

278



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLÁN"



EL INCOMPRESIBLE CONCEPTO DE "EL CUERPO DEL DELITO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
MARTÍN RIVAS RAMÍREZ

ASESOR:
AARÓN HERNÁNDEZ LÓPEZ

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

JUNIO 2002





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PAGINACIÓN

DISCONTINUA

EN
A G R A D E C I M I E N T O

A DIOS.

QUIEN PERMITIO ENCONTRARME
EN EL CAMINO DE LA FE Y HACER
POSIBLE EL PRESENTE TRABAJO.

A MIS PADRES:

SEÑOR MARIO RIVAS TRUJILLO,

EN SU HONORABLE MEMORIA POR EL ENORME EJEMPLO
DE TENACIDAD Y PROBIIDAD VERTIDO HASTA
EL ÚLTIMO MOMENTO DE SU VIDA.

QUE DIOS TE BENDIGA.

SEÑORA PAULINA RAMIREZ TORRES,

POR SU INCANSABLE TENACIDAD
E IMPULSO DE SUPERACION PARA
CON EL SUSCRITO LOGRANDO
SU FINALIDAD EN MI BENEFICIO.

QUE DIOS TE BENDIGA.

A MIS HERMANOS:

RUBEN RIVAS RAMIREZ.
ROSARJO RIVAS RAMIREZ.
ING. JOSE LUIS RIVAS RAMIREZ.
TERESA RIVAS RAMIREZ.
MARIO RIVAS RAMIREZ.
LIDIA RIVAS RAMIREZ.
DR. C. D. MANUEL RIVAS RAMIREZ.
LUPITA RIVAS RAMIREZ.
CONSUELO RIVAS RAMIREZ.
RICARDO RIVAS RAMIREZ.
MARGARITA RIVAS RAMIREZ.
VERONICA RIVAS RAMIREZ.

QUIENES INTERRIRON GRAN PARTE
DE SU DESCANSO EN LOS DESEILOS
DURANTE LA TRAYECTORIA DE MI
CARRERA PROFESIONAL

GRACIAS POR SU INFINITA PACIENCIA.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A MI ESCUELA NACIONAL
DE ESTUDIOS PROFESIONALES
A C A T L A N.

QUE FUE MI SEGUNDO HOGAR DONDE
APRENDI EL VALOR DE LA VIDA A
TRAVÉS DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS
QUE OTORGAN LA LIBERTAD EN SU
MÁS ESTRUCTIVO SENTIDO.

A MI ASESOR:
LIC. AARON HERNANDEZ LOPEZ.
POR SU APOYO DESINTERESADO EN LA
BUSQUEDA DE LA SUPERACIÓN DEL
FUTURO ABOGADO. EGRESADO DE
NUESTRA ESCUELA.

POR SU VALIOSA CONSIDERACIÓN:
GRACIAS.

A TODOS LOS CATEDRÁTICOS DE LA FACULTAD DE DERECHO:

POR INVITARME INCANSABLEMENTE A COMPARTIR
CON USTEDES DURANTE MIS AÑOS DE ESTUDIANTE
EN LA BASTA FUENTE DE SUS CONOCIMIENTOS.

A TODOS AQUELLOS SERES HUMANOS QUE DE UNA U OTRA FORMA
PARTICIPARON EN LA REALIZACION DEL PRESENTE TRABAJO. QUE SIN SU
VALIOSO APOYO HUBIERA SIDO IMPOSIBLE SU REALIZACION.

QUE DIOS LOS BENDIGA.

INTRODUCCION

INTRODUCCION

De acuerdo a lo estudiado y aprendido tanto en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlan, cuanto en la práctica del Derecho Penal, mi camino profesional se ha iluminado para comprender así que la Facultad de Derecho proporciona conocimientos teóricos que jamas dejan de ser eso, puesto que no se nos enseña la verdad tajante de la realidad y problemática del Derecho, así como la hermenéutica jurídica y su debida aplicación ya que todo esto se entiende a base de un gran esfuerzo conjugado con el litigio en la realidad material de los problemas.

Ahora bien, no es suficiente con ampararse del asunto y estudiarlo, sino que es darse cuenta de que tenemos un verdadero problema que la entelequia jurídica trae aparejada la falta de estudio jurídico de algunas autoridades y abogados litigantes, por lo que es necesario iniciarse como Profesional del Derecho trabajando conjunta y paralelamente al Abogado capacitado y experimentado en la difícil tarea de la Abogacía, vigilando estrictamente que se cumpla con la debida interpretación y aplicación de la ley.

En efecto, los conocimientos obtenidos en la facultad, por sí solos no dan la solución al problema que a todo estudiante de derecho angustia, sino que es necesario además, complementarlos con los enormes conocimientos que nos ofrecen la experiencia, capaz de obtenerse a través de la práctica del derecho, tanto es así que los mejores profesores que imparten la cátedra del derecho penal, no son únicamente poetas jurídicos, sino que además son portadores del germen de la superación y complementación del abogado, ya que no se conforman con la exposición de su cátedra al llevar a los

tribunales diariamente la aplicación del derecho y a las aulas sus experiencias jurídicas obtenidas gracias al verdadero litigio.

Ahora bien, una de las mayores inquietudes en mi devenir jurídico ha sido el buscar la manera de aplicar exactamente la ley al delito de que se trate, de una manera pronta y expedita cumpliéndose en tal sentido las garantía de legalidad y seguridad jurídicas, percatándose la autoridad encargada de la persecución de los delitos, de que la conducta desplegada por el sujeto activo del delito reúna las características primordiales para lograr sin exigentes requisitos que se lo impidan, el obsequio de la orden de aprehensión como la declaración del auto de formal prisión, para dejar al juzgador la facultad de acreditar en la instrucción todos los elementos del tipo penal y estar en la posibilidad de actualizar la pena correspondiente, al sujeto activo del delito.

Sin embargo siempre ha existido la solución al problema planteado, sólo que en la actualidad lamentablemente tuvo que desaparecer el concepto de "cuerpo del delito", con las reformas del 3 de septiembre de 1993 para volverse a insertar en nuestra Constitución con las reformas del 8 de marzo de 1999, olvidando que el máximo postulado para el surgimiento de éste concepto lo encontramos precisamente en la obra del maestro Ernest Von Beling.

Es verdaderamente vergonzoso que por olvidar la teoría del tipo se hagan a nuestra Constitución Política reformas demagógicas olvidando de igual forma el profundo sentimiento de garantía existente en los artículos 16 y 19 Constitucionales, trayendo como consecuencia lógica, la impunidad e ineficacia traducida a nuestras autoridades al trastocar inútilmente nuestra Ley Suprema. En consecuencia de ello se advierte la confusión respecto de lo que se debe

entender por cuerpo del delito, ya que ni siquiera existe un acuerdo concomitante entre nuestra Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia, respecto del concepto del cuerpo del delito.

De esta manera se inicia el presente trabajo manifestando lo que debemos entender por "delito", pasando al estudio de los elementos del mismo, tanto de los positivos como de los negativos, realizando una semblanza del surgimiento del tipo penal así como la manifestación de los diversos elementos que lo constituyen, pasando al estudio de las inútiles reformas del 3 de septiembre de 1993, advirtiendo consecuentemente la innecesaria desaparición del concepto cuerpo del delito que se inserto de nueva cuenta en el Pacto Federal con las reformas establecidas a dicho ordenamiento el 08 de marzo de 1999; observando tristemente que nuestro Poder Legislativo ha carecido del valor y de una conciencia razonada intelectualmente para iniciar algunas reformas u oponerse a ellas cuando sean iniciativas del ejecutivo, siempre y cuando no se tomen en consideración los aspectos sociales económicos y culturales de nuestra sociedad actual.

Una vez estudiado el presente trabajo se podrá concluir la verdadera necesidad de la pronta y expedita administración de justicia no sin antes haberse acreditado verdaderamente la antijuridicidad de una conducta, para de esta manera poder establecer que nuestra sociedad será "libre en la medida en que son libres sus miembros menos privilegiados y menos tolerados", máxima establecida por Christian Bay. "La estructura de la libertad".

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

MARTÍN RIVAS RAMÍREZ.

EL INCOMPRESIBLE CONCEPTO DE "EL CUERPO DEL DELITO"

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	I
I.- MARCO JURÍDICO DEL DELITO.....	1
I 1.- CONCEPTO Y DEFINICIÓN.....	1
I 2.- ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN.....	7
a).- Conducta.....	8
a').- Ausencia de Conducta.....	11
b).- La Tipicidad.....	18
b').- Atipicidad.....	19
c).- Antijuridicidad.....	20
c').- Causas de Justificación.....	21
d).- Culpabilidad.....	23
d').- Inculpabilidad.....	26
e).- Punibilidad.....	27
e').- Excusas Absolutorias.....	28
II.- EL INCOMPRESIBLE CONCEPTO DE "EL CUERPO DEL DELITO".....	29
II. 1.- FUNDAMENTO HISTÓRICO POLÍTICO Y LOGICO JURÍDICO.....	29

II.	2.- LA TEORIA DE BELING.....	31
II.	3.- EL CUERPO DEL DELITO.....	36
II.	4.- RELACIONES ENTRE TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.....	59
III.-	LA ESTRUCTURA SUSTANCIAL DEL TIPO.....	62
III.	1.- SU CONCEPTO.....	62
III.	2.- REQUISITOS INTEGRANTES DEL TIPO.....	66
III.	3.-CLASIFICACION DEL TIPO.....	73
III.	4.- PRESUPIESTOS NORMATIVOS QUE AMPLIFICAN EL TIPO.....	77
	a).- La tentativa.....	78
	b).- La Participación.....	82
III.	5.- EL APOPGTEMA NULLUM CRIMEN SINE LEGE.....	87
IV.-	EL CONCEPTO TIPO PENAL ANTE EL MARCO DEL DERECHO PUNITIVO MEXICANO.....	91

IV.	1.- EL MARCO CONSTITUCIONAL EN QUE SE DIO LA REFORMA DE 1993.....	91
IV.	2.- NOCIÓN DE “ CUERPO DEL DELITO“, SU ESCLARECIMIENTO POR EL MÁXIMO TRIBUNAL DEL PAIS Y SU COMPENETRACION EN MÉXICO HASTA ANTES DE LA REFORMA DE 1993.....	97
IV.-	3.-TRANSICIÓN ENTRE “ CUERPO DEL DELITO “ Y “ TIPO PENAL “.....	106
IV.	4.-OPINION EN CUANTO AL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN MÉXICO EN TORNO AL “ CUERPO DEL DELITO” Y “ TIPO PENAL, “ ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1993.....	122

CONCLUSIONES.....125

BIBLIOGRAFÍA.....134.

MARCO JURÍDICO DEL DELITO

CAPITULO I

SUMARIO. I. 1.- Concepto y Definición del Delito. I.
 2.-Elementos que lo integran: a) Conducta, a') Ausencia de Conducta, b) La Tipicidad, b') Atipicidad, c) Antijuridicidad, c') Causas de Justificación, d) Culpabilidad, d') Inculpabilidad, e) Punibilidad, e') Excusas absolutorias.

I. 1.- CONCEPTO Y DEFINICION DEL DELITO.

En el conglomerado humano la vida del hombre se desenvuelve mediante acciones y omisiones que necesariamente se encuentran limitadas por la organización jurídica de una sociedad que constituye al Estado. Dicha organización crea normas jurídicas por medio del poder elaborador, cuya finalidad ineludible, es regular la conducta humana de los individuos en la sociedad.

En materia penal, el Estado, tutelador de los derechos del gobernado, mediante su función punitiva, reprime todos aquellos actos considerados como delitos ejerciendo su poder coactivo; logrando de esta manera preservar la seguridad del orden social.

El Doctor Raúl Carranca y Trujillo, en su obra denominada "Derecho Penal Mexicano", ha expresado que "*La filosofía de todos los tiempos, ha reconocido la justificación, del*

poder del Estado para castigar, si bien fundamentándola diversamente. Platón, fundaba la pena en el principio de la expiación... para los romanos, maestros del pragmatismo jurídico, justificó el derecho de castigar, para la ejemplaridad intimidante de las penas. La Iglesia, después refiriendo todo su problema a Dios, hizo del derecho de castigar una delegación divina y concibió el delito como un pecado y a la pena como una penitencia; mediante el arrepentimiento y la penitencia del pecador se somete a ley divina y logra su enmienda, satisfaciéndose la ofensa causada por el pecado con la justa retribución. La edad media siguió los derroteros escolásticos, si bien fortaleciéndolos con la razón del Estado, y actuando con tal justificación la venganza pública hasta llegar a los más rigurosos extremos; las penas quedaron, por ello, divididas en divinas, naturales y legales o humanas. En el Humanismo y el renacimiento, sienta Grocio la base contractual, del Derecho Penal; el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena... con la obra apasionada de Beccaria se estimula el nacimiento de un sistema penal científico y propio, independiente de la justicia divina y fundada en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral". 1

Así es como el Estado, tutelador de los derechos del individuo, ha venido ejerciendo su función punitiva, réstanos ahora establecer en el presente punto inicial, el concepto y definición del delito.

Un sin número de tratadistas se ha expresado respecto del concepto delito en muy semejantes opiniones y algunos han concluido que delito es "La transgresión constante de la norma", y lo significan como el Doctor Alexander Graf Dohna, tanto en el aspecto formal, cuanto en el social, entendiéndolo en el primer término como "El incumplimiento de una prohibición o imposición contenida en el ordenamiento jurídico y amenazada con sanción penal", asimismo establece

el concepto como *"La lesión o peligro de un interés de la comunidad o de uno de sus miembros elevado a bien jurídico por el amparo del derecho"*.²

De igual forma vemos que otras ramas del conocimiento humano también se han ocupado por definir el delito, entre las que tenemos a la filosofía y la sociología, *"La primera lo estima como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal, mientras la segunda lo indentifica como una acción antisocial y dañosa"*.³

En la antigüedad, los pueblos castigaban tanto al hombre como a la bestia, es decir reprimían prácticamente los hechos objetivamente dañosos, pero finalmente con la aparición de los catálogos de las normas reguladoras de la conducta externa de los seres humanos, surgió una valoración subjetiva de los hechos o conductas lesivos, aplicando en consecuencia la sanción represiva actualizando la pena limitada únicamente al hombre y ya no a la bestia.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, citando a Garófalo, establece que él estructura un concepto de delito natural, viendo en él *"una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas, fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la"*

2).- Estructura de la Teoría del Delito. Cuarta Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1958. Pág. 11.

3).- Francisco Pavón Vasconcelos. Derecho Penal Mexicano. Decimoprimer Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1994. Pág. 177.

sociedad". 4 Continuando con Carrara, dice que con su concepto de "ente jurídico" distinguió al delito de otras infracciones no jurídicas y precisó sus elementos más importantes, considerándolo como "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, morabmente imputable y políticamente dañoso". 5

Hasta el momento, las definiciones del delito que se han elaborado son innumerables, algunos autores como Beling, Soler y Mezger, lo han definido en su aspecto formal, otros comprendiendo sus elementos objetivos y algunos más como el tratadista Luis Jiménez de Asúa han llegado a comprender en una definición, tanto los elementos objetivos como los subjetivos.

Considero prudente hacer mención de algunos de los tratadistas o autores de mayor renombre en nuestra época, estableciendo lo que cada uno de ellos afirma en cuanto al concepto que se trata.

El maestro Sebastián Soler siguiendo la idea de Beling y Mezger, define al delito como la "Acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta". 6 Indudablemente que nos encontramos ante un concepto formal del delito y por tanto, de criterio jurídico; es por ello que el autor citado también expresa que el término punibilidad no entra en la definición, pues la punibilidad de un hecho será siempre el resultado obtenido después de verificar la concurrencia de todas las circunstancias que lo hacen

4).- Idem. Pág. 177 y 178

5).- Ibídem. Pág. 178.

6).- Tratado de Derecho Penal Argentino. Tomo I. Editorial TEA. Buenos Aires 1951. Págs. 227 y 229

digno de pena y eso es precisamente la tarea que en cada caso se nos presentará.

Ahora bien, el maestro Cuello Calón, define el delito inicialmente en su aspecto formal, entendiéndolo que es la acción prohibida por la Ley bajo la amenaza de una pena. Junto a él se han expresado Pessina, Crispigni, etc.

Es de observarse en la definición anterior, la noción práctica de lo que constituye el delito, pero no incluye en ella los elementos o caracteres distintivos. Con posterioridad a lo expuesto, el citado penalista ha definido al delito en su aspecto de acto humano, antijurídico, típico, culpable y punible, y así reuniendo estos elementos llega a la conclusión de que el delito es "*La acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena*". 7

El Doctor Raúl Carranca y Trujillo nos da primeramente la noción externa e interna del delito. En su primera fase, nos dice que el delito se presenta como un acto humano sancionado por la Ley; haciendo alusión a un carácter estrictamente formalista. En su aspecto interno, el maestro encuentra en el delito las siguientes características: Es una acción, la que es antijurídica, culpable, típica y punible, según ciertas condiciones objetivas, o sea, conminado con la amenaza de una pena. Sin embargo nos define el delito de la siguiente forma: "*El delito es una conducta reprobada o rechazada mediante la amenaza de una pena*". 8

7).- Derecho Penal. Editora Nacional. México 1961. Págs. 225 y 226.

8).- Derecho Penal Mexicano. Parte General. Cuarta Edición. Antigua Librería Robredo. México 1956. Pág. 174.

Así como los tratadistas mencionados, el maestro Luis Jiménez de Asúa, nos define el delito comprendiendo todos los caracteres del mismo; ya sea los que son constantes y aquellos que aparecen variables.

El autor antes mencionado se expresa en el sentido de que el delito "*Es el acto típicamente antijurídico, culpable a un hombre y sometido a una sanción penal*".⁹

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos también define al delito ocupando un criterio pentatómico en el sentido de que considera que son cinco los elementos del delito, a saber: a) una conducta o un hecho; b) la Tipicidad; c) la Antijuridicidad; d) la Culpabilidad; y e) la Punibilidad; desprendiéndose así su criterio para afirmar que por delito se debe entender "*La conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible*".¹⁰

En algunas legislaciones como el Código Penal para el Distrito Federal, se pretende definir el delito estableciendo un concepto puramente formal al caracterizarlo con la amenaza de una sanción a ciertos actos y omisiones, otorgándoles por éste simple hecho el carácter de delitos, definiéndolo como "*el acto u omisión que sancionan las leyes penales*".

Ahora bien de lo anterior advertimos que nuestra legislación penal realiza una definición

9).- La Ley y el Delito. Editorial la Ley. Buenos Aires 1942. Segunda Edición. Pág. 20.

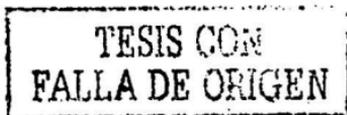
10).- Op. Cit. Pág. 3.

tautológica del delito, ya que es repetitivo al establecer el acto u omisión, pues ambas son formas diversas de la conducta, y si el delito es en si una conducta, por tanto esta puede ser activa u omisiva, cuya ejecución será sancionada por la norma, actualizándose la pena en el sujeto activo del delito.

Vemos así que ésta definición "constituye como concepto lógico, un acto a posteriori, que asocia el delito como causa a la pena como efecto. Por otra parte, la simple lectura de cualquiera de las normas penales singulares incluidas en la Parte Especial de los Códigos, permite observar que esta se integra de dos partes; el precepto y la sanción. El precepto no es sino la descripción de un modo de conducta prohibida incitadamente en la norma, la sanción la privación de un bien jurídico con que se conmina la ejecución de esa conducta". "

I. 2.- ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN.

El delito puede presentarse positiva o negativamente, o dicho de otro manera por un hacer o un no hacer, por una acción o una omisión, la acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario, con violación de una norma prohibitiva, en cambio la omisión es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva, o de una prohibitiva, apareciendo de estas formas de conducta la omisión simple, o la omisión impropia o comisión por omisión, respectivamente.



El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, como ya se menciona con anterioridad siguiendo un criterio pentatómico para definir el delito, ha elaborado el siguiente esquema de los elementos del delito que a continuación se transcribe:

ELEMENTOS

Conducta o hecho.

Tipicidad
Antijuridicidad
Culpabilidad
Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

Ausencia de Conducta
o de hecho
Atipicidad
Causas de Justificación
Inculpabilidad
Excusas absolutorias

a) La Conducta.- En cuanto a éste primer elemento del delito que vamos a analizar, existe una verdadera problemática en relación a su terminología, pues algunos autores aluden a las palabras hecho, acción o conducta. El maestro Porte Petit prefiere el término conducta o hecho, afirmando que “*Hemos hecho un recorrido en el campo de la conducta, estudiando las formas de la misma; acción y omisión, sin olvidar que la conducta por sí misma puede constituir el elemento objetivo o material del delito, cuando el tipo describa una mera conducta, o bien, un hecho, cuando el tipo comprenda en su descripción, un resultado material. Por hecho entendemos a la conducta, el resultado y el nexo de causalidad. De acuerdo a la orientación por nosotros adoptada, los elementos del hecho son: a) Una conducta, b) Un resultado material y c) La relación entre la conducta y la mutación en el mundo exterior*”. 12

12).- Celestino Porte Petit Candaup. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa S. A. Decimosexta Edición. México 1994. Págs. 259.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Con referencia a la "acción" el maestro Pavón Vasconcelos citando al anterior autor, refiere que "no es adecuado porque no contiene o abarca la omisión al ser su naturaleza contraria a ésta pues la acción implica movimiento y la omisión todo lo contrario: inactividad. Si Ambos términos, acción y omisión, son antagónicos uno de ellos no puede servir de genero al otro; igualmente el término acto no le parece aceptable, pues a veces constituye la acción misma, pero otras, forma parte de la acción, al estar esta constituida por varios actos, como lo comprueba la división de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, en síntesis afirma que el acto en unas ocasiones constituye el todo (la acción) y a veces parte de ese todo". 13

Hablando de acto, el maestro Jiménez de Asúa prefiere esta expresión, considerando conveniente no hablar de hecho en virtud de resultar éste "demasiado genérico ya que, como Binding señaló, con ésta palabra se designa todo acontecimiento, nace de la mano o de la mente del hombre, o acaezca por caso fortuito, mientras que por 'acción' se entienden voluntades jurídicamente justificativas" 14

En este mismo orden de ideas el maestro Francisco Pavón Vasconcelos expresa que "Por nuestra parte, partiendo de la terminología aceptada y teniendo al hecho como genero en los delitos que requieren, con relación al tipo, el resultado material, estimamos elementos del mismo: la conducta, el resultado y el nexo de causalidad existente entre el primero y el segundo. La conducta, como genero, cuando por si integra los elementos del delito, no ha menester de resultado ni de nexo causal". 15

13).- Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S. A. Decimoprimerá Edición. México 1994.

14).- Tratado de Derecho Penal, 111. Págs. 292 y 293. Buenos Aires, 1951.

15).- Op. Cit. Pág. 199.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Según Cuello Calón, la acción en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior, o en el peligro de que se produzca. Para Eugenio Florian, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible.

Eugenio Raúl Zaffaroni, comenta que el maestro Beling caracterizaba, con singular claridad, a la conducta en los siguientes términos: *“ Debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad), (Fase externa, subjetiva de la acción); ello es un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer (acción positiva), ello es un movimiento corporal, ya en un no hacer (omisión) ello es distensión de los músculos “.* 16

De lo anterior se desprende que del concepto conducta se incluye tanto el hacer positivo cuanto el negativo, puede comprenderse la acción y la omisión, el actuar y el abstenerse de obrar.

En el sentido estricto, la acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

Por omisión debemos entender la inactividad voluntaria, es decir, que consiste en abstenerse de hacer lo que se debe ejecutar, cuando la ley penal impone el deber de realizar un hecho determinado.

a') *Ausencia de Conducta.*- En cuanto a el aspecto negativo del primer elemento del delito, tenemos la falta de acción o ausencia de conducta, advertimos que ésta se presenta cuando no existe voluntad en el hombre que forma parte en los acontecimientos.

El maestro Porte Petit nos dice que el Código Penal Mexicano *"innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarlo como excluyente de responsabilidad, cuando constituye un aspecto negativo del delito hipótesis que queda sintetizada en la fórmula nullum crimen sine actione"*.¹⁷⁾

No es necesario que nuestra legislación enumere todas las excluyentes por falta de conducta, toda vez que el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal menciona que el delito es un acto u omisión que sancionan las leyes penales; cuando no existe conducta no hay delito y por tanto si faltare el hacer, tampoco se integraría el ilícito, puesto que la actuación humana, positiva o negativa, es la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

17).- Op. Cit Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México 1980. Pág. 163.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos nos dice que *"La ausencia del hecho y por ello del delito, surge al faltar cualquiera de sus elementos que lo componen, a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado, y c) falta de relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta, y el resultado material considerado"*.¹⁸

En síntesis podemos decir que hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos por faltar en ellos la voluntad.

Los aspectos en que hay ausencia de conducta por falta de voluntad del sujeto activo del delito son los siguientes:

1.- Fuerza física irresistible ó vis absoluta.- Antes de entrar al estudio de estos términos, es necesario dar primeramente el concepto de fuerza física irresistible, entendiendo por ella, *"cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible"*.¹⁹

18).- Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Décimoprimer Edición. México 1994. Pág. 275.
19).- Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. Décimosexta Edición. México 1994. Pág. 322.

En relación a la fuerza física exterior irresistible, nuestro Máximo Tribunal dice que: *"debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que este ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar"*.²⁰

En este mismo orden de ideas la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos afirma que *"De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir, que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quién la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella"*.²¹

En consecuencia advertimos que cuando hay fuerza irresistible, la actividad o inactividad forzadas, no pueden constituir una conducta porque falta uno de los elementos indispensables que es la voluntad. Como ejemplo ilustrativo podemos establecer con justa razón que en estos casos el hombre actúa como un instrumento del delito, como una pistola o un puñal en la mano del hombre que comete el ilícito y por tanto sancionar al sujeto que sufre la fuerza física irresistibles sería tanto como sancionar a cualquiera de los instrumentos de que se valiera el sujeto activo del delito.

20).- Semanario Judicial de la Federación, LXXXIV. Pág. 175 y 3093 Quinta Época.

21).- Semanario Judicial de la Federación, XCIII. Pág. 2018.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha manifestado que la fuerza física exterior irresistible, es una causa de inimputabilidad, porque el que la sufre no obra de un modo espontáneo y por tanto no se le puede exigir responsabilidad criminal.

El maestro Fernando Castellanos Tena afirma que "*la fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero*".²² Sin embargo debe quedar claro que cuando proviene de la acción de un tercero, la ausencia de un acto sólo se da en el que sufre la fuerza física irresistible, pero no en el que la ejerce, que opera con voluntad. Como ejemplo tenemos cuando un sujeto es empujado por un grupo de personas contra un anciano que queda aprisionado entre él y la pared muriendo por asfixia, no existiendo aquí el homicidio, limitándose la ausencia de conducta a la causación del resultado.

Existe también la llamada vis compulsiva, que a diferencia de la vis absoluta, en aquella opera una fuerza moral, la diferencia entre ambas es que en la vis absoluta esa fuerza física es irresistible, y en la vis compulsiva no lo es, porque el sujeto pasivo puede elegir entre la realización o no de la conducta, es decir, es resistible.

También encontramos como ausencia de conducta la vis mayor, debiéndose entender por la misma cuando el sujeto realiza una actividad por una fuerza física irresistible, sub-humana.

22).- Op. Cit. Pág. 308.

Las diferencias entre la fuerza mayor y la fuerza física irresistible, es que la primera proviene de la naturaleza o de los animales, a diferencia de la vis absoluta en que la fuerza física procede del hombre.

2.- Involuntabilidad.-

*“La involuntabilidad es la incapacidad psíquica de conducta, es decir el estado en que se encuentra el que no es físicamente capaz de voluntad”.*²³

3.- El sueño.-

Es considerado como el estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. El maestro Luis Jiménez de Asúa afirma que *“El sueño, según el común sentir de los autores de hoy e incluso de los de antaño, destruye la responsabilidad por los actos ejecutados durante él — palabras injuriosas dichas por el durmiente, en caso de un somniloquo, de que habla PESSINA — o por lo que omite ... Los antiguos escritores — incluso muchos modernos, salvo los alemanes — veían en el sueño una causa de inimputabilidad. Como acabamos de decir, debe valuarse dogmáticamente como ausencia de acto”*.²⁴

Como ejemplo podemos citar cuando una mujer de agitado sueño al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo al recién nacido, colocado ahí por el padre sin conocimiento de aquella, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad, un hacer, más faltará el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del derecho. Por tanto al no integrarse la conducta a virtud de la falta de voluntad habrá en consecuencia inexistencia del hecho y por ende del delito.

²³.- Idem.

²⁴.- Tratado del Derecho Penal, III Editorial Losada, Buenos Aires, 1951 Pág. 609.

4.- El sonambulismo.- Este estado es similar al sueño, pero se distingue de que en el sonambulismo el sujeto deambula dormido, es decir, existen movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios.

Para el maestro Jiménez de Asúa el sonambulismo es *"una enfermedad nerviosa, o mejor dicho, posiblemente no es más que una manifestación parcial de otras neuropatías (como el histerismo) o de epilepsia, según han observado los psiquiatras, como por ejemplo HOICHE y WEYGANDT. Suele encontrarse principalmente en la edad juvenil y, sobre todo, en la época del desarrollo de la pubertad, siendo frecuente que dure algunos años (...) Los accesos se repiten, a veces, todos los días, en horas determinadas, y van siempre precedidas del sueño. Como pródromos pueden observarse ligeras convulsiones o una rigidez cataléptica de los músculos. Antes de volver a la vigilia, el sonámbulo pasa por un estado de sueño ordinario o por una situación confusional soñolienta, más o menos prolongada"*.²⁵

Se ha comprendido al sonambulismo también dentro de las causas excluyentes de responsabilidad, que contempla el artículo 15 del Código Penal en la fracción VII, estimándolo como un trastorno mental transitorio, aún cuando como lo hemos precisado, la ausencia de la voluntariedad de los músculos y movimientos corporales impiden el nacimiento de la conducta.

5.- El hipnotismo.- Consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial, estas manifestaciones pueden ir desde un estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, pasando por diversas fases en las cuales se acentúa en sus características externas el grado de hipnotismo. El estado sonambúlico del

25).- Op. Cit. Pág. 696 y 697.

hipnotizado se caracteriza por la ausencia del dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hípico cuando despierta de él.

El maestro Alfredo Etcheberry no lo considera como una causa de ausencia de conducta sino que establece que *“constituye una causa de inimputabilidad porque el sujeto se encuentra privado temporalmente de la razón, esto es de la capacidad de discernir. Suele discutirse si el hipnotizado puede o no ser obligado por el hipnotizador a realizar actos que pugnen con sus condiciones o principios morales. Pero, sea cual fuere la respuesta demostrada la existencia del estado hipnótico debe concluirse que el paciente obró privado de razón, y la responsabilidad criminal, en su caso, recaerá sobre el hipnotizador”*.²⁶

En síntesis el hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia ó cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente y el hipnotizador.

6.- Los actos reflejos.- También mencionados por el maestro Celestino Porte Petit, como actos automáticos, y que según el maestro Mezger son *“los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro censorio a un centro motor y produce el movimiento”*.²⁷

26).- Derecho Penal, I. Segunda Edición. Santiago de Chile. 1965. PÁg. 266.

27).- Tratado de Derecho Penal. I. Editorial Ariel. Madrid 1955-1957. Traducción de José Antonio Rodríguez Muñoz. Págs. 215 y 216.

En los actos reflejos así como en las demás hipótesis estudiadas, existen movimientos corporales más no la voluntad necesaria para integrar una conducta y por tanto en todas ellas existe ausencia de conducta.

b) La Tipicidad.- La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume al apotegma *nullum crimen sine tipo*.

Empero, no debemos confundir el tipo con la tipicidad, puesto que el primero es la fórmula que pertenece a la ley, es decir, es el instrumento legal de naturaleza predominante descriptivo que individualiza las conductas humanas penalmente prohibidas, mientras que la tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal.

El Juez para estar en la posibilidad de emitir su fallo de manera lógico-jurídica, debe comprobar la tipicidad comparando concienzudamente, la conducta particular y concreta del sujeto activo con la individualización típica.

De acuerdo a lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *'La tipicidad consiste*

en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la ley penal". 28

"La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento material porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto (a no ser que el tipo requiera solamente el elemento objetivo). Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo". 29

b') La Atipicidad.- El Aspecto negativo de la tipicidad, la encontramos cuando la conducta no presenta la característica específica de adecuación el tipo penal, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Para el maestro Jiménez de Asúa "existe ausencia de tipicidad, a') Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales especiales, y b') Cuando la Ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica...-continúa refiriendo que- La falta de alguno de los elementos contenidos en la figura rectora, produce la atipicidad de la conducta; es decir, <la ausencia de tipicidad> o <causa de exclusión del tipo>". 30

28).- Semanario Judicial de la Federación. XXXIII. Pág. 103. Sexta Época. XLIX. Págs. 93 y 103. Segunda Parte. Sexta Época.

29).- Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A. Decimosexta Edición. México 1994. Págs. 332 y 333.

30).- Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada. Buenos Aires 1951. Pág. 812; Segunda Edición. 1958. Pág. 934.

No debemos confundir entre ausencia de tipo y de tipicidad, puesto que la primera se presenta cuando el legislador deliberadamente omitió describir una conducta constitutiva de algún delito.

c) *La Antijuridicidad.*- Es la oposición de la acción humana con una norma penal que prohíba u orden su ejecución. Según el maestro Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal.

La antijuridicidad es pues, el choque de la conducta con el orden jurídico radicando especialmente en la violación del valor o bien jurídico protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

"El método sobre el cual se comprueba la presencia de la antijuridicidad consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico (no sólo en el derecho penal, sino tampoco en lo civil, comercial, administrativo, laboral, etcétera.)" 31

No olvidemos que el juicio de antijuridicidad, comprende únicamente la fase externa, no el proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad. La

31).- Eugenio Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. Cuarta Edición. Buenos Aires Argentina 1985. Pág. 338.

antijuridicidad, atiende sólo al acto, a la conducta externa del hombre, es decir, exclusivamente objetiva.

El maestro Jiménez de Asúa nos dice que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien es *"el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. No se vulnera la ley pero si se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta; la norma valoriza, la Ley describe"*. 32.

c') Causas de Justificación.- El aspecto negativo de la antijuridicidad, son las causas de justificación o de exclusión del delito, que se establecen en el numeral 115 del Código Penal para el Distrito Federal, a excepción de lo establecido en la fracción I, que como ya dijimos encierra una ausencia de conducta y no una exclusión del delito.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica, cuando nos encontramos con alguna de ellas falta inmediatamente un elemento esencial del delito como es la antijuridicidad.

Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa de la conducta humana.

32).- La Ley y el delito. Editorial la Ley. Buenos Aires 1951. Pág. 338.

Afirma acertadamente el maestro Jiménez de Asúa, que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

En virtud de que considero que *La Imputabilidad* no es un elemento de delito, sino un soporte de la culpabilidad, haré solo una breve reseña de la misma así como de su aspecto negativo. A la imputabilidad la podemos definir como la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

La imputabilidad es la capacidad de obrar, de realizar actos referidos al derecho que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. Son imputables quienes tiene desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica, que los imposibilite para querer y entender, aquellos que tengan al momento de la acción, el mínimo de salud y desarrollo psíquico que exija la ley.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho. Para que un sujeto sea culpable requiere primeramente ser imputable, en la culpabilidad, como veremos más adelante, interviene el conocimiento, la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades, en cambio, para que el sujeto conozca la ilicitud de su acto, y quiera realizarlo, debe tener capacidad de querer y entender el acto, por lo que la actitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad, ergo, la imputabilidad debe

considerarse como el soporte de la culpabilidad y -no como un elemento del delito.

La Inimputabilidad.- Como anotamos anteriormente que la imputabilidad esta referida al desarrollo y salud mentales del sujeto, la inimputabilidad debe entenderse en el sentido negativo.

Como causas de inimputabilidad tenemos aquellas capaces de anular el desarrollo o la salud mental, careciendo, el sujeto en este caso de aptitud psicológica para entender y querer el acto al delinquir.

d) La Culpabilidad.- El Maestro Celestino Porte Petit Candaudap, establece que la culpabilidad *"es el nexa intelectual y emocional que liga la sujeto con el resultado del acto"*,³³ esto sólo cuando se trata de culpabilidad dolosa, por no comprender los delitos de imprudencia o culposos.

En apoyo a lo anterior vemos que la culpabilidad consiste genéricamente en el desprecio del sujeto por el orden jurídico, *"Desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa"*.³⁴

33).- Op. Cit. Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa S. A. México 1980. Pág. 232.

34).- Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. Segunda Edición. México 1960. Pág. 272.

La culpabilidad desde el punto de vista psicológico contiene dos elementos, uno volitivo o emocional y otro intelectual, en el volitivo existen dos pretensiones, la conducta y el resultado, y el segundo elemento, el intelectual, consiste en el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

La culpabilidad presupone la antijuridicidad o valoración del acto, por lo que para obtener una noción completa de la culpabilidad debemos advertir en resumen, que se forma de dos elementos más profundos, o que encierran de manera más concreta lo anteriormente mencionado, así tenemos una actitud psicológica del sujeto y una valoración normativa que produce el reproche al encontrar al sujeto en oposición al derecho.

El juicio de reprochabilidad surge de una conducta dolosa o culposa que el sujeto activo del delito pudo haber evitado, así como el elemento normativo que le exige una conducta ajustada a derecho, es decir, se basa en una exigencia de la conducta a la luz del deber.

La culpabilidad puede darse en dos formas, a saber: Dolosa, en ésta forma, el sujeto conociendo la significación de su conducta procede a realizarla, en la culpa consciente, el sujeto ejecuta el acto esperando que no se produzca el resultado, y en la culpa inconsciente, el sujeto no prevé el resultado de su conducta que puede ser previsto. Dicho de otro modo, existe culpa consciente cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias

dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero con la esperanza de que la misma no sobrevenga.

Según Cuello Calón, la culpa es consciente *"cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirá"*.³⁵ Por el contrario estaremos en presencia de la culpa inconsciente, cuando el sujeto no previo el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

También encontramos dentro de estas hipótesis el dolo eventual, donde el agente quiere obtener el fin que se propuso sin importarle que se produzca el resultado, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente estriba principalmente en que en ésta la voluntad es totalmente ajena a la producción del resultado, puesto que el agente obra pensando en que éste no se producirá, mientras que en el dolo eventual, hay aceptación del resultado previsto como posible o probable, o sea voluntad, aunque no un querer directo, en tanto que en la culpa consciente no hay voluntad respecto al resultado que no se quiere ni se acepta a pesar de haber sido representado.

También existe la preterintencionalidad, donde el resultado de la conducta del sujeto va más allá del aceptado o previsto, sin embargo debemos advertir que el delito sólo puede cometerse por dolo o culpa, en el primero el resultado puede ir más allá del propuesto por el sujeto y en el segundo, el resultado puede ser mayor del que racionalmente podía preverse y evitarse.

35).- Derecho Penal. Novena Edición. Barcelona 1964. Tomo I. Pág. 397.

Podemos decir finalmente que la culpa es el *"resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuesto por el ordenamiento jurídico y aconsejables para los usos y costumbres"*. 36

d') La Inculpabilidad.- Este aspecto negativo de la culpabilidad, sucede cuando no se lleva a cabo el juicio de reproche, es decir cuando no existen los elementos necesarios y esenciales de la culpabilidad como son el conocimiento y la voluntad.

Algunos autores mencionan dentro de la culpabilidad el error y la no exigibilidad de una conducta, sin embargo en estricto rigor sólo se basan en dos de ellos, así el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni nos expresa que nos encontramos en presencia de inculpabilidad *"cuando no le es exigible al sujeto la comprensión de la antijuridicidad, supuesto que puede darse porque carece de suficiente capacidad psíquica para ello (inimputabilidad) o porque se halla en un estado de error acerca de la antijuridicidad (error de prohibición)*. 37

Habida cuenta de lo anterior, observamos que las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad; el primero ataca al elemento intelectual y el segundo ataca al elemento volitivo.

Por tanto si la culpabilidad se da con

36).- Francisco Pavón Vasconcelos. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México 1994. Pág. 445.
37).- Manual de Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1988. Pág. 555.

el conocimiento y la voluntad, habrá en consecuencia inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores o de ambos.

e) *La Punibilidad.*- Éste elemento constituye la amenaza hecha por el Estado en contra del sujeto que al desplegar su conducta encuadra dentro de una norma penal, en decir, en la actualización de una sanción en el sujeto activo del delito.

Se ha discutido bastante si la penalidad es elemento integral del delito, o únicamente su consecuencia, en nuestra legislación penal forma parte de los caracteres que constituyen al delito, ya que como se estatuye en la propia definición, que el Código Penal Para el Distrito Federal establece en su artículo 7, "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", en tal sentido, es indudable que la penalidad es carácter específico del delito, ya que expresamente dicha disposición nos exige la sanción penal.

El Doctor Luis Jiménez de Asúa ha expresado en su obra denominada la Ley y el Delito, que la penalidad cuando va incita en la definición del delito, constituye elemento esencial, en el caso contrario cuando no se precise quedaría reducido a cierta consecuencia, y sigue diciendo que *"Como se ve, lo que en último término caracteriza el delito es ser punible. Por ende, la punibilidad es el carácter específico del crimen. En efecto, el acto es toda conducta humana, típica, es en cierto modo, toda acción que se ha definido en la ley para sacar de ella consecuencias jurídicas, y en tal aspecto, la usura que no tiene en el derecho vigente Venezolano indole penal, así como tampoco en el Código Argentino de 1922, es un acto típico de naturaleza civil que produce consecuencias de ese orden; antijurídico es todo lo que viola el derecho*

y en tal sentido lo es el quebrantamiento de un contrato; imputable y culpable es la conducta que al describirse en al ley recibe una pena". 38

e') Excusas Absolutorias.- en cuanto a la ausencia de punibilidad, vemos que tenemos las excusas absolutorias donde no es posible la aplicación de una pena; constituyendo así el factor negativo de la punibilidad.

Las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena, por tanto al encontramos frente a una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito permanecen inalterables, sólo se excluye la posibilidad de punición.

Para el maestro Luis Jiménez de Asúa "*Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública*". 39

Luego entonces se habla de ausencia de punibilidad, cuando realizado un delito, la ley no establece la imposición de una pena, refiriéndose a los casos en los cuales, aún existiendo una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basadas en consideraciones de variada índole, excusa la pena al autor. Por tanto la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias.

38).- Editorial la Ley. Segunda Edición. Buenos Aires 1942. Pág. 426.

39).- Op. Cit. Pág. 465 y 466.

***EL INCOMPRESIBLE CONCEPTO DE
"EL CUERPO DEL DELITO"***

C A P I T U L O I I

SUMARIO.- II. 1.- Fundamento Histórico Político y Lógico Jurídico. II. 2.- La Teoría de Beling. II. 3.- El Cuerpo del Delito. II. 4.- Relaciones entre Tipicidad y Antijuridicidad.

II. 1.- FUNDAMENTO HISTORICO POLITICO Y LOGICO JURIDICO

Para que un hecho pueda ser calificado como delito, es menester que además de antijurídico lo podamos encuadrar en un marco legal determinado, el cual da la descripción del tipo, que al ser transgredido trae como resultado la justificación del poder del Estado para castigar. Son dos las razones que fundamentan tal previsión, en primer término, la histórico - política, que tiene su origen en el movimiento reaccionario del liberalismo en el siglo XVIII.

En aquél entonces, la común práctica *"jurídico penal había extendido de tal modo el poder judicial, que el juez podría castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible"*¹.

El liberalismo lanzó sus ataques contra tal afirmación, manifestando la inseguridad jurídica que aquél sistema importaba, *"A falta de una firme delimitación de las*

1).- Ernest Von Beling, Esquema de Derecho Penal. Buenos Aires 1944, Traducción de Sebastián Soler. Pág. 36.

*acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica, y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible”.*²

La legislación posterior al movimiento liberal, dio estrechez a la acción jurídica. Del terreno de lo ilícito culpable fueron desentrañados tipos delictivos para cada uno de los cuales se preveía una pena concreta y determinada exactamente aplicable al delito en particular. Siendo así como se logró un valioso pensamiento y se estableció que sólo ciertos modos de conducta, los típicos, son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que además deben todos ser colocados en una firme escala de valores.

En segundo lugar, la razón lógico-jurídica mantiene también el fundamento de la tipicidad y constituye su asiento en la inseguridad que implicaría, para el derecho penal, la falta de previsión típica ya que con la ausencia de tal requisito sería imposible para el juzgador la aplicación de la pena, porque se carecería de la existencia del delito. De esta manera, quedó el actual derecho penal constituido en un catálogo de tipos delictivos. Los elementos del delito subsisten, pero junto a ellos la tipicidad, concurrente como nota esencial, característica sine qua non del hecho punible, se crearon así las figuras del robo, fraude, homicidio, etcétera, definiéndolas e integrándolas en la mejor forma posible.

3).- Idem.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Ahora bien, de estos tipos elaborados por el legislador, su trascendencia histórica era comprendida mucho tiempo antes de la doctrina de la tipicidad, creada por Beling en 1906; el concepto de "tipo" era ya bien conocido como también lo eran sus elementos. Mariano Jiménez Huerta, subraya en su obra denominada La Tipicidad, que *"La más profunda raíz histórica del tipo, hállase en el concepto del 'corpus delicti', contenido en las viejas leyes y que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos"*.³

En estudios posteriores se fue independizando el concepto "tipo" del concepto "corpus delicti". El maestro Carlos Franco Sodi, en su libro "Procedimiento Penal Mexicano", ha dedicado especial atención al tema del cual hablaremos con posterioridad.

II. 2.- LA TEORIA DE BELING

Con la Obra del maestro Ernest Von Beling, "Die lehre vom Verbrechen" (1906), el concepto Tatbestand es interpretado por el Doctor Sebastián Soler en la traducción que hace de las obras del autor alemán, en el sentido del "Delito - Tipo" a lo que el profesor dio su más entera aprobación.

Originalmente en su aspecto gramatical, el vocablo deriva del "Tat", hecho y "Bestehen",

consistir; "aquello en lo que el delito consiste", o como dice el maestro Sebastián Soler; *"En el lenguaje jurídico penal, el conjunto de sus elementos constitutivos, para diferenciar y separar lo que en una definición legal son verdaderos elementos, de lo que sólo constituyen circunstancias, posibles, pero no necesarias"*.⁴

Así mismo en la época anterior a la doctrina expuesta por el maestro Beling, el tipo comprendía la totalidad de los elementos del delito, es decir, tanto los objetivos, (materiales), como los subjetivos (internos), a esta concepción los antiguos escritores españoles habían designado "figura del delito".

Examinemos ahora el panorama del concepto "tatbestand" a la luz de la Legislación Penal Alemana como resultado de los estudios realizados por el maestro Beling en sus obras "Die Lehre vom Verbrechen" de 1906 y su modificación de 1930, "Die Lehre vom Tatbestand".

En tal disposición no le es imputable el hecho al que no hubiera conocido las circunstancias del delito que pertenezca al "tatbestand Legal".

De acuerdo a lo anterior se hace necesaria la transcripción del artículo que ilumina tal concepto a la luz de la legislación citada, a fin de dejar establecido aún con la posibilidad más clara, la función caracterizadora del concepto "Tatbestand".

4).- Tratado de Derecho Penal Argentino. Tomo II. Editorial TEA, Buenos Aires 1951. Págs. 161 y 162.

Artículo 59.- Cuando alguien, al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho, que pertenecen al "tatbestand legal" o que agravan la penalidad no se le computaran esas circunstancias.

"Esta disposición rige para la punición de los delitos culposos sólo en cuanto al desconocimiento mismo no es imputable a culpa".⁵

Como ya dejamos asentado en el mencionado dispositivo legal, del que se deduce claramente que la Legislación alemana emplea el vocablo tatbestand para definir el error indirectamente al dolo, en ese numeral se hace alusión al concepto en el sentido de no imputación del hecho a alguien cuando no hubiere conocido las circunstancias de un delito que pertenece al tatbestand legal.

Las figuras delictivas, singularmente consideradas, constan de una pluralidad de elementos, encontrándose éstos, externamente (Objetivos) o internamente (Subjetivos). Los primeros "caracterizan el tipo de ilicitud" los últimos, caracterizan *"las particularidades de la culpabilidad que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito"*⁶

El aspecto externo presenta un

5).- Ernest Von Beling, Esquema del Derecho Penal. Editorial de Palma. Buenos Aires 1994, Pág. 42. Traducción de Sebastián Soler.

6).- Idem.

elemento al cual debe referirse lo interno del autor para la integración total de la figura. Pongamos por ejemplo el homicidio que regula el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal, el elemento sería "privar de la vida a otro", en tal sentido, el aspecto interno comprendería el dolo del autor que tiene como objetivo directo el de privar de la vida a otro. *"Existe, pues, de este modo en la figura delictiva un esquema rector dominante común para la faz objetiva y para subjetiva"*.⁷

Belting señala, sin embargo, que ciertos delitos contienen elementos que sólo deben darse objetivamente, sin que importe nada su vinculación con la subjetividad del autor, para entender esto nos da el ejemplo de las "lesiones de muerte" a que se refiere el artículo 226 del Código Penal Alemán, (homicidio preterintencional); en este aspecto se requiere como resultado la muerte, sólo como objetivamente, no siendo requerido el elemento interno (subjetivo), por lo que no forma parte del "Esquema Rector" que legisla el artículo 49 de la Ley Sustantiva Alemana y que denomina "Gesetzlicher Tatbestand" (Delito - Tipo).

Es verdaderamente importante para el Derecho Penal la doctrina expuesta por el tratadista alemán Ernest Von Beling, iniciando sus estudios con la obra "Die Lehre vom Verbrechen", en el año de 1906, reformándola en virtud de diversas críticas realizadas por algunos tratadistas como Sauer, Mayer, Mezger, etc., siendo hasta el año de 1930, cuando aparece su obra denominada "Die Lehre vom Tatbestand", la cual es traducida en Latinoamérica por el Doctor Sebastián Soler con el título de "Esquema de Derecho Penal", la Doctrina del Delito-Tipo.

7).- Op. Cit. Pág. 43.

Ernest Von Beling consideró al Tatbestand, como una figura rectora o esquema rector completamente independiente de los demás elementos del delito y de índole descriptiva y objetiva. Vista la necesidad de reconstruir su obra, en virtud de las innumerables críticas, como ya mencionamos anteriormente, en esa obra realiza estudios más concienzudos dándole mayor amplitud al tema.

Recordemos que para Beling, en el "Die Lehre vom Verbrechen", el "Tatbestand" constituye una figura rectora, una abstracción, no el conjunto de notas del delito, sino la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo, o sea de una particular figura legal, concepto del cual se excluyen los elementos o notas que se refieren a la culpabilidad. En su "Die Lehre vom Tatbestand", Beling allega nuevos conceptos tales como "adecuación típica y tipicidad", con los que pretende establecer la relación del tipo del injusto y del tipo de culpabilidad con el "Tatbestand Legal".

Indudablemente ha sido de suma importancia la teoría de Beling y por tanto no podemos decir que su esfuerzo ha sido en vano, lo que sí podemos manifestar es que ha dejado para los estudiosos del Derecho Penal así como principalmente de los que dedican mayor atención a la Teoría del Delito el fundamento de la Teoría de la Tipicidad. Sin embargo el descubrimiento revolucionario de Beling, consiste en el tipo como elemento esencial, es la mera transposición del postulado del Derecho Penal civilizado "nullum crimen sine lege".

II. 3.- EL CUERPO DEL DELITO

En virtud de las reformas realizadas a nuestra Constitución General de la República, a los artículos 16 y 19 entre otros, del tres de septiembre de 1993 y 08 de marzo de 1999, creo necesario hacer alusión primeramente a lo que deben entenderse por elementos del tipo penal, ya que existe una gran confusión entre lo que se debe entender por estos y el concepto de cuerpo del delito.

Hablando del tipo penal, veamos a continuación que se nos presenta como una mera descripción de la conducta humana, describiendo en ocasiones además el efecto o resultado material de la acción u omisión o bien conteniendo referencias a los sujetos, a los medios de comisión requeridos por la figura delictiva, o modalidades de la propia acción que forma parte del tipo o que hacen referencia a determinados estados de ánimo o tendencias del sujeto o fin de la acción.

Así pues, es indispensable distinguir los diversos elementos que integran los tipos penales a que hacía referencia la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actualmente reformada. Dentro de éstos elementos se encuentran los elementos objetivos o materiales, los elementos normativos y los elementos subjetivos.

Por elementos objetivos o materiales del tipo debemos entender que son todos aquellos elementos

descriptivos que el mismo tipo contiene y que por su naturaleza material y externa son susceptibles de ser apreciados por medio de los sentidos o del simple conocimiento, y cuya función es describir la conducta o hecho que puede ser materia de imputación y de responsabilidad penal. Aunque lo trascendental del tipo lo constituye la conducta a través de sus formas, la acción y la omisión, tal y como lo dice el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, que *"también son elementos del tipo los procesos, estados, referencias, etc., conectadas a la conducta"* * y que resultan modalidades de la misma. Dentro de las modalidades anteriormente referidas, el maestro nos menciona las siguientes :

a).- Las cualidades referidas al sujeto activo. Aquí se excluye la posibilidad de ejecución de la conducta por cualquier sujeto, estableciendo para ello una calidad especial en el mismo, por ejemplo en el peculado se requiere en el sujeto activo "la calidad" de servidor público.

b).- Las cualidades referidas al sujeto pasivo. En ocasiones la ley exige determinadas características en el sujeto pasivo, encontrándonos en ausencia de elementos típicos si éstas características no se reúnen, v.gr., en el parricidio la calidad referida al sujeto pasivo es ser ascendiente del autor del delito.

c).- Referencias temporales y espaciales. En éste punto la posibilidad queda condicionada a determinadas referencias de tiempo y lugar, y así por ejemplo en el delito de aborto tenemos que la referencia de tiempo se manifiesta en cualquier momento de la preñez, siendo de suma importancia, puesto que si no sucede en ese momento no existiría dicho delito.

d).- Referencias a los medios de comisión. En ocasiones éstas referencias resultan indiferentes, sin embargo, en algunos casos la ley hace esencial a determinado medio ya sea para la integración de la conducta o la agravación de la pena, como sucede en el delito de violación, por ejemplo, donde se establece el medio comisivo "mediante la violencia" física o moral.

e).- Referencia al objeto material. En éste punto se hace alusión al objeto material o corporal de la acción sobre la cual recae la conducta, las referencias al objeto en los tipos penales son frecuentes: sellos, marcas, mujer menor de dieciocho años, etc.

Ahora bien, en tratándose de los elementos normativos tenemos que son los *"presupuestos del injusto típico, que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de hecho. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo o bien cultural cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico"*. 9

Dentro de los tipos con elementos normativos, tenemos varios, por ejemplo en el delito de violación de correspondencia al abrir o interceptar "indebidamente" una comunicación escrita no dirigida a él; en el delito de desobediencia y resistencia de particulares al mencionar al que "sin causa legítima", se rehusara a prestar un servicio de interés público, etc.

9).- Op. Cit. Págs. 299 y 300.

En cuanto a los elementos subjetivos, vemos que son aquellos referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Éstos elementos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad, haciendo necesario el estudio de cada tipo en particular. *"La referencia a la culpabilidad es manifiesta con el uso de expresiones que aluden a la 'intención', al dolo de la gente, tales como 'voluntariamente, con intención, intencionalmente, maliciosamente, deliberadamente, a sabiendas', etcétera. Igualmente la referencia al 'móvil' revela la exigencia del tipo para comprobar la culpabilidad. El 'propósito o la finalidad', hacen clara la vinculación de los elementos subjetivos a la antijuridicidad (proponiéndose interés, propósito de causar perjuicio para fines propios o ajenos)."* 10

Ahora bien, en virtud de que en éstos elementos, se hace referencia en ocasiones a la antijuridicidad o a la culpabilidad, no podemos ubicar a éstas referencias subjetivas, de un momento a otro en el ámbito de tal o cual elemento, motivo por el que como ya mencione, en cuanto a éstas referencias deberán estudiarse los tipos en particular.

Como ejemplo de interpretación de los elementos objetivos, normativos y subjetivos de los tipos penales ilustraremos a continuación los siguientes:

En materia federal en cuanto a los delitos en materia de los derechos de autor, el Código Penal Federal establece en su artículo 426 lo siguiente:

ART. 426.- Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y de trescientos a tres días multa, en los casos siguientes:

II.- A quien realice con fines de lucro cualquier acto con la finalidad de descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal.

Elemento objetivo o material.- Cualquier acto tendiente a descifrar una señal de satélite cifrada.

Elemento normativo.- Portadora de programas, sin autorización del distribuidor.

Elementos subjetivo.- Con fines de lucro.

En cuanto al delito que contempla en Código de justicia Militar tenemos en el artículo 325 el siguiente ejemplo:

ART. 325.- Se castigara con cinco años de prisión al que, valiéndose de su posición en el ejercito, o de la fuerza armada, o aprovechándose en campaña del temor ocasionado por la guerra, y con objeto de una apropiación ilegítima, se haga entregar o arrebate del dominio ajeno, las cosas pertenecientes a los habitantes del lugar.

Elemento Objetivo.- Entrega o arrebato del dominio ajeno, de las cosas pertenecientes a los habitantes del lugar.

Elemento Normativo.- Valiéndose de su posición en el ejercito, o de la fuerza armada, o aprovechándose en campaña del temor ocasionado por la guerra.

Elemento Subjetivo.- Objeto de una apropiación ilegítima.

Dentro del fuero Común tenemos que el Código Penal para el Distrito Federal establece el delito de adulterio en su artículo 273.

ART. 273.- Se aplicara prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

Si nos basamos estrictamente en lo que refiere el normativo antes señalado, vemos que no define tal figura delictiva y por tanto carecería de los elementos Objetivos y Subjetivos, resultando estrictamente solo el elemento Normativo consistente en, El domicilio conyugal o con escándalo.

Sin embargo la Doctrina y la Jurisprudencia lo han definido como: La infidelidad de uno de los cónyuges sexualmente consumada, acontecida en el domicilio conyugal o con escándalo, así tenemos lo siguiente:

Elemento Objetivo.- Infidelidad sexual.

Elementos Normativo.- Uno o ambos de los activos debe tener la calidad de Cónyuge, y realizarlo en el domicilio conyugal o con escándalo.

Elemento Subjetivo.- No lo contiene.

El concepto del corpus delicti, fue desarrollado por Beling usado en leyes y códigos de ascendencia latina, perdurando en algunos hasta nuestros días. En un principio el concepto no se aparto del ámbito procesal identificándose con la prueba material del delito, posteriormente se le dio otro significado confundiéndolo con el objeto material del delito, como el hecho descrito en la ley, llegándose a confundir en ocasiones con el concepto de tipicidad.

En nuestro sistema jurídico el concepto de cuerpo del delito ha variado expresándose en términos diferentes hasta llegar a desaparecer de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con las reformas realizadas a los artículos 16 y 19 de la Suprema Legislación, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el viernes 03 de septiembre de 1993, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, incorporando nuevamente dicho concepto con las

reformas de 08 de marzo de 1999, en relación a los mismos artículos.

Sin embargo nuestro artículo 16 Constitucional no había sufrido reforma alguna, precisamente por su claridad tanto de redacción cuanto por lo profundo de su contenido, hasta llegar a ser uno de los más importantes artículos que consagran las garantías de los derechos del hombre, encontrando sus antecedentes desde la Constitución de Cádiz de 1812, viéndose con mayor claridad su espíritu de protección a las garantías de legalidad y seguridad jurídicas precisamente en los artículos 10, 11, 72 y 73 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de diciembre de 1822, siendo hasta el 1º de octubre de 1916 en la ciudad de Queretaro con el mensaje y proyecto de Venustiano Carranza en que casi quedo debidamente consolidado el texto del artículo a comento, como en la actualidad, y hasta antes de las reformas del 03 de septiembre de 1993.

Es suficiente observar los antecedentes de dicho dispositivo para advertir lo triste de la afirmación que hacen los diputados federales a la LV Legislatura del Congreso de la Unión en la exposición de la iniciativa para las reformas a los artículos de referencia de la Carta Magna, de fecha 30 de junio de 1993, donde se expone que lo que motiva a las mismas es, precisamente, el dar una mayor claridad al artículo 16 constitucional, (pero jamas mencionaron cual era la obscuridad del mismo, en que no era claro); asegurar la paz y la tranquilidad por el camino de la libertad; siempre con vistas a la protección de los derechos humanos, garantías individuales, administración rápida y expedita de la justicia, tanto en las etapas de investigación como durante el procedimiento judicial; regular lo correspondiente a la orden judicial de aprehensión, precisando los elementos de fondo que

deben de cumplirse para que la autoridad judicial pueda girar dicha orden; entre otras cosas.

Cómo es posible que en el año de 1993 no se pudiera tener evidentemente claro el artículo 16 de la Suprema Ley, siendo que desde la presentación y debate en el Congreso Constituyente de 1856 del antecedente del artículo 16 Constitucional donde se presentó como artículos 5 y 27 que corresponde al 16 de la Constitución de 1857, el señor ZARCO, defendió ilustremente la redacción insistiendo siempre con brillante intelectualidad que *“Las constituciones se escriben para el pueblo, deben estar al alcance de las inteligencias más pobres, han de ser entendidas sin necesidad de luminosos comentarios y el proyecto que hoy discutimos ha de servir de texto a las decisiones de los tribunales de último orden, a los fallos de los jurados, que el mismo proyecto quiere establecer. Yo confieso de buena fe que no pude entender el artículo, y la comisión no creería imposible que en los tribunales, en los agentes subalternos de la administración y en la masa del pueblo en lo general, haya inteligencias tan medianas como la mía. Que van ha quedar privadas de las glosas y comentarios que he tenido la fortuna de oír “*. 11).

Ahora bien, como ya se había establecido anteriormente, con el proyecto de Venustiano Carranza, con la presentación y debate del artículo 16 constitucional, en el Congreso Constituyente de 1916, en la 21ª sesión ordinaria celebrada la tarde del sábado 23 de diciembre de 1916, que fue aprobado el sábado 13 de enero de 1917, se estableció categóricamente, que como pilar del espíritu del artículo de referencia no se establecerían más requisitos innecesarios ni tecnicismos inentendibles, quedando la redacción del numeral a comento como estaba totalmente claro hasta antes de las reformas del 03 de septiembre de 1993, que a la letra decía:

11).- Op. Cit. Los Derechos del Pueblo Mexicano. Tomo IV. Manuel Porrúa S. A., Librería. México 1949. Pág. 18.

Art. 16.- "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. 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 inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirse, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia".

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

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

"En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir

alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente."

El texto reformado el 03 de septiembre de 1993, reza de la siguiente manera:

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

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

"La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición de juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal."

"En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público."

"Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder."

“En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.”

“Ningún indicado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; éste plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”

En toda orden de cateo.....

.....”

De ésta última transcripción se advierte que los requisitos que se exigen para el libramiento de una orden de aprehensión son, no solamente la denuncia, acusación o querrela, sino además que *existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado*. Es decir sé esta exigiendo la total comprobación de los elementos del tipo, no sólo la probable integración o comprobación de los mismos, exigencia totalmente irrazonable para llevarse a cabo en etapa de averiguación de un delito, exigible al ministerio público que no es autoridad judicial, y que no resolverá sobre la penalidad del individuo.

Sin embargo en el texto anterior a la reforma, sólo bastaba con la denuncia, acusación o querrela y con la declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hicieran probable la responsabilidad de inculpado; sin mayores requisitos ni tecnicismos innecesarios que daba en consecuencia, libertad a la autoridad para el libramiento de la orden de aprehensión fomentando con esto la pronta y expedita administración de la justicia.

La principal diferencia entre ambos textos es que el reformado en el año de 1993, exige que existan datos que acrediten los elementos del tipo penal que sean parte integrante del mismo y la probable responsabilidad del indiciado y no sólo la denuncia, acusación o querrela de un hecho delictuoso sancionado con pena corporal y la declaración bajo protesta de persona digna de fe, con otros datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del inculgado.

Ahora bien, entrando al estudio del artículo 19 constitucional, vemos que el antecedente más remoto en el cual ya se establecían los requisitos mínimos para la formal prisión de un individuo, se manifestaron en el artículo 9º, fracciones III y IV, del Proyecto de reformas a la Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la Ciudad de México el 30 de junio de 1840, en el que se establecían que "*Son derechos del mexicano*": "III.- Que no pueda ser detenido más de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por ésta más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión. IV.- Que pueda ser declarado formalmente preso, sin que preceda información sumaria, de lo cual resulte a lo menos semiplena prueba, de haber cometido algún delito".

El Texto original del artículo 19 de la Constitución de 1917, al igual que el artículo 16, no había sufrido modificación alguna, hasta antes de las reformas del 03 septiembre de 1993, y eran sustancialmente igual a los artículos del mismo número de la Constitución de 1857 y del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, que le sirvieron de modelo.

El texto original hasta antes de las reformas de 1993, era el siguiente:

Art. 19.- "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten."

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

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

Con las reformas del 03 de septiembre de 1993 quedo de la siguiente manera:

Art. 19.- "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indicado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad."

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

"Todo maltrato.

....."

De las últimas redacciones a los artículos reformados el 03 de septiembre de 1993, no se advierte que haya mayor claridad al artículo 16 constitucional, ni mucho menos se aseguró la paz y tranquilidad del pueblo, ya que la impunidad se hizo más evidente, así entonces exigiendo nuestra Suprema Ley, mayores requisitos o elementos de fondo a la Autoridad Judicial para que pueda obsequiarse una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, obstaculiza vehementemente la administración rápida y expedita de la justicia desprotegiendo la paz y la seguridad de los gobernados, es decir, las reformas antes mencionadas lejos de lograr su "cometido" resultaron contraproducentes.

En cuanto al anterior texto se advierte que nuestra Ley Suprema, sólo exigía mínimos requisitos para dictar el auto de formal prisión que eran los datos que arrojara la averiguación previa que deberían *ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado*. Sin embargo en el texto reformado en 1993, los requisitos fueron sumamente exigentes a la autoridad, ya que requería que se acreditaran, totalmente, los elementos del tipo penal de delito, es decir, ni siquiera la probable comprobación de los mismos; y la probable responsabilidad del detenido, dejando sin materia prácticamente al Juez instructor ya que todos los elementos necesarios para dictar una sentencia y actualizar la pena, los tendría que resolver la Autoridad Investigadora, fuera de instrucción, pareciendo que se trataba de un juicio sumarísimo por parte del Ministerio Público, y de igual forma antes de instrucción se pretendía

probar todos los elementos del tipo como son los objetivos, subjetivos y normativos, tarea pendiente para la emisión de una sentencia condenatoria como ya se menciona.

Empero, y tratando de corregir los errores de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 03 de septiembre de 1993, tanto al artículo 16 cuanto al 19 del Propio Código Político, el Presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León, envió, con fecha 09 de diciembre de 1997, a los ciudadanos Secretarios de la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, una propuesta de reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales, entre otros, en la cual establecía que la delincuencia ha venido aumentando a la luz de la legislación actual, ya que las autoridades procuradoras de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente a este fenómeno, a virtud de que ciertos requisitos de la ley limitan la actuación de la autoridad, quedando claro que no correspondían dichas reformas plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano, ni de las necesidades actuales de la sociedad.

Mostrando con dichas reformas el grado excesivo de exigencias probatorias impuestas al Ministerio Público desde la averiguación previa, para evitar el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente mayor delincuencia e impunidad. Dicha iniciativa propone, después de ver los peligrosos errores y las consecuencias sufridas por la sociedad, que en el artículo 16, para obtener la orden de aprehensión, se flexibilicen los requisitos, sