente al abandonarse el concepto de cuerpo del delito para en su lugar integrar el concepto de elementos del tipo como concepto motivador y fundamentador para los actos procesales más importantes tanto en el procedimiento como en el proceso penal, muy particularmente como elementos a

satisfacerse tanto para el ejercicio de la acción penal, el libramiento de la orden de aprehensión y comparecencia, como para el auto de formal prisión y sujeción a proceso. Estas reformas tuvieron no sólo un impacto dogmático sino también político, porque significaron una mayor seguridad para el particular, así como la obligación por parte de todas las Legislaturas Locales de adecuar sus contenidos normativos penales (tanto sustantivos como procesales) a los nuevos contenidos de la Constitución, específicamente a la idea del tipo y de los elementos típicos, sin tomar ya en cuenta el concepto de cuerpo del delito, por haber sido abandonado por virtud de las reformas.⁶¹

Dicha reforma sustituyó el concepto "cuerpo del delito" por elementos del tipo penal, pues antes de 1993, para que se librara un auto de formal prisión únicamente debían estar acreditados los elementos objetivos del delito y después de la reforma se debían acreditar todos los elementos del tipo penal - objetivos, subjetivos y normativos -, así como la probable responsabilidad del indiciado. También aclaró a nivel del Código Adjetivo que se debía acreditar en cada uno de estos apartados y disponiendo que el dolo debía acreditarse como uno de los elementos del tipo penal. Por lo cual, se ha considerado que el legislador en 1994 se siguió en los postulados sistemáticos de la doctrina final de la acción y los elevó a nivel de ley, llevándolos incluso hasta la Constitución misma.

Por tanto, por ajuste con los artículos 16 y 19 constitucionales, en los preceptos procesales en que se emplean las expresiones "cuerpo del delito" y "presunta responsabilidad", ahora se usan las de "elementos del tipo penal" y de "probable responsabilidad"; consecuentemente, los numerales 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales quedaron redactados de la siguiente manera:

Artículo 134. En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado **los elementos del tipo penal** del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el ministerio público ejercerá la acción

⁶¹ Vergara Rojas, Gonzalo y Baca Rivera, Arturo, "La Inconstitucionalidad en las legislaciones estatales penales que equiparan a los elementos del tipo penal con el concepto de cuerpo del delito", *Revista de la Facultad de Derecho*, (Yucatán, México), número 15, 1994, p 37-38

penal ante los tribunales; los que para el libramiento de orden de aprehensión, se ajustarán a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente código.

...

Artículo 168. El ministerio público integrará **los elementos del tipo penal** del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos, y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

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

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

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

Finalmente, el 10 de diciembre de 1997, se presentó la iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde entre otras cosas se dijo que la reforma Constitucional de 1994, si bien presentó avances significativos en materia de impartición de justicia, la procuración no se desarrolló en la misma proporción, por lo que para generar el justo equilibrio entre ambas instituciones y lograr el mejoramiento integral del sistema de justicia, se consideró necesario revisar el marco constitucional de actuación de las autoridades responsables de procurar justicia a fin de promover modificaciones que permitan atender el legítimo reclamo de la sociedad.

Asimismo, en dicha iniciativa se señaló que después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advirtió que no se logró el equilibrio entre

la acción persecutoria de delito y el derecho a la libertad de los gobernados, por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia, ya que en 1997, de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20 por ciento.

Lo anterior muestra que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público desde la averiguación previa, evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad.

Por lo tanto, la iniciativa que sometieron a consideración fue flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión, pues se sugirió que fuera suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado.

En las consideraciones particulares y cambios a la iniciativa se argumentó lo siguiente:

"Uno de los puntos de mayor conflicto entre la administración y procuración de justicia, ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional en 1993.

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

De esta manera, la reforma de 1993 propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal. Se

establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente prácticamente similar al requerido para dictar sentencia, con lo cual se convirtió a la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público.

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

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

Estas Comisiones Unidas consideran que en los requisitos que deben exigirse para una orden de aprehensión y un auto de formal prisión debe buscarse un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, por un lado y las facultades de la autoridad para perseguir y castigar delitos, por el otro.

Así, rescatar el concepto de "cuerpo del delito" anterior a la reforma de 1993 permitiría, por una parte, que las autoridades tengan instrumentos para cumplir sus responsabilidades y, por la otra, que los gobernados tengan garantizados sus derechos y cuenten con posibilidad de defenderse de cualquier abuso de las autoridades.

El "cuerpo del delito" no es un concepto nuevo en nuestro Derecho. Ha sido ampliamente estudiado y, si bien se le ha interpretado de diferentes maneras, antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por "cuerpo del delito" se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Este es el concepto que hay que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993. Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado.

De esta manera, será en el proceso penal donde se encuentre la amplitud probatoria, por lo que es necesario modificar los requisitos impuestos al Ministerio Público para la obtención de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. Debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado".⁶²

⁶² Iniciativa del Ejecutivo de 10 de diciembre de 1997

En esa tesitura, por reforma de 8 de marzo de 1999, los artículos 16 y 19

Constitucionales quedaron redactados de la siguiente forma:

Artículo 16.-...

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

...

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

...

En igual forma y congruente con las reformas constitucionales citadas, el 18 de mayo de 1999, fueron reformados entre otros los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como el 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para quedar en los términos siguientes:

Artículo 134. En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los Tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica la requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por falta de elementos del tipo, serán analizados por el juzgador, después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpaado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los elementos subjetivos del tipo.

Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

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

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

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

De lo anterior, se deduce que tanto el Poder Ejecutivo como el, Legislativo pretenden, a través de la reforma de 1999, disminuir la criminalidad en México mediante la consignación y procesamiento de más personas, ya que reconocieron abiertamente estar restringiendo las garantías individuales con el fin de combatir la criminalidad y la impunidad, señalando abiertamente que al efecto han flexibilizado los requisitos para poder solicitar una orden de aprehensión, con lo cual como lo señala Díaz Aranda "En un Estado Social y Democrático de Derecho o para usar los términos del mismo legislador; en un Estado de legalidad, la detención y consecuente privación de la libertad de una persona es uno de los actos de autoridad más restringidos, por ello está sujeto a múltiples requisitos, pues para el ciudadano debe constituir una de las más importantes garantías y ello es así no para favorecer

a los delincuentes, ¡sino para evitar detener y privar de la libertad a quienes no lo son!".⁶³

3.- INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL CUERPO DEL DELITO EN DIVERSAS ÉPOCAS (jurisprudencia).

El cuerpo del delito fue una de las figuras de fondo, de necesaria comprobación para poder dictar auto de formal prisión en contra de un individuo, considerado por el titular de la acción penal como probable responsable en la comisión de un delito; por tanto, representó una garantía tanto de libertad como de seguridad jurídica, a la luz del artículo 19 Constitucional.

En 1918 el Pleno de la Corte emitió una importante tesis, cuyo ponente desafortunadamente no se registra, en la que al referirse al artículo citado resaltó la importancia que tiene el "cuerpo del delito" como base del proceso penal mexicano y como garantía del inculpado para que no se proceda arbitrariamente en su contra. Esta tesis señalaba lo siguiente:

ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL. Introdujo una innovación en beneficio y para mayor garantía de los ciudadanos, al establecer, de una manera imperativa, que, en el auto de formal prisión, se exprese el delito que se imputa al acusado, los elementos que constituyen **el cuerpo del delito** y los datos que arroje la averiguación para hacer probable la responsabilidad del acusado.

Esta tesis en 1918 fue un gran paso de la Suprema Corte al interpretar debidamente el nuevo espíritu garantista de la Constitución de 1917; y al mismo tiempo estableció las bases para que el auto de formal prisión dejara de estar al capricho de los jueces; y al dictarlo en un término de 72 horas, pudiera acreditarse el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para no esperar el largo término de la sentencia y con ello evitar daño al probable inocente.

⁶³ Díaz Aranda, Enrique, Dolo, Op. cit., p. 192

En la tesis que se menciona a continuación y que fue emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte, el 8 de agosto de 1930, se da un importante avance sobre el "cuerpo del delito", pues se empieza a dar una definición del mismo, al preceptuar lo siguiente:

CUERPO DEL DELITO, COMPROBACIÓN DEL. Por **cuerpo del delito** se entiende la existencia, la realidad del delito mismo, y en esa virtud, comprobar el **cuerpo del delito**, no es más que demostrar la existencia de un hecho que merece pena con arreglo a la ley, es decir, demostrar la existencia de ese hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente; de manera que, faltando alguno de esos mismos elementos constitutivos, no puede decirse, en estricto derecho, que ese mismo hecho constituye delito, o, en otros términos, que está legalmente comprobado el **cuerpo del delito**, cuando en la resolución de la autoridad no se cita el precepto legal cuya infracción se imputa al acusado, no existe una base firme para precisar si ha quedado legalmente probado el delito que se le atribuye, toda vez que, precisamente, es el precepto que se estima violado, el que debe determinar cuáles son los elementos que constituyen el delito; y si no se sabe cuál es, no puede precisarse si concurren en el caso, los elementos constitutivos del mismo; y si no se puede establecer si está o no probado el **cuerpo del delito** que se imputa al reo, no puede sostenerse racional ni legalmente, que haya datos bastantes para hacer probable su responsabilidad.⁶⁴

En la tesis que invoca la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictada en 1938, donde también define el concepto de cuerpo del delito, al afirmar lo siguiente.

RESISTENCIA A AGENTES DE LA AUTORIDAD, DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE DURANGO). Por **cuerpo del delito** debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que lo constituyen, es decir, la realidad del mismo, y en esa virtud, comprobar el cuerpo del delito no es más que demostrar la existencia de un hecho con todos los elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente; de manera que faltando alguno de esos elementos, no puede decirse que el hecho constituye delito. Ahora bien, el artículo 871 del Código Penal vigente en el Estado de Durango dice "se castigará con dos años de prisión y multa de segunda clase, al que empleando la fuerza, el amago o la amenaza, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes, ejerzan alguna de sus funciones, o resista el cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en la forma legal; y ese delito no existe, si no consta que los que se dicen

⁶⁴ Romero Tequextle Gonzalo, *Cuerpo del delito o elementos del tipo*, 3ª ed, México, Ed. OGS, 1998, p.p. 113-117

agentes de la autoridad, lo sean efectivamente. Por otra parte, si los llamados agentes afirman que recibieron orden verbal del Ministerio Público, para proceder a esa aseveración, por no haberse examinado al representante social sobre el particular; y aún en el supuesto de que se le hubiere examinado, si el que va a ser aprehendido, se opone a la aprehensión, no existe el citado delito, si no se cumplieron previamente las formalidades esenciales del procedimiento, respecto a que nadie puede ser privado de la libertad, sino en virtud del mandamiento escrito de la autoridad competente, ya que no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas, por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado; y la sentencia que impone pena en tales condiciones, es violatoria de garantías, ya que no se comprobó el cuerpo del delito.⁶⁵

Tomo LVII, pág 2542. Amparo directo 2142/38, Sección Segunda. Pineda Lázaro y coags. 8 de septiembre de 1938. Unanimidad de cuatro votos.

Nótese que en esta tesis parecida a la anterior ya aparece una deformación al referirse a los elementos objetivos o externos. Igual postura sostiene la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 86, visible a página 186, Sección Primera, del Apéndice de Jurisprudencia 1917 a 1975, cuyo rubro y contenido es:

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.⁶⁶

Como señale en el caso anterior, esta última tesis tuvo la virtud de evitar los aspectos subjetivos para darle mayor efectividad al auto de formal prisión; sin embargo el concepto emitido, deja fuera los elementos subjetivos y normativos, que son esenciales en algunos tipos.

En efecto, en el Código de Procedimientos Penales de 1880, en que se receptaba el concepto de cuerpo del delito con un contenido amplio, señalando que éste se integraría con la totalidad de los elementos del hecho punible, la Suprema

⁶⁵ Ibidem, p. 120

⁶⁶ Ibidem, p. 127

Corte de Justicia de la Nación emitió jurisprudencia en el sentido, por demás acertado, de que este precepto debía interpretarse atendiendo exclusivamente a los elementos materiales de la infracción. Ello porque si se tomaba el precepto en su tenor literal, en el cuerpo del delito se estaría comprobando el delito mismo, y siendo éste, como es, una de las figuras procesales que están en la base del procesamiento, se tornaría innecesario, pues al comprobarse el total delito carecería de objeto el proceso, ya que en aquel momento podía determinarse la consecuencia jurídica correspondiente al autor.

No debemos olvidar que en aquel entonces la teoría del delito sólo reconocía dos componentes del mismo: antijuridicidad y culpabilidad, bajo el denominado esquema Liszt-Beling injusto objetivo, culpabilidad subjetiva.⁶⁷

Es con posterioridad a la introducción del concepto de tipo creado por Ernest Beling a principios de este siglo, que se van perfilando cambios en el contenido de este concepto, cuyo conocimiento, en otras latitudes, se vio retrasado por la dificultad en las comunicaciones. Vemos que el concepto del cuerpo del delito quedó intocado en el Código de Procedimientos Penales de 1929, en que al igual que el de 1931, lo único modificado fue lo referente a la aceptación del criterio jurisprudencial de que para su existencia debían constatarse los elementos materiales del hecho delictuoso, pues en la tesis de 1959 cuya ponencia sustentó el Ministro Luis Chico Goerne, se complementa el criterio que había venido sosteniendo la Corte, al señalar que la tipicidad se integra mediante la función de comprobación de que el hecho se adecua al presupuesto normativo y descriptivo, que es el tipo. Además en la parte final dice: "al aceptar que en autos se comprobó el cuerpo del delito previsto en un precepto, está realizando la función de comprobar que el hecho imputado encaja, en forma perfecta, dentro de la hipótesis recogida por el tipo", tesis cuyo rubro y texto es el siguiente:

⁶⁷ Bermúdez Molina, Estuardo, Op. cit., p. 26

TIPICIDAD. Siendo la tipicidad un elemento objetivo del delito, que se integra mediante la función de comprobación de que el hecho imputado (conducta y resultado) se adecua al presupuesto normativo y descriptivo (tipo), la sentencia impugnada, al aceptar que en autos se comprobó el **cuerpo del delito** previsto en un precepto, está realizando la función de comprobar que el hecho imputado encaja, en forma perfecta, dentro de la hipótesis recogida por el tipo.

Amparo directo 479/53. Guillermo Jiménez Munguía. 21 de abril de 1959. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Posteriormente, en la siguiente tesis que se invoca, sustentada por la primera Sala de la Corte, en ponencia por el mismo Ministro Juan José González Bustamante, se menciona que a pesar de la jurisprudencia establecida, debe reconocerse que hay delitos como el fraude, abuso de confianza y peculado, que son refractarios, a la prueba directa, que no puede comprobarse solamente con sus elementos materiales; al señalar lo siguiente

FRAUDE. CUERPO DEL DELITO. Es cierto que el artículo 116 del Código de Procedimientos Penales, previene que el cuerpo del delito en el fraude, abuso de confianza y peculado, se comprobará por los elementos materiales o por la confesión del acusado, aceptándose la segunda regla o falta de la primera. Pero existen delitos refractarios a la prueba directa que no pueden comprobarse solamente por sus elementos materiales y entre ellos se encuentra comprendido el fraude, sin que ello contrarie la tesis número 312, página 603, del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de la jurisprudencia definida en el periodo de 1917 a 1954, sino al contrario la confirma. Según dicha tesis, por **cuerpo del delito** debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que corresponden a la culpabilidad, y en los delitos patrimoniales enumerados, por regla general, comprobada la existencia del delito se comprueba la culpabilidad del acusado.

Amparo directo 1908/59. Rafael Pérez Palma junior. 4 de agosto de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente Juan José González Bustamante.⁶⁸

⁶⁸ Romero Tequextle, Gonzalo, Op. cit., p. 128

Puede decirse, que a partir de 1931, la actuación de los Tribunales, a la inversa de lo antes sucedido, empieza a apartarse de los lineamientos de la ciencia jurídico-penal para ceñirse a una práctica inercial, consecuente con la anterior redacción de este concepto que, como ya dijimos, correspondía a la hasta entonces escasa evolución de la ciencia jurídico-penal. Así, no obstante la significativa variación de este concepto, los Tribunales seguían manejando las formas entonces conocidas de comprobar la corporeidad delictiva de los delitos antes mencionados, y, en aquellos no expresamente señalados por la ley, el de constatar algunos elementos materiales de los mismos, con total desdén de lo que para ese entonces ya enseñaba la dogmática penal como contenido del recién introducido elemento del delito (el tipo penal).

Sucedió que por no desacatar la jurisprudencia, o tal vez por el desconocimiento de la existencia de otro elemento del delito, y de que en éste se receptaban no sólo elementos objetivos sino también algunos subjetivos, la actuación de los órganos del sistema de justicia empezó a apartarse cada vez mas del derecho penal sustantivo, al grado de que llegaron a tener aceptación general frases como la de que "una cosa era la teoría y otra muy diferente la práctica".

De esta manera, las resoluciones judiciales siguieron emitiéndose como si el concepto de tipo no existiese, integrándose el cuerpo del delito sólo con algunos elementos objetivos del tipo expresamente referidos, señalados en las llamadas reglas especiales de comprobación de la corporeidad delictiva en determinado ilícitos, procediéndose en forma similar respecto de aquellos delitos que no tenían señaladas reglas para comprobar su corporeidad.⁶⁹

Esta actitud prevaleció al menos formalmente hasta el año de 1984, es a partir de esta trascendente reforma procesal que ante el contundente avance de la ciencia jurídico-penal, nuestra legislación procesal revitaliza este concepto, ordenando que el mismo se tendría por comprobado cuando se acreditase la totalidad de los elementos

⁶⁹ Bermúdez Molina, Estuardo, Op. cit., p. 27

integrantes de la conducta o hecho descrito por la ley penal (artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

En otras palabras, en 1984 se reaviva el maduro concepto procesal, y se da plena cabida a la rectificación de la jurisprudencia para que las resoluciones jurisdiccionales y todas las actuaciones de los órganos del sistema de justicia penal constataren la tipicidad al integrar el cuerpo del delito, lo que se desprende de la Jurisprudencia sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitida en 1993, antes de la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución federal, la cual identificaba al cuerpo del delito con los elementos descritos en el tipo penal, al afirmar lo siguiente:

DELITO DE ROBO. PARA SU COMPROBACIÓN NO SE REQUIERE LA POSESIÓN MATERIAL DE LA COSA OBJETO DEL APODERAMIENTO, EN EL MOMENTO DE LA DETENCIÓN. El cuerpo del delito de robo se integra con la reunión de los elementos descritos en el tipo penal, entre los que no se encuentra la posesión material de las cosas objeto del apoderamiento, pues pudo ser abandonada, destruida o consumida por el agente, sin que por ello su conducta deje de ajustarse a la hipótesis normativa.

No obstante la bondad de esta reforma, la misma no fue capaz de rectificar la actuación de los órganos de justicia penal, tal vez debido a que se mantenían las referidas reglas especiales de comprobación de ciertos delitos, lo que paralelamente a la actitud comúnmente inercial, trajo como consecuencia que se siguiese manejando el mismo contenido de esta figura.

Posteriormente, con la reforma de 10 de enero de 1994, a la legislación procesal, respecto a la introducción del concepto de elementos del tipo, por cuerpo del delito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó el mismo, en el sentido de que era necesario acreditar todos y cada uno de los elementos del tipo penal, siendo el dolo uno de los requisitos que antes de dicha reforma se acreditaba en la culpabilidad, lo anterior de acuerdo al sistema causalista.

Para ejemplificar lo anterior, cito la tesis 845, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, antes de la reforma señalada, visible a página 544, del tomo II, del apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1995, cuyo rubro y contenido es el siguiente:

CUERPO DEL DELITO. Por **cuerpo del delito** debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

Asimismo, invoco la tesis II. 1º. P.37 P, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, después de la reforma de 10 de enero de 1994, visible a página 719, del tomo VII, correspondiente a abril de 1998, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, dada a conocer en los siguientes términos:

ACUSACIÓN O DENUNCIAS FALSAS, DELITO DE. SU NO COMPROBACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 155 del Código Penal del Estado de México, comete el delito de acusación o denuncias falsas, el que "... impute falsamente a otro un hecho considerado como delito por la ley, si esta imputación se hiciera ante un funcionario que, por razón de su cargo, deba proceder a la persecución del mismo.-No se procederá contra el autor de este delito, sino en virtud de sentencia ejecutoriada o auto de sobreseimiento dictado por el Juez o tribunal que hubiese conocido del delito imputado.". Al efecto, debe decirse que para estimar acreditados los elementos del tipo penal de cuenta, debe atenderse a la falsedad en que, en su caso, incurra el denunciante, y toca al Ministerio Público la acreditación del dolo específico; por tanto, si la representación social no acredita el dolo específico y, del proceso respectivo, tampoco aparece que el dicho del ofendido haya sido declarado mendaz, no puede declararse que se haya evidenciado la aludida falsedad y no puede considerarse que los hechos denunciados resultaran ser constitutivos de delito.

En la siguiente tesis, se trata la equiparación de los conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal, la cual aparece con el número I.4o.P. J/3, visible a página 47, del tomo 81, correspondiente a Septiembre de 1994, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, sustentada por el Cuarto

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en los siguientes términos:

DELITO DE ROBO. PARA SU COMPROBACION NO SE REQUIERE LA POSESION MATERIAL DE LA COSA OBJETO DEL APODERAMIENTO, EN EL MOMENTO DE LA DETENCION. El cuerpo del delito de robo se integra con la reunión de los **elementos descritos en el tipo penal**, entre los que no se encuentra la posesión material de la cosa objeto del apoderamiento, pues pudo ser abandonada, destruida o consumida por el agente, sin que por ello su conducta deje de ajustarse a la hipótesis normativa.

Así como la diversa tesis XXI. 2o. 34 P, visible a página 415, del tomo XIV, Diciembre de 1994, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, cuyo rubro y texto es el siguiente:

PECULADO, DELITO DE. SU DEMOSTRACION EXIGE QUE EL SERVIDOR PUBLICO INculpADO SEA PRECISAMENTE QUIEN, MEDIANTE ALGUN ACTO, DISTRAIGA DE SU OBJETO LOS BIENES QUE LE FUERON ENTREGADOS EN ADMINISTRACION, POR RAZON DE SU CARGO. El cuerpo del delito de peculado, previsto en el artículo 223, fracción I, del Código Penal Federal, cuyos elementos materiales son: a). Que el acusado desempeñe un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión, por tiempo limitado, y que no tenga el carácter de funcionario; b). Que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, depósito o por otra causa. Tal **elemento del tipo penal** en comento no se acredita, aun cuando esté demostrado que el inculcado fungió durante cierto tiempo como gerente de una tienda propiedad del organismo descentralizado Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, y que se le practicó auditoria por el período de duración de su encargo, habiendo resultado un faltante de mercancía por cierto valor económico, si a la vez no se demuestra también que dicho acusado, en su calidad de gerente, hubiese girado órdenes o instrucciones para disponer de esas mercancías, con un fin distinto al cual estaban asignadas, o que él, personal y directamente, hubiese realizado la distracción de esos bienes para usos propios o ajenos, pues no es válido presumir ese hecho con base en su calidad de encargado del control y administración general de la tienda, si en la misma también desempeñan funciones específicamente operativas de recepción de mercancías, almacenamiento, abastecimiento a las líneas departamentales, atención al público, cobro y vigilancia, un número considerable de personas, empleados del mismo Instituto, y por ende, también servidores públicos, dado que la definición legal del tipo penal, exige la demostración de que sea precisamente el inculcado, quien mediante algún acto hubiese distraído de su objeto

los bienes que le fueron entregados, por razón de su cargo, en administración o depósito.

Finalmente, con la reforma de 18 de mayo de 1999, al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se regresa al concepto de cuerpo del delito, pero dándole un significado más amplio, pues de acuerdo al artículo 168 del primero de los ordenamientos citados, por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera, en tanto que en la legislación procesal del Distrito Federal, en el numeral 122 agrega que cuando la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesario la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito, pues de esta forma se exigen mayores requisitos que el precepto constitucional para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculpado, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente su aplicación.

En apoyo a tal afirmación se invoca la tesis XXV.1 P, a página 933, del tomo XI, correspondiente a Abril de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, sustentada por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, dada a conocer en los siguientes términos:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL ARTÍCULO 204 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE DURANGO TIENE APLICACIÓN PREFERENTE AL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL POR OTORGAR MAYORES PRERROGATIVAS AL INCULPADO EN EL DICTADO DEL. De acuerdo con la reforma del artículo 19 constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para dictar un auto de formal prisión se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para comprobar el **cuerpo del delito penal** y hacer probable la responsabilidad del indiciado; es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva. Sin embargo, el artículo 204 del

Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango, aun exige como requisito para emitir un auto de formal prisión, la demostración de los **elementos del tipo penal**, cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate. De lo anterior se desprende que la legislación local en cita exige mayores requisitos que el precepto constitucional para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculpado, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente su aplicación.

4.- CUERPO DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

No es dable, el comparar o equiparar las figuras de cuerpo del delito y elementos del tipo penal, pues las mismas no son coincidentes, ya que si así lo fueran, no hubiese tenido razón de ser las reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales, respecto a acreditarlas.

En relación a la evolución histórica de estas figuras, cabe señalar que el cuerpo del delito en sus inicios fue entendido como una definición englobante de todos los vestigios o huellas exteriores que hubiese dejado la perpetración de un delito, ya que sus elementos se encuadraban en tres grupos, corpus criminis, corpus instrumentorum y corpus probationem, definición que evolucionó hasta identificarse con los elementos materiales que componían el delito; en tanto que los elementos del tipo penal, fue un concepto que nació en los diversos sistemas de la teoría del delito alemana; sin embargo, algunos autores manifestaron que el antecedente de la noción del tipo, se encuentra en el concepto de corpus delicti, pero el mérito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito.

Por otra parte el concepto de tipo penal atiende al principio de legalidad *nullum crimen sine legem*, y que una de sus funciones es la de garantía, la de brindar seguridad jurídica, pues sólo las conductas subsumibles en él pueden ser castigadas, en tanto que "La doctrina procesal mexicana cuando se refería a la

comprobación del cuerpo del delito, pensaba casi exclusivamente, en lo que le sucedía al sujeto pasivo a quien se le había lesionado un bien jurídico, y no en cambio, en la comprobación de la comisión de un comportamiento típico realizado por el sujeto activo. Así por ejemplo, para comprobar el cuerpo del delito de robo, se pensaba principalmente en la desaparición del objeto mueble, bastaba comprobarlo con la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa, así como por que el ofendido se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito".⁷⁰

Hasta antes de la reforma a la legislación procesal en 1999, se decía que entre los conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal, existía una marcada diferencia, ya que el primero implica requisitos de acreditamiento mucho mayores que los simples elementos externos a que se refiere el cuerpo del delito y sobre todo que conforme a la concepción de elementos del tipo no puede concebirse su acreditamiento a través de reglas especiales, pues lo que se acredita es un todo y no puede acreditarse ese todo con reglas especiales que, en todo caso, únicamente comprueban una parte de ese todo, y si el todo no está acreditado se vulnera la garantía de seguridad jurídica que ello implica en contra del gobernado; en tal virtud, en aquella época se concluía que el concepto de tipo contiene elementos (objetivos, en ocasiones normativos y subjetivos) que deben ser acreditados por la autoridad y que no se presumen y estos elementos son mucho mayores que la simple descripción externa de la conducta a que se refiere el concepto de cuerpo del delito.

Para Gerardo A. Carmona Castillo existen dos corrientes sobre el contenido del cuerpo del delito, la primera postulaba que el cuerpo del delito es lo externo o material del delito; en tanto que la segunda lo identificaba con la tipicidad. Atento a lo anterior para este autor, dichas posturas resultaban incorrectas, pues la primera al no contemplar dentro del contenido del corpus delicti a los elementos de naturaleza subjetiva o normativa que algunos tipos penales prevén (como el ánimo de apropiación en el robo simple, el ánimo lucrandi en el fraude genérico o las finalidades especiales en los delitos contra la salud), eran y siguen siendo ineficaces para resolver los casos que en la praxis judicial se presentan; y el mismo argumento

⁷⁰ Vergara Rojas, Gonzalo y Baca Rivera, Arturo, Op. cit., p. 39

se puede utilizar para descartar la segunda postura, toda vez, que aún cuando en ésta ya se hacía alusión a los elementos objetivos, subjetivos y normativos, según lo requiriera cada tipo penal en particular, no se incluyó en el contenido de cuerpo del delito al dolo o la culpa, por considerarse que éstos eran materia de análisis de la responsabilidad (esto como consecuencia de considerarlos como formas o especies de la culpabilidad). Consecuentemente, dicho autor está de acuerdo con aquella postura que ha identificado al cuerpo del delito con la tipicidad, siempre y cuando se conciba al tipo penal como lo hacen los finalistas, es decir, como una figura que se integra por elementos objetivos (descriptivos y normativos) y subjetivos (dolo o culpa, así como otros elementos subjetivos distintos al dolo: ánimos, propósitos, deseos, finalidades, etcétera).⁷¹

Como ha quedado precisado en el punto 2 del presente capítulo, el 18 de mayo de 1999, fueron reformados entre otros los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como el 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de los cuales se advierte que cuerpo del delito es “el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito” y “cuando la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesario la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo”, en esa tesitura, podemos decir que no fue un retroceso el volver a hablar de cuerpo del delito, puesto que en dicho concepto se incluyen también elementos normativos y subjetivos, lo que no sucedía en la concepción que se tenía antes de dichas reformas, pues el mismo estaba integrado únicamente con elementos objetivos, por lo que la nueva redacción de cuerpo del delito resulta más acertada.

Con lo anterior, se puede afirmar que el tipo penal ha tenido su propia evolución y que ésta se identifica en estricto sentido con la del cuerpo del delito, es decir no son sinónimos, pero tampoco figuras jurídicas que se excluyan, por el contrario se puede afirmar que se complementan, resultando válido que la figura

⁷¹ Carmona Castillo, Gerardo, Op. cit., p. 38-40

procesal de cuerpo del delito se complemente con todos los elementos del tipo, toda vez que existen legislaciones extranjeras que prevén en sus cuerpos normativos la comprobación del cuerpo del delito acreditando los elementos del tipo penal, por lo que en estricto sentido es factible su coexistencia y además su complementación.

CAPITULO IV

ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL FEDERAL

1.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL CUERPO DEL DELITO, DE ACUERDO A LOS ARTÍCULOS 134 Y 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El cuerpo del delito se encuentra definido por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual en su parte conducente señala lo siguiente:

"Artículo 168...

"Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera".

Así tenemos que el cuerpo del delito se integra por:

- a) elementos objetivos o externos y
- b) elementos normativos

Los elementos objetivos o externos son aquellos que pueden ser comprendidos y entendidos a través de la percepción de los sentidos; por tanto, para su comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor.

Estos elementos los podemos señalar de la siguiente forma:

1. Conducta
2. Lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado
3. Medios o formas de comisión
4. Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión
5. Objeto Material
6. Sujetos Activos y pasivos

Conceptos que han sido definidos en el capítulo III, del presente trabajo.

Los elementos normativos son aquellos que implican juicios normativos para poder ser determinados y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.

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

Los primeros serán aquellos en los cuales para desentrañar su contenido se atenderá a lo que establece la ley respecto a la definición de dichos elementos.

En cambio, los de valoración cultural 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, sino con criterio objetivo, o sea, según la conciencia de la comunidad.

Por otra parte, respecto a los elementos subjetivos específicos, el numeral 134 de la Ley instrumental de la materia indica:

“Artículo 134. En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los Tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, **los elementos subjetivos específicos** cuando la descripción típica la requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea”.

No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por falta de elementos del tipo, serán analizados por el juzgador, después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los **elementos subjetivos del tipo**”.

De lo que se advierte que si bien es verdad el numeral 168 del ordenamiento legal citado, no menciona que los elementos subjetivos específicos formen parte del cuerpo del delito, también lo es que de acuerdo a una lógica interpretación del numeral 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende que estos si forman parte del mismo, pero que al ejercer acción penal ante los tribunales, no será necesario acreditarlos plenamente, pues dicho análisis será después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Por tanto, los elementos subjetivos específicos también forman parte del cuerpo del delito, debiéndose entender por los mismos, aquellos deseos o anhelos, intenciones o propósitos, conocimientos y ánimos, relativos al autor.

En la actualidad, los órganos encargados de administrar justicia en materia federal, como lo son los Juzgados de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal y los Tribunales Unitarios en Materia Penal del Primer Circuito, al integrar el cuerpo del delito, de un tipo penal con elementos subjetivos específicos, acreditan plenamente los mismos al dictar un auto de formal prisión, lo anterior para dar una mayor seguridad jurídica a los gobernados, por lo que enseguida citaré algunas resoluciones pronunciadas por dichas autoridades.

1.- Juzgado Tercero de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal

Vistos, para resolver dentro del término a que se refiere la parte conducente del artículo 19 de la Constitución General de la República Mexicana, los autos de la causa penal ___/2000, respecto de la situación jurídica de ____, ____ y ____, en contra de quienes el agente del Ministerio Público de la Federación, ejerció acción penal como probables responsables de la comisión del delito de **POSESIÓN DE OBJETO ROBADO**, previsto y sancionado por el artículo 368 bis, del Código Penal Federal, hipótesis al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea el producto del robo a **sabiendas** de esta circunstancia; y

CONSIDERANDO

...

TERCERO.- El delito de **POSESIÓN DE OBJETO ROBADO**, por el que el agente del Ministerio Público, ejerció acción penal en contra de los inculpados ____, ____ y ____, se encuentra previsto y sancionado por el artículo 368 Bis, del Código Penal Federal, literalmente establece lo siguiente:

"Artículo 368 Bis.- ... (se transcribe)"

Del anterior precepto se desprenden los siguientes elementos objetivos del cuerpo del delito en estudio.

- a).- Que alguien después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste.
- b) Posea, enajene o trafique de cualquier manera adquiera o reciba los instrumentos, objetos o productos del robo.
- c) Que la anterior conducta la realice **a sabiendas** de que se trata de producto robado.
- d) Que el valor de los objetos robados sea superior a quinientas veces el salario.

...

El tercer elemento del cuerpo del delito se acredita con lo manifestado por los propios inculpados ____, ____ y ____, quienes admitieron conocer que los medicamentos y material médico que compraban y vendían sabían era robado de diferentes clínicas del Sector Salud.

...

Los anteriores elementos de prueba tienen el valor de indicio, que les asignan los artículos 279, 284, 285, 287 y 288 del Código Federal de Procedimientos Penales y al relacionarlos entre sí, como indica el diverso numeral 286 de dicho ordenamiento; es decir, en un orden lógico y jurídico, los mismos alcanzan el valor probatorio pleno, para tener por acreditado el cuerpo del delito de **POSESIÓN DE OBJETO ROBADO**, pues resulta evidente del material probatorio referido, que los hoy inculpados poseyeron los medicamentos y material médico fedatado en autos, **a sabiendas** de que ese material era robado de diferentes clínicas del Sector Salud.

2.- Juzgado Cuarto de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal

Vistos, para resolver dentro del plazo constitucional de las setenta y dos horas a que se refiere el artículo 19 de la Constitución General de la República Mexicana, los autos de la causa penal __/2000, instruida en contra de ____, por su probable responsabilidad penal en la comisión del delito de **OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA EN GRADO DE TENTATIVA**, previsto y sancionado en el artículo 400 bis (hipótesis de al que por sí transporte dentro del territorio nacional recursos, con el conocimiento que preceden o representan el producto de una actividad ilícita, con el propósito de ocultar el destino o propiedad de dichos recursos), en relación con el párrafo sexto del citado precepto legal, en relación con los artículos 7°, fracción I, 8° (hipótesis de acción dolosa), 9°, párrafo primero, 13, fracción II (realización por sí), en concordancia con el artículo 12, párrafo primero y 63, párrafo tercero, todos los preceptos del Código Penal Federal; y,

...

CONSIDERANDO

...

TERCERO.- El Represente Social de la Federación titular de la Agencia Segunda "A" Investigadora en esta ciudad, ejerció acción penal en contra de _____, a quien consideró probable responsable en la comisión del delito de **OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA EN GRADO DE TENTATIVA**, previsto y sancionado en el artículo 400 bis (hipótesis de al que por si transporte dentro del territorio nacional recursos, con el conocimiento que preceden o representan el producto de una actividad ilícita, con el propósito de ocultar el destino o propiedad de dichos recursos), en relación con el párrafo sexto del citado precepto legal, así como los numerales 12, párrafo primero y 63, párrafo tercero, todos los preceptos del Código Penal Federal.

De lo anterior, se desprende que los elementos del cuerpo del delito del ilícito en estudio son los siguientes:

- a) El activo por sí o por interpósita persona exteriorice la resolución de transportar dentro del territorio nacional recursos económicos;
- b) Con el **propósito** de su ocultamiento;
- c) Con **conocimiento** de que esos recursos provienen o representan el producto de una actividad ilícita;
- d) No obstante de realizar en parte los actos ejecutivos que deberían producir la transportación, la conducta no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.

Elementos que se acreditan con ...

Los medios de prueba reseñados son aptos y bastantes para comprobar el cuerpo del delito a estudio, pues de su valoración y adminiculación, conforme a las reglas contenidas en los artículos 284, 285, 288 y 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, apreciados en los términos de su artículo 286, tomados en su conjunto en razón del enlace lógico, natural y jurídico que deriva del recíproco apoyo que se prestan, permiten evidenciar que el sujeto activo, el _____, aproximadamente a las trece horas con treinta minutos fue asegurado por elementos de la Policía Federal Preventiva, quien al acceder dicho filtro en la máquina de rayos X se visualizó en su equipaje una fuente de poder conteniendo 1,250 mil doscientos cincuenta billetes cada uno, para dar un total de 250,000.00 (doscientos cincuenta mil) dólares E.U.A. dentro del contenedor (simulado fuente de poder), así como también se le encontró en su cartera 1,550.00 (mil quinientos cincuenta dólares) E.U.A. y 7,450.00 (siete mil cuatrocientos cincuenta dólares) en el interior de su ropa; conducta ilícita con la que se puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, esto es, la economía de la nación; y desde luego, **con el evidente propósito de su ocultamiento**, y que a pesar de haber realizado los actos ejecutivos que deberían producir la transportación a un país extranjero, la conducta no se consumó por causas ajenas a la voluntad del agente.

3.- Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito

VISTOS para resolver los autos del toca penal ___/2000-II, relativo al recurso de apelación interpuesto por el procesado ___ en contra del **auto de plazo constitucional** de ___ de noviembre de dos mil, dictado por el Juez Séptimo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, por considerarlo probable responsable en la comisión del delito **CONTRA LA SALUD**, en la modalidad de **POSESION DEL** narcótico denominado **CLORHIDRATO DE COCAÍNA CON FINES DE COMERCIO** previsto y sancionado en los artículos 195, párrafo primero, en relación con el 193 y 194, fracción I, todos del Código Penal Federal, en concordancia con los numerales 234, 235, 236 y 237 de la Ley General de Salud, dentro de la causa ___/2000-I.

... CONSIDERANDO

...

CUARTO.- COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO. Los medios probatorios detallados en la presente resolución, debidamente valorados conforme a lo dispuesto por los artículos 284, 285, 286, 288, 289 y 290, del Código Federal de Procedimientos Penales, son suficientes y aptos para acreditar plenamente el cuerpo del delito **CONTRA LA SALUD**, en la modalidad de **POSESION DEL** narcótico denominado **CLORHIDRATO DE COCAÍNA CON FINES DE COMERCIO**, previsto y sancionado en los artículos 195, párrafo primero, en relación con el 193 y 194, fracción I, todos del Código Penal Federal, en concordancia con los numerales 234, 235, 236 y 237 de la Ley General de Salud.

Lo anterior, en términos de la regla genérica contenida en los artículos 168, en relación con el 180, ambos de la ley adjetiva invocada.

El cuerpo de dicho ilícito requiere para su existencia de los siguientes elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho:

a).- La existencia física de sustancias consideradas como estupefacientes por la Ley General de Salud y como narcóticos conforme a lo dispuesto por el artículo 193 del Código Penal Federal, en el caso concreto catorce gramos seis miligramos de clorhidrato de cocaína.

b).- El referido narcótico, sea objeto de posesión; es decir, esté bajo el radio de acción de disponibilidad del sujeto activo;

c).- Lo anterior, sea con la **finalidad** de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, del Código Penal Federal, en el caso concreto comercio (elemento subjetivo específico); y

d).- La conducta se realice en contravención a disposiciones de orden público, como son el Código Penal Federal y la Ley General de Salud.

En efecto, según el texto vigente del artículo 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito,

así como los normativos y **subjetivos**, en caso de que la descripción típica lo requiera; luego, el ilícito materia de análisis requiere como materialidad del hecho que la ley señala como delito **CONTRA LA SALUD**, en la modalidad de **POSESION** del narcótico denominado **CLORHIDRATO DE COCAINA CON FINES DE COMERCIO** (hipótesis de venta), una actividad corporal voluntaria del sujeto activo, la cual se traduce en poseer dentro de su radio de acción y ámbito de disponibilidad el estupefaciente denominado cocaína, sustancia considerada así por la Ley General de Salud; con la **finalidad** de realizar alguna de las conductas previstas en el numeral 194, del citado código punitivo, ello en contravención a las disposiciones de orden público como lo son los citados cuerpos normativos; con lo cual se debe poner en peligro el bien jurídicamente tutelado por la norma que lo es la salud pública, quien debe quedar en riesgo de afectación desde el momento en que el activo llevó a cabo la conducta; sin que la descripción típica requiera calidad específica, tanto del sujeto activo como del pasivo, al no ser exigible determinada calidad al autor de la conducta típica, ni del pasivo para ser el titular del bien jurídicamente protegido por la norma, pues el mismo, es la sociedad quien se vio en peligro por cuanto hace a su desarrollo psicosomático; el objeto material requiere de una calidad específica, esto es, que se trate de narcóticos, en el caso concreto lo es **CLORHIDRATO DE COCAINA** en la cantidad de catorce gramos seis mili miligramos distribuida en un envoltorio de plástico blanco; no requiere medios específicos para su realización; la descripción típica contiene como elementos normativos las expresiones semánticas de poseer dentro del radio de acción y narcóticos; el primero es de valoración cultural, que a su vez constituye la conducta núcleo del tipo consistente en que los activos puedan disponer de la droga en cualquier forma; es decir, directamente de manera personal o física, o a través de un tercero, lo cual significa no únicamente que lo posea a una distancia determinada, sino a la posibilidad de que el mismo esté a su disponibilidad; y el segundo de valoración jurídica, pues para desentrañar su contenido basta con remitirse al numeral 193, del Código Penal Federal, que estima como narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia; por su parte la Ley General de Salud en su artículo 234 contempla como estupefaciente a la cocaína; sin que el delito contenga circunstancias de tiempo, modo y ocasión, no obstante, se precisa el día y hora en que ocurrió el hecho antisocial, no como circunstancia de tiempo, modo, lugar y ocasión que exija la descripción legislativa, en virtud de no requerirla, sino con el propósito de motivar y fundar la presente resolución, cuya obligación, conforme al artículo 16, primer párrafo de nuestra Ley Suprema, tiene el deber de hacerlo toda autoridad; lo cual guarda congruencia con lo dispuesto por el numeral 19, párrafo primero de la misma ley fundamental que obliga a que en todo auto de formal prisión se expresará el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito; requiere como **elemento subjetivo específico el que la posesión sea con la finalidad de realizar** alguna de las conductas previstas en el artículo 194, del Código Penal Federal, en el caso que nos ocupa, con la **finalidad** de comercio; en tales circunstancias se enuncian todos y cada uno de los elementos que requiere la descripción típica del ilícito de **CONTRA LA SALUD**, en la modalidad de **POSESION** del narcótico denominado **CLORHIDRATO DE COCAINA, CON FINES DE COMERCIO** (hipótesis de venta).

Ciertamente, los medios de convicción integradores de la causa penal que se revisa, con el valor probatorio pleno que merecen, acreditan el cuerpo del delito a estudio, para lo cual resulta primordial ...

Los anteriores medios de prueba, en su enlace lógico y natural, con el valor probatorio que les fue asignado, acreditan el cuerpo del delito antes mencionado, pues se

evidencia que en el mundo de relación, el activo aproximadamente a las veintitrés horas con treinta minutos del ____ de noviembre del dos mil, en el inmueble ubicado en calle veintiuno, número cincuenta y cinco, colonia Gómez Farias, delegación Venustiano Carranza, en esta ciudad, se le encontró catorce gramos seis miligramos de cocaína, en una bolsa de plástico transparente; luego, en esas condiciones, es evidente que la tenía dentro de su radio de acción y disponibilidad, con lo cual se puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal que lo es la salud pública, la que atendiendo a la cantidad y calidad del narcótico, esto es, catorce gramos, seis miligramos de cocaína, distribuida en una bolsa de plástico, así como los objetos que le fueron encontrados consistentes en un bote de refresco vacío con varios orificios en su parte inferior, un pedazo de espejo ambos con residuos de polvo blanco, un popote azul con polvo blanco, una bolsa de plástico blanca que contiene diversos recortes de papel tipo calendario, probablemente los que utilizan para venta de cocaína, objetos que tenía dentro de su radio de acción e inmediata disponibilidad, pues dicha modalidad no está limitada al ámbito meramente personal o físico del sujeto activo, ni a una distancia determinada, sino a la posibilidad de que pueda disponer de ellos en cualquier forma, directamente o a través de un tercero; **aunado al hecho de haber sido detenido en una negociación donde se permite el acceso constante de personas, así como lo declarado por _____ y _____, el primero en el sentido de que cuando fue detenido le encontraron un envoltorio con polvo blanco mismo que acababa de comprar en la negociación donde vive el activo y el segundo respecto a que en el lugar donde fue detenido el activo se vende droga, así como lo asentado en los partes informativos signados por _____ y _____, agentes de la policía Judicial Federal, quienes asentaron que en el domicilio donde fue asegurado el activo se vende droga, es inconcuso que con ello se acredita el elemento subjetivo específico, consistente en que poseía el narcótico afecto con la finalidad de realizar alguna de las conductas a que alude el artículo 194, del Código Penal Federal; esto es, el comerciar con el estupefaciente de mérito.**

Por lo anterior, se encuentra legalmente demostrado el cuerpo del delito de **CONTRA LA SALUD**, en su modalidad de **POSESION** del narcótico denominado **CLORHIDRATO DE COCAINA, CON FINES DE COMERCIO** (hipótesis de venta), al demostrarse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos y subjetivo específico, al acreditarse la correspondiente acción, la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, el objeto material y la **finalidad específica**.

2.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL, DE ACUERDO A LOS ARTÍCULOS 134 Y 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El contenido de la responsabilidad penal se encuentra plasmado en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual en lo inherente a dicho tópico señala lo siguiente:

"Artículo 168...

...

"La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o algún excluyente de culpabilidad".

En esas condiciones, tenemos que la responsabilidad penal se integra con:

- a) la forma de intervención del sujeto activo;
- b) la comisión dolosa o culposa de la conducta;
- c) causas de licitud del delito, y
- d) excluyentes de culpabilidad.

Las figuras típicas describen tan sólo, en cada caso concreto la conducta de su sujeto activo primario. Las palabras "el que haga tal cosa" o "el que omita tal otra", son superlativamente elocuentes. Resulta innecesario advertir que en estas expresiones puede quedar comprendida una pluralidad de personas, no obstante que el pronombre personal de la oración es utilizado en forma singular. Todos los que realizan íntegramente la acción típica principal, son sujetos activos primarios; su intervención personal es subsumible directamente dentro del tipo. Ahora bien, las personas que no han ejecutado dicha acción principal, pero hubieren efectuado con igual fin acciones anteriores o simultáneas, no pueden quedar comprendidas dentro del tipo penal, pues sus acciones no encajan en el mismo. Por tanto, si muchos lo ejecutan, muchos serán los autores principales; todos los demás aparecen como delincuentes accesorios.

El derecho penal no puede limitar su alcance a sancionar exclusivamente las conductas de aquellas personas que de modo material lesionan o ponen en peligro de lesión los bienes jurídicos que protegen las figuras típicas. En el ámbito de su área entran también en juego otras personas diversas de la que el tipo expresamente menciona, pues en torno a la conducta principal que en él se describe existen, a veces, otras conductas accesorias, anteriores o simultáneas.⁷²

⁷² Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, Op. cit., p. 381-382

En términos generales, las personas que intervienen en la comisión o ejecución de un ilícito se pueden agrupar en dos grandes rubros: autores y partícipes o cómplices. Los primeros ejecutan la conducta prevista en el tipo, los segundos auxilian a los primeros en la ejecución.

El Código Penal Federal en su artículo 13 detalla las formas de intervención de autores o partícipes y los define de la siguiente manera:

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización; (AUTOR INTELECTUAL)
- II. Los que los realicen por sí; (AUTOR DIRECTO O MATERIAL)
- III. Los que lo realicen conjuntamente; (COAUTORES MATERIALES)
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; (AUTOR MEDIATO)
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; (INSTIGADOR)
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; (COMPLICE)
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y (ENCUBRIDOR)
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo (RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA)

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este código.

Por lo que respecta a las formas de comisión de la conducta, éstas sólo pueden realizarse dolosa o culposamente, de acuerdo a lo que dispone el 8° del Código Penal Federal, al señalar lo siguiente:

Artículo 8o. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Asimismo, la definición de dichas formas de comisión las encontramos plasmadas en el numeral 9° de la Ley sustantiva de la materia, que indica:

Artículo 9o. 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, y

Obra **culposamente** el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

En relación a las causas de licitud del delito, cabe decirse que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido. En derecho penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, por cuanto el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos, el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico.⁷³

Dichas causas de justificación, se encuentran previstas en las fracciones III, IV, V y VI, del numeral 15 de la Ley sustantiva de la materia penal, las cuales a la letra indican:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: (CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO)

a) Que el bien jurídico sea disponible;

⁷³ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal parte general*, Op. cit. p. 325.

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. (LEGITIMA DEFENSA)

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; (ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE)

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; (CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO)

Las causas de inculpabilidad son aquellas que anulan cualquiera de los elementos de la culpabilidad. Por lo que para poder afirmar la culpabilidad de una persona que en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario conforme al Derecho Penal actualmente vigente que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. Si, por el contrario, el individuo por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la

culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a su autor y, por tanto, éste tampoco podrá ser sancionado con una pena.

De aquí se deduce que la culpabilidad, junto a ese fundamento material antes aludido de participación en los bienes jurídicos protegidos y motivación racional de los mandatos normativos, tiene unos elementos específicos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución que implica, los cuales son: la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Por cuanto hace a las excluyentes de culpabilidad, las mismas se encuentran plasmadas en las fracciones VII, VIII y IX, del artículo 15 del Código Penal Federal, las cuales son:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. (IMPUTABILIDAD)

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código;

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

...

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. (ERROR DE PROHIBICIÓN)

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código;

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; (JUICIO DE REPROCHE)

Todos los requisitos anteriores, serán analizados al ejercer acción penal o al dictar un auto de formal prisión, de manera probable, conforme a lo señalado por los

preceptos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales en su parte conducente señalan:

Artículo 16.-...

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

...

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

...

3.- IMPORTANCIA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS EN ALGUNOS TIPOS PENALES, PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

El Código Penal Federal contiene múltiples tipos que incluyen elementos subjetivos específicos, tan decisivos y esenciales que sin ellos carecen de relevancia penal; por tanto, en el presente apartado analizaré la importancia que tienen dichos elementos, en la integración del cuerpo del delito.

A continuación se apuntan de manera ejemplificativa algunos casos, pero no se agota el catálogo, porque sería muy extensa la relación.

a) En primer lugar citare algunos tipos penales, en los cuales los elementos subjetivos específicos o elementos subjetivos diversos del dolo, como pueden ser propósitos, finalidades, deseos, ánimos o conocimientos, son decisivos para saber en que tipo se encuadra la conducta del activo.

Código Penal Federal LIBRO SEGUNDO
TÍTULO SÉPTIMO. Delitos contra la salud.

CAPÍTULO I. De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos.

Los tipos penales previstos en los artículos 195, párrafo primero y 195 bis, del ordenamiento legal invocado señalan lo siguiente:

Artículo 195. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la **finalidad** de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194.

No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.

No se procederá por la simple posesión de medicamentos, previstos entre los narcóticos a los que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.

Artículo 194. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I. Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.

Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico;

II. Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.

Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo;

III. Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo; y

IV. Realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las sustancias comprendidas en el artículo anterior.

Las mismas penas previstas en este artículo y, además, privación del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por cinco años, se impondrán al servidor público que, en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo, permita, autorice o tolere cualesquiera de las conductas señaladas en este artículo.

Artículo 195 bis. Cuando la posesión o transporte, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no pueda considerarse destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 de este código y no se trate de un miembro de una asociación delictuosa, se aplicarán las penas previstas en las tablas contenidas en el apéndice 1 de este ordenamiento, si el narcótico no se encuentra comprendido en las mismas, se aplicará hasta la mitad de las penas señaladas en el artículo anterior.

Elementos objetivos : la posesión de narcóticos

Elementos subjetivos: el primero con la finalidad de realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194

el segundo no requiere ninguna finalidad

Delito Grave : el primero

TÍTULO DECIMONOVENO. Delitos contra la vida y la integridad corporal. CAPÍTULO II. Homicidio.

Los delitos a que se refieren el artículo 302 y 323, del Código Penal Federal, preceptúan lo siguiente:

Artículo 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.

Artículo 307. Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga prevista una sanción especial en este código, se le impondrán de doce a veinticuatro años de prisión.

CAPÍTULO IV. Homicidio en razón del parentesco o relación.

Artículo 323. Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, **con conocimiento** de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho **conocimiento**, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los capítulos II y III anteriores.

Elementos objetivos : privar de la vida a otro

Elementos subjetivos : el primero no exige ninguno
el segundo exige con conocimiento del parentesco

Delito Grave : los dos

**TÍTULO VIGESIMOPRIMERO. Privación ilegal de la libertad y de otras garantías.
CAPÍTULO ÚNICO.**

Los tipos penales que señalan los artículos 365 bis y 366, fracciones I y III, de la Ley en cita, a la letra indican:

Artículo 365 bis. Al que prive ilegalmente a otro de su libertad con el **propósito** de realizar un acto sexual, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión.

Si el autor del delito restituye la libertad a la víctima sin haber practicado el acto sexual, dentro de los tres días siguientes, la sanción será de un mes a dos años de prisión.

Este delito sólo se perseguirá por querrela de la persona ofendida.

Artículo 366. Al que prive de la libertad a otro se le aplicará:

I. De quince a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el **propósito** de:

a) Obtener rescate;

b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera; o

c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra;

II. De veinte a cuarenta años de prisión y de dos mil a cuatro mil días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

a) Que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario;

b) Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo;

c) Que quienes lo lleven a cabo obren en grupo de dos o más personas;

d) Que se realice con violencia, o

e) Que la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad.

III. Se aplicarán de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa, cuando la privación de libertad se efectúe con el fin de trasladar a un menor de dieciséis años fuera de territorio nacional, con el **propósito** de obtener un lucro indebido por la venta o la entrega del menor.

Se impondrá una pena de treinta a cincuenta años de prisión al o a los secuestradores, si a la víctima del secuestro se le causa alguna lesión de las previstas en los artículos 291 a 293 de este código.

En caso de que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores, se aplicará pena de hasta setenta años de prisión.

Si espontáneamente se libera al secuestrado dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los **propósitos** a que se refieren las fracciones I y III de este artículo y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas en la fracción II, la pena será de dos a seis años y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

En los demás casos en que espontáneamente se libere al secuestrado, sin lograr alguno de los **propósitos** a que se refieren las fracciones I y III de este artículo, las penas de prisión aplicables serán de cinco a quince años y de doscientos cincuenta hasta quinientos días multa.

Elementos objetivos : privar de la libertad

Elementos subjetivos: el primero con el propósito de realizar un acto sexual el segundo en la fracción I, contempla varios propósitos como obtener rescate, detener en calidad de rehén a una persona y amenazarla con privarla de la vida o causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto - cualquiera y para causar daño o perjuicio a la persona y la - fracción III, sea con el fin de trasladar a un menor de dieciséis años fuera de territorio nacional, con el propósito de obtener un lucro indebido por la venta o la entrega del menor.

Delito Grave : los dos

TÍTULO VIGESIMOSEGUNDO. Delitos en contra de las personas en su patrimonio. CAPÍTULO I. Robo.

Los delitos previstos en los numerales 367 y 380, de la Ley sustantiva de la materia, preceptúan lo siguiente:

Artículo 367. Comete el delito de robo: el que se apodera (**ánimo de dominio**) de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

Artículo 380. Al que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla (**ánimo de uso**), se le aplicarán de uno a seis meses de prisión o de 30 a 90 días multa, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello. Además, pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada.

Elementos objetivos : apoderarse o tomar una cosa ajena mueble

Elementos subjetivos: el primero con ánimo de dominio
el segundo con ánimo de uso

Delito Grave : Ninguno

Los tipos penales, a que se refieren los artículos 368 bis y 400, del ordenamiento legal invocado, señalan:

En el título y capítulo citado con anterioridad

Artículo 368 bis. Se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, **a sabiendas** de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario.

TÍTULO VIGESIMOTERCERO. Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita.

CAPÍTULO I. Encubrimiento.

Artículo 400. Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

I. Con **ánimo de lucro**, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél **a sabiendas** de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;

II. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y

V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

El Juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de este artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos terceras partes de la que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción que autoriza este párrafo.

Elementos objetivos : después de la ejecución de un robo (delito) y sin haber participado en éste, adquiera o reciba los instrumentos del robo (delito)

Elementos subjetivos: el primero a sabiendas de que es robado
el segundo además del conocimiento a sabiendas, que sea con ánimo de lucro

Delito Grave : Ninguno

Expuesto lo anterior, cabe señalar que al acreditar el cuerpo del delito de cualquiera de los tipos penales antes citados, forzosamente se tienen que demostrar plenamente los elementos subjetivos específicos, para poder encuadrar la conducta del activo en uno u otro tipo, ya que son muy grandes las diferencias que pueden existir entre ellos, pues como se señaló, algunos de ellos son delitos graves, lo que implica un proceso con privación de la libertad; además, en tratándose de autos de formal prisión, resulta más necesario acreditar plenamente los mismos, ya que de acuerdo a la garantía de seguridad jurídica y de defensa, que prevé el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicha resolución, es donde se fija la litis cerrada; por lo que de acuerdo al artículo 134 del Código Federal de

Procedimientos Penales, resulta ilegal, que los elementos subjetivos específicos, se acrediten plenamente hasta el momento de dictar sentencia, ya que de no demostrarse los mismos, necesariamente debe de dictar sentencia absolutoria, pero sólo en tratándose de tipos penales complementados, toda vez que en los casos de que los delitos sólo difieran en grado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de veintisiete de septiembre de dos mil, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"SALUD, DELITO CONTRA LA EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO CUANDO NO QUEDA ACREDITADA LA MODALIDAD DEL DELITO POR LA QUE FUE SENTENCIADO EL QUEJOSO, PERO SÍ UNA DIVERSA DE MENOR PENALIDAD (ARTÍCULO 194, FRACCIÓN I, 195, PÁRRAFO PRIMERO Y 195 BIS, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL). Cuando el tribunal de amparo advierta que no se acredita alguna de las modalidades del delito contra la salud, transporte o posesión de narcóticos, previstas en los artículos 194, fracción I y 195, primer párrafo, del Código Penal Federal, por la cual el quejoso fue sentenciado, pero sí una distinta de menor penalidad, que sólo difiere en grado de la primera, como son las establecidas en el diverso 195 bis de ese ordenamiento legal, se debe otorgar el amparo para efectos de que la responsable deje insubsistente la sentencia reclamada y en su lugar dicte otra en la que lo declare penalmente responsable a la luz de la modalidad del delito que sí quedó acreditada. Lo anterior, en virtud de que el artículo 160, fracción XIV, de la Ley de Amparo establece que el delito no se considerará diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso".

b) Como segundo punto señalaré algunos de los delitos que con más frecuencia se dan en la práctica, por cuanto a competencia federal se refieren, en los cuales los elementos subjetivos específicos, forman parte esencial de la descripción típica, pues sin ellos la parte objetiva del delito, no es relevante para el derecho penal.

Código Penal Federal: Libro Segundo
TÍTULO CUARTO. Delitos contra la seguridad pública.
CAPÍTULO IV. Asociaciones delictuosas.

Artículo 164. Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos.

Elementos objetivos : formar parte de una asociación o banda de tres o más personas

Elementos subjetivos: con el propósito de delinquir específicos

TÍTULO DECIMOTERCERO. Falsedad.

CAPÍTULO I. Falsificación, alteración y destrucción de moneda.

Artículo 234. Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le impondrá de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Se entiende por moneda para los efectos de este capítulo, los billetes y las piezas metálicas, nacionales o extranjeros, que tengan curso legal en el país emisor.

Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente. A quien cometa este delito en grado de tentativa, se le impondrá de cuatro a ocho años de prisión y hasta trescientos días multa.

La pena señalada en el primer párrafo de este artículo, también se impondrá al que a **sabiendas** hiciera uso de moneda falsificada.

Elementos objetivos : usar moneda falsificada

Elementos subjetivos: a sabiendas de que es falsa específicos

TÍTULO DECIMO QUINTO. Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

CAPÍTULO I. Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación.

Artículo 260. Al que sin el consentimiento de una persona y sin el **propósito** de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

Artículo 261. Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

Elementos objetivos : ejecutar un acto sexual u obligar a ejecutarlo

Elementos subjetivos: sin el propósito de llegar a la cópula
específicos

TÍTULO VIGESIMOTERCERO. Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita.

CAPÍTULO II. Operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Artículo 400 bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, **con conocimiento** de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes **propósitos**: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente.

La pena prevista en el primer párrafo será aumentada en una mitad, cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

En caso de conductas previstas en este artículo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando dicha secretaria, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de los delitos referidos en el párrafo anterior,

deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito.

Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

Para los mismos efectos, el sistema financiero se encuentra integrado por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.

Elementos objetivos : adquirir, enajenar, administrar, custodiar, invertir, cambiar, depositar, dar en garantía, transportar o transferir, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza

Elementos subjetivos: con conocimiento de que dichos recursos, derechos o bienes específicos de cualquier naturaleza proceden o representan el producto de una actividad ilícita y que se realice con los propósitos de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

TÍTULO VIGESIMOCUARTO. Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos.

CAPÍTULO ÚNICO.

Artículo 403. Se impondrán de diez a cien días multa y prisión de seis meses a tres años, a quien:

- I. Vote a sabiendas de que no cumple con los requisitos de la ley;
- II. Vote más de una vez en una misma elección;
- III. Haga proselitismo o presione objetivamente a los electores el día de la jornada electoral en el interior de las casillas o en el lugar en que se encuentren formados los votantes, con el fin de orientar el sentido de su voto;
- IV. Obstaculice o interfiera dolosamente el desarrollo normal de las votaciones, el escrutinio y cómputo, el traslado y entrega de los paquetes y documentación electoral, o el adecuado ejercicio de las tareas de los funcionarios electorales;

V. Recoja en cualquier tiempo, sin causa prevista por la ley, credenciales para votar de los ciudadanos;

VI. Solicite votos por paga, dádiva, promesa de dinero u otra recompensa durante las campañas electorales o la jornada electoral;

VII. El día de la jornada electoral viole, de cualquier manera, el derecho del ciudadano a emitir su voto en secreto;

VIII. Vote o pretenda votar con una credencial para votar de la que no sea titular;

IX. El día de la jornada electoral lleve a cabo el transporte de votantes, coartando o pretendiendo coartar su libertad para la emisión del voto;

X. Introduzca en o sustraiga de las urnas ilícitamente una o más boletas electorales, o se apodere, destruya o altere boletas, documentos o materiales electorales, o impida de cualquier forma su traslado o entrega a los órganos competentes;

XI. Obtenga o solicite declaración firmada del elector acerca de su intención o el sentido de su voto, o bien que, mediante amenaza o promesa de paga o dádiva, comprometa su voto en favor de un determinado partido político o candidato;

XII. Impida en forma violenta la instalación de una casilla, o asuma dolosamente cualquier conducta que tenga como **finalidad** impedir la instalación normal de la casilla; o

XIII. Durante los ocho días previos a la elección y hasta la hora oficial del cierre de las casillas que se encuentren en las zonas de usos horarios más occidentales del territorio nacional, publique o difunda por cualquier medio los resultados de encuestas o sondeos de opinión que den a conocer las preferencias de los ciudadanos.

Respecto a las fracciones I, III y XII

Elementos objetivos : en la I, votar en las elecciones

Elementos subjetivos: a sabiendas de que no cumple con los
Específicos requisitos de la ley

Elementos objetivos : en la III, hacer proselitismo o presionar objetivamente a los electores el día de la jornada electoral en el interior de las casillas o en el lugar en que se encuentren formados los - votantes

Elementos subjetivos: con el fin de orientar el sentido del voto
Específicos

Elementos objetivos : en la XII, asumir cualquier conducta

Elemento subjetivo : en forma dolosa

Elementos subjetivos : con la finalidad de impedir la instalación normal de la casilla
Específicos

TÍTULO VIGESIMOSEXTO. De los delitos en materia de derechos de autor.

Artículo 424 bis. Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:

I. A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.

Igual pena se impondrá a quienes, **a sabiendas**, aporten o provean de cualquier forma, materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior, o

II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.

Elementos objetivos : en la I, párrafo primero producir, reproducir, introducir al país, almacenar, transportar, distribuir, vender o arrendar copias - de obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor

Elementos subjetivos: con fin de especulación comercial
Específicos

Elementos objetivos : en la I, párrafo segundo, aportar o proveer de cualquier forma materias primas o insumos

Elementos subjetivos: a sabiendas de que son destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor
Específicos

Elementos objetivos : en la II, fabricar un dispositivo o sistema

Elementos subjetivos: con fin de lucro y cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación
Específicos

Al integrar el cuerpo del delito, de los tipos penales antes señalados, resultaría inexacto no acreditar los elementos subjetivos específicos, pues como lo dijimos la pura objetividad de los mismos no es típica, ya que con dichos elementos se complementa el tipo; por tanto, si al ejercer acción penal o al dictar un auto de formal prisión no se acreditan plenamente los mismos, se estaría ante una inseguridad

jurídica para el gobernado, ya que será hasta la etapa de instrucción en la cual el inculcado pueda ofrecer pruebas tendientes a demostrar la inexistencia de dichos elementos; por lo que en un Estado de legalidad, la detención y consecuente privación de la libertad de una persona es uno de los actos de autoridad más restringidos, por ello está sujeto a múltiples requisitos, pues para el ciudadano debe constituir una de las más importantes garantías y ello es así no para favorecer a los delincuentes, sino para evitar detener y privar de la libertad a quienes no lo son.

4.- COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS 134 Y 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, RESPECTO A LA ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO.

Las reformas que se dieron el 8 de marzo de 1999 a los artículos 16 y 19 Constitucionales y por consecuencia el 18 de mayo del mismo año, a la legislación procesal federal, concretamente a los numerales 168 y 134, respecto a los requisitos necesarios para ejercer acción penal y para dictar un auto de formal prisión, fueron centradas para lograr el justo equilibrio entre las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia y el mejoramiento integral del sistema judicial. Pues en la exposición de motivos de dicha reforma, se afirmó que se superaría el rezago de nuestro marco jurídico, se contaría con herramientas que definitivamente harán frente de manera eficaz al problema de la delincuencia y de la inseguridad pública, que en los últimos años se ha hecho especialmente grave y se recuperará la confianza en las instituciones.

Específicamente la propuesta de reformas a la Constitución, fue respecto a los requisitos para librar una orden de aprehensión y para dictar un auto de formal prisión, y para justificarla se señaló que la reforma de 1993, al artículo 16 Constitucional "impuso a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de ordenes de aprehensión" y "consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones", pero se afirma "hoy queda claro que no correspondían plenamente

al desarrollo del Derecho Penal Mexicano"; estableciendo, además, que "después que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados". "Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia". En virtud de ello, se propone "flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 Constitucional para obtener una orden de aprehensión", para "hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia". Razones análogas se hacen valer con relación a la propuesta de reforma al artículo 19 Constitucional, sobre los requisitos para el auto de formal prisión.

En atención a dicha reforma el artículo 16 Constitucional señala que para librarse orden de aprehensión será necesario entre otros requisitos, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado, en tanto que el numeral 19 del ordenamiento legal citado, refiere que para dictar un auto de formal prisión, los datos que arroje la averiguación previa, deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Por su parte la legislación procesal penal federal, en su artículo 168, da la definición de cuerpo del delito, al indicar que es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera y el numeral 134 de dicho ordenamiento, refiere en cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los Tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, entre otras cosas los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera.

En ese orden de ideas, las reformas antes señaladas no cumplen con los fines que se plantearon, "pues el legislador mexicano vuelve al vicio de siempre, desgraciadamente ya arraigado en México, de solucionar problemas sociales a

través de la reforma legal, en palabras de García Ramírez "uno de los grandes asuntos de la justicia, hoy día y siempre, es la reforma de las leyes, en el entendido que no se debe confundir Estado de Derecho con Estado de Leyes. No es la abundancia de leyes lo que constituye al Estado en un Estado de Derecho, o más todavía en un Estado de Derecho justo; es la perfección de las leyes y su aplicación correcta, puntual y cotidiana". Lo anterior es posible a través de criterios doctrinales y jurisprudenciales que conduzcan a la interpretación e incluso reinterpretación de las leyes hacia los cánones del Estado Social y Democrático de Derecho y no la reforma continua sin sustento, pues esta última vía está en contra de la seguridad jurídica ya que el ciudadano no tiene la certeza si lo que ayer era lícito hoy ya es ilícito o a la inversa".⁷⁴

Independientemente de la inseguridad jurídica derivada de la reforma continua de las leyes y de su poca observancia, a continuación citaré las equivocadas premisas en la cuales se basó el legislador para la reforma.

En primer lugar, respecto a la adopción de doctrinas penales en la ley, según lo expuesto por el legislador de 1998-99, la adopción de la doctrina finalista con la reforma de 1994 no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en México, por ello critica a su antecesor y se pronuncia, como lo hizo el legislador penal en 1931, a favor de una legislación libre de dogmatismos.

Como se señaló, lleva razón el legislador mexicano al manifestar que la ley no debería tomar posturas doctrinales y que las doctrinas penales deben interpretarse en su contexto social, cultural y legislativo, pues no se debe proceder a imitar lo que está de moda en Europa, por el simple hecho de que procede del viejo continente. Empero, en el otro extremo, tampoco se puede desechar sin argumentos aquellos conocimientos y teorías cuya aplicación ha conducido a una mejor impartición de justicia tanto en su país de origen como en otros que las han seguido.

⁷⁴ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Op. cit., p. 196

Sólo comprendiendo el significado y alcance de la dogmática europea se puede proceder a determinar si ésta puede o no ser aplicable a una sociedad como la mexicana. Para ello se necesita analizar qué parte de dichas teorías si pueden seguirse y cuáles deben adecuarse o incluso cambiarse por otras distintas, pues el legislador de 1998-99 parece haber olvidado varios antecedentes. Para comenzar, no ha tomado en cuenta un presupuesto fundamental y es que a pesar de las diferencias entre México y Europa, nuestra tradición jurídica es romano-canónica-germánica. Es decir, las raíces de nuestro sistema jurídico están ancladas en Europa y por ello es necesario el conocimiento de los desarrollos realizados en Alemania, España e Italia.

Por otra parte, el legislador ha vuelto a tomar posturas doctrinales partiendo de presupuestos dogmáticos falsos, ya que si atendemos a su exposición de motivos, el legislador ha calificado expresamente a la reforma de 1994 como finalista, ello atendiendo fundamentalmente a la ubicación del dolo en el tipo. No obstante, también algunos partidarios del sistema neoclásico han ubicado al dolo en el tipo. Por tanto, dicha ubicación del dolo no se puede considerar como exclusiva del sistema final de acción; es más, en Europa ya nadie discute que la ubicación sistemática del dolo está en el tipo penal.

Pero así como el legislador de 1998-99 ha criticado al de 1993-1994 por haber adoptado presupuestos metodológicos cuyo origen se puede atribuir al finalismo, dicha crítica se revierte contra él mismo, pues acudiendo a los dictámenes de la Cámara de Senadores referentes a la reforma de 1999, en ellos se puso de manifiesto que el "cuerpo del delito, se refiere al conjunto de elementos objetivo descriptivos del tipo penal", concepción propia del sistema clásico. En conclusión; el legislador de 1998-99 también tomó posturas doctrinales.

Con esa solución se pretendió superar las dificultades del Ministerio Público de acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos, éstos últimos que se refieren al dolo, culpa y elementos subjetivos específicos, así dentro de los objetivos y subjetivos se realizaba una larga lista, que simplemente destaca cual es el

contenido del tipo, pero que no exige, como erróneamente se creyó para algunos servidores públicos, como si fuera necesario encontrarlos todos en los tipos penales, tomándolo como regla, pues sólo algunos exigen calidades especiales en el sujeto, o elementos normativos, o referencias temporales, etcétera. Con este avance y adecuación del derecho penal (sin que se diga que el finalismo es lo que conviene) se buscó simplemente dar mayor seguridad al sujeto que debe verse involucrado o amenazado por el *ius puniendi*, pues no se debe olvidar que el Derecho Penal subjetivo, debe ser el último recurso, la última ratio de reacción jurídica en atención al principio de intervención mínima. Asimismo, si los órganos encargados de la administración y procuración de justicia no los habían alcanzado a comprender y no pudieron ponerse de acuerdo en cuanto a los criterios para su interpretación, entonces la solución era de política criminal y no de reforma constitucional.

En segundo lugar, respecto a flexibilizar los requisitos al Ministerio Público, cabe señalar que la reforma constitucional penal de 1993 desató polémicas y motivó debates. Para los defensores de la reforma, la categoría cuerpo del delito era una figura equívoca, controvertida, sujeta a interpretaciones; en cambio la categoría tipo penal era una noción unívoca, clara y perfectamente definida, con mayor razón y en el contexto de aquella jornada legislativa lo era la expresión elementos del tipo penal. Para quienes se oponían a la reforma tanto la categoría como la expresión afirmaba que ésta concepción se encontraba todavía sujeta a debate académico. Sin embargo el legislador aprobó mecánicamente la enmienda constitucional. En 1997 se encontraron ante una situación semejante. Frente a la impericia y la incapacidad de las autoridades para integrar los elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal, la iniciativa ofreció una propuesta empobrecedora que debilita los requerimientos procesales y reduce los requisitos para librar la orden de aprehensión a datos que acreditan el cuerpo del delito. Tal vez como lo mencionó García Ramírez lo más conveniente, "una vez que se vio el desacierto de la reforma de 93 sería regresar al texto anterior... si recuperásemos el concepto de cuerpo del delito, desharíamos de un golpe todo el enredo". Pero no son así las cosas. Había otras ideas en la mente de los redactores de la iniciativa. Por eso, García Ramírez afirma

más adelante "en el proyecto se previene otra cosa: reducir las condiciones para el ejercicio de la acción penal y la orden de captura. Tal vez en esta observación se encuentre el meollo del asunto, porque al reducir las exigencias procesales se están ampliando de un modo discrecional las facultades del Ministerio Público.⁷⁵

Pero creo que como acertadamente lo menciona Díaz Aranda, si lo que se busca es la seguridad pública y si esto significa la profesionalización y mayores recursos para los órganos policiales y la erradicación de la corrupción, sin duda alguna los resultados serán positivos.

En esa tesitura, la presencia policial debe estar encaminada hacia la detención de delincuentes, no de ciudadanos inocentes o de simples sospechosos. Si se hiciera esto último se estaría pasando indefectiblemente de un Estado de Derecho a un Estado autoritario, pues en palabras de Roxin: "el sacrificio de la libertad ciudadana sería un precio demasiado elevado para una lucha exitosa contra la criminalidad. Una cierta medida de criminalidad es un fenómeno secundario necesario de una sociedad libre y lo seguirá siendo también en el futuro.

Lamentablemente durante el proceso legislativo de la reforma de 1998-99, tanto el Ejecutivo como las respectivas Comisiones de la Cámara de Senadores han sostenido un criterio opuesto al anterior y en nombre del interés social y la "situación de emergencia que viven algunas partes del país" reconocen abiertamente estar restringiendo las garantías individuales con el fin de combatir la criminalidad y la impunidad, señalando abiertamente que al efecto han "flexibilizado los requisitos para poder solicitar una orden de aprehensión.

"En un Estado social y Democrático de Derecho o, para usar los términos del mismo legislador; en un Estado de legalidad, la detención y consecuente privación de la libertad de una persona es uno de los actos de autoridad más restringidos, por ello

⁷⁵ García Cordero, Fernando, "La iniciativa de reforma constitucional 1997-98", *Criminalia*, Año LXIV, p.p. 70-72

está sujeto a múltiples requisitos, pues para el ciudadano debe constituir una de las más importantes garantías y ello es así no para favorecer a los delincuentes, ¡sino para evitar detener y privar de la libertad a quienes no lo son!⁷⁶

Concretamente los motivos argüidos por el legislador para reformar el artículo 16 Constitucional, son que a partir de la reforma de 1993-94 "a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se les exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión". Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad. De lo anterior, se deduce que dicha reforma, pretendió disminuir la criminalidad en México mediante la consignación y procesamiento de más personas.

Por otra parte, con la reforma de 1999, se contraen los requerimientos para la consignación y la orden de captura, solamente a los elementos objetivos y normativos, con absoluto olvido de los subjetivos en caso de que la descripción típica lo requiera.

Lo anterior, es así, ya que los Códigos penales contienen múltiples tipos que incluyen elementos subjetivos, como ya lo vimos, tan decisivos que sin ellos carecen de relevancia penal, es decir, son totalmente atípicos, los correspondientes elementos objetivos. En otras palabras, la sola objetividad no es materia de delito.

Así Gabriel Regino en sus Reflexiones sobre la iniciativa de reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo se detiene en un aspecto que puede tener ominosas repercusiones. Dice: la reforma excluye del estudio de la orden de aprehensión, el relativo a los elementos subjetivos del tipo penal, lo que debe entenderse como la represión de conductas ciegas, como lo sostuviera Welzel.

⁷⁶ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, Op. cit., p. 191-192

En esas circunstancias, considero que la redacción de los preceptos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, es desafortunada, pues por cuanto hace al cuerpo del delito el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales alude a los elementos objetivos o externos y normativos en caso de que la descripción típica lo requiera, por tanto incluye únicamente en dicho análisis parte de los elementos objetivos del tipo, en tanto que en la responsabilidad penal, incluye parte de los elementos objetivos del tipo como lo es lo referente a los sujetos respecto de su participación en éste y parte de los elementos subjetivos del tipo como lo es el dolo y la culpa, así como el nivel de valoración correspondiente a la antijuridicidad y la culpabilidad, olvidando dicho precepto el análisis de los elementos subjetivos del tipo diversos al dolo, como son aquellos denominados como **dolo específico** o elementos subjetivos específicos como lo son las **finalidades, tendencias, intenciones, ánimos**, etc.; situación que resulta totalmente aberrante, pues en determinados tipos es necesario acreditar por conformar elementos esenciales y decisivos estos elementos subjetivos diversos del dolo.

Asimismo, se advierte que el legislador, en su afán de querer instruir procesos a los inculcados con meros indicios para que las supuestas conductas típicas cometidas no escapen a la sanción de la ley penal, y de esta manera "no propiciar impunidad", lo único que se advierte de este tipo de reformas es que son susceptibles de crear mayor impunidad y mayor carga de trabajo a los órganos jurisdiccionales.

Pues de la redacción del precepto 134 ya citado se advierte que al no estar acreditados los elementos subjetivos del tipo lo que obviamente se traduce en una causa de atipicidad prevista en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, no obstante el juzgador puede girar una orden de aprehensión o en su defecto dictar un auto de formal prisión, pues estos elementos subjetivos serán materia de análisis posterior al dictado del auto de plazo a que se refiere el artículo 19 de nuestra carta magna, lo que se traduce en una total violación de los principios de seguridad y certeza jurídica que se deben de observar en los estados democráticos de derecho,

pues por propio mandamiento de nuestra carta magna consagrado en el artículo 19 el proceso debe de seguirse por el delito que se dicte en el auto de formal prisión, luego si esos elementos subjetivos esenciales del delito no son analizados en este tipo de resoluciones, y finalmente se acredita la no existencia de éstos se traduce en la substanciación innecesaria de un proceso dado, que en resolución definitiva al no estar debidamente acreditados estos elementos debe de dictarse resolución absolutoria lo que implica una impunidad de determinadas conductas delictivas, pues el auto de formal prisión es la resolución que viene a fijar la litis por lo tanto esa litis no puede ser variada al dictar la sentencia definitiva, pues toda sentencia debe de reunir los requisitos de fondo que lo son la fundamentación, motivación, exhaustividad y congruencia, de no ser así sería violatorio de garantías individuales; pues hay casos en los que el Ministerio Público al ejercer acción penal en contra de determinado gobernado lo hace por un delito que puede estar considerado en dos tipos penales, ya que lo único que lo distingue son esos elementos subjetivos diversos del dolo, por lo que en lugar de que en sentencia se tenga que dictar libertad por no acreditarse dicho elemento, bien se podría haber encuadrado desde el auto de plazo constitucional, en diverso tipo y no dejar impune dicha conducta.

Asentado lo anterior, no pasa inadvertido que en la actualidad los órganos encargados de administrar justicia al girar una orden de aprehensión o al dictar un auto de formal prisión acreditan de igual forma tanto los elementos objetivos como los subjetivos, especialmente cuando estos últimos son parte esencial y decisiva de la descripción típica, lo cual no es incorrecto, pues se acreditan mayores requisitos que el precepto constitucional, otorgando mayores prerrogativas al inculcado, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por tal motivo acreditan estos elementos subjetivos específicos, tan es así que cuando no están acreditados con las pruebas que obran en autos se niega la orden de aprehensión o se dicta auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Por lo anterior, propongo una reforma a los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de que para integrar el cuerpo del delito sea necesario acreditar plenamente los elementos subjetivos específicos, cuando estos sean parte esencial del tipo, tal como se encuentra consagrado en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pues de su redacción, se advierte que cuando la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito, aunque como ya se expuso la mayoría de los jueces y tribunales lo hacen, por lo que sólo sería necesario adecuar la normatividad al actuar de los órganos jurisdiccionales.

CONCLUSIONES

1.- En la moderna dogmática del Derecho Penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes: conducta (acción u omisión), tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

2.- De acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Penal Federal, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, definición de la que se advierten dos elementos, que son conducta y punibilidad; sin embargo de dicho numeral en relación con el artículo 15 del mismo ordenamiento legal, se desprenden los demás elementos que integran el concepto de delito, como son tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad; por tanto, se habla de una concepción heptatómica del delito.

3.- El tipo penal es la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad es el exacto encuadramiento entre la conducta y la descripción que hace el legislador en la ley (tipo).

4.- Conforme a la teoría finalista de la acción, la estructura del tipo está compuesta por un tipo objetivo que a su vez se integra por elementos descriptivos y normativos; y por un tipo subjetivo que está formado por el dolo o culpa y por los elementos subjetivos específicos.

5.- El cuerpo del delito conforme a nuestra legislación procesal penal federal, es definido como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, sin incluir en dicho concepto a los elementos subjetivos específicos.

6.- Los conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal, no son sinónimos, pero tampoco son figuras jurídicas que se excluyan entre sí, pues

resultaría válido que la figura procesal de cuerpo del delito, se integrará con todos los elementos del tipo penal.

7.- En las reformas de 8 de marzo de 1999 a los artículos 16 y 19 Constitucionales y por consecuencia el 18 de mayo del mismo año, a la legislación procesal federal, el legislador mexicano vuelve al vicio de siempre de solucionar problemas sociales a través de la reforma legal, pues confunde lo que es un Estado de Derecho con un Estado de Leyes, ya que no es la abundancia de leyes lo que constituye al Estado en un Estado de Derecho, o más todavía en un Estado de Derecho justo; sino la perfección de las leyes y su aplicación correcta, puntual y cotidiana.

8.- Fue incorrecta la reforma antes citada, respecto a flexibilizar los requisitos para ejercer acción penal o para dictar un auto de formal prisión, por lo que se volvió a la definición de cuerpo del delito; ya que la misma surgió porque los encargados de procurar justicia respecto a los elementos del tipo penal no los alcanzaron a comprender y no pudieron ponerse de acuerdo en cuanto a los criterios para su interpretación, entonces la solución era de política criminal y no de reforma constitucional.

9.- Finalmente propongo una reforma a los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de que para integrar el cuerpo del delito sea necesario acreditar plenamente los elementos subjetivos específicos, cuando estos sean parte esencial del tipo, tal como se encuentra consagrado en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pues de su redacción, se advierte que cuando la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

BIBLIOGRAFIA

- ___ Bermúdez Molina, Estuardo, *Del cuerpo del delito a los elementos del tipo*, 1ª ed, México, Ed. P.G.R., 1996.
- ___ Carmona Castillo, Gerardo, "La reforma constitucional en materia penal y la noción de cuerpo del delito", *Concordancias*, (Guerrero, México), número 6, 1999.
- ___ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 21ª ed, México, Editorial Porrúa, 1993.
- ___ Castillo Martínez, Jorge Arturo, "Nuevas reformas a la Constitución General de la República", *Revista Jurídica Locus Regis Actum*, (Tabasco, México), número 17, Ed. Poder Judicial del Estado de Tabasco, 1999.
- ___ Clemente A., Díaz, *Cuerpo del delito*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987.
- ___ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, 2ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000.
- ___ Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo V, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1968.
- ___ Ferreira, José, *Teoría general del delito*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis S.A., 1988.
- ___ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5ª ed, México, Editorial Porrúa, 1989.
- _____, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 5ª ed, México, Editorial Porrúa, 1994.
- _____, "Una reforma constitucional inquietante, la iniciativa del 9 de diciembre de 1997", *Criminalia*, (México), Año LXIV, Número 1, enero-abril, Edit. Porrúa, 1998.
- ___ Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal*, volumen 3, Colección Biblioteca clásicos del derecho penal, México, Ed. Harla, 1998.
- _____, *Tratado de derecho penal*, tomo III, 5ª ed, Buenos Aires, Ed. Losada, 1951.
- ___ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, tomo I, 6ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000.

- ___ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, 7ª ed, México, Ed. Porrúa, 1999.
- ___ Luna Castro, José, *El concepto de tipo penal en México*, 1ª ed, México, Ed. Porrúa, 1997.
- ___ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal parte general*, 3ª ed, México, Ed. Cárdenas, 1998.
- ___ Mancera Espinosa, Miguel Ángel, "¿Elementos del tipo o cuerpo del delito", *Criminalia*, (México), número 2, mayo-agosto, p.p. 3-13
- ___ Mezger, Edmund, *Derecho penal parte general*, 3ª ed, México, Editorial Cárdenas, México 1998.
- ___ Monterroso Salvaterra, Jorge, *Culpa y omisión en la teoría del delito*, 1ª ed, México, Ed. Porrúa, 1993.
- ___ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal parte general*, 2ª ed, Valencia, España, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996.
- ___ Orellana Wiarco, Octavio, *Curso de derecho penal*, México, Ed. Porrúa, 1999.
- _____, *Teoría del delito, sistema Causalista y Finalista*, 1ª edición, México, Ed. Porrúa, 1994.
- ___ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, 5ª ed, México, Ed. Porrúa, 1984.
- ___ Plascencia Villanueva, Raúl, "El cuerpo del delito y los elementos del tipo penal", *Revista Jurídica*, (Tabasco, México), número 003, publicación semestral, septiembre, 1995.
- ___ Porte Petit, Celestino, *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*, 18ª ed, México, Ed. Porrúa, 1999.
- ___ Reyes Echandía, Alfonso, *Obras completas*, tomo I, Bogotá Colombia, Ed. Temis S.A., 1998.
- ___ Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría general del delito*, 2ª ed, México, Ed. Porrúa, 1997.

- ___ Rodríguez Campos, Carlos y Monsreal Campos, Liborio, "Cambio de nomenclatura del cuerpo del delito por elementos del Tipo penal, y de presunta responsabilidad por probable responsabilidad", *Revista de la Facultad de Derecho*, (Yucatán, México), Número 18, Editada por la Universidad Autónoma de Yucatán, 1995.
- ___ Romero Tequextle Gonzalo, *Cuerpo del delito o elementos del tipo*, 3ª ed, México, Ed. OGS, 1998.
- ___ Roxin, Claus, *Derecho penal parte general*, Tomo I, 1ª ed, Madrid, Ed. Civitas, 1997
- ___ Roxin, Claus, *Teoría del tipo*, 1ª ed, Madrid, Ed. Civitas, 1997.
- ___ Sánchez Colín, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 16ª ed, México, Ed. Porrúa, 1997.
- ___ Sosa Ortiz, Alejandro, *Los elementos del tipo penal*, 1ª ed, México, Ed. Porrúa, 1999.
- ___ Vergara Rojas, Gonzalo y Baca Rivera, Arturo, "La Inconstitucionalidad en las legislaciones estatales penales que equiparan a los elementos del tipo penal con el concepto de cuerpo del delito", *Revista de la Facultad de Derecho*, (Yucatán, México), número 15, 1994.
- ___ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 4ª ed, Santiago, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1993.
- ___ Zafaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal parte general*, México, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991.

LEGISLACION CONSULTADA

CODIGO PENAL FEDERAL, México D.F., Ediciones Andrade. 1999

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, México D.F., Ediciones Andrade. 1999

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, México D.F., Ediciones Andrade. 2001

DOCUMENTOS OFICIALES

INICIATIVA DE DECRETO por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (hasta su aprobación por la Cámara de Senadores el 1 de octubre de 1998).

EXPOSICION DE MOTIVOS de las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, de 18 de mayo de 1999.

MEDIOS INFORMATIVOS

CD-ROM Jurisprudencia y Tesis Aisladas, UIS 2000: 1917-2000 Suprema Corte de Justicia de la Nación. México D.F. Poder Judicial de la Federación.

CD-ROM CODIGO PENAL, Interpretación por el Poder Judicial de la Federación 2000, 3ª versión Suprema Corte de Justicia de la Nación. México D.F. Poder Judicial de la Federación.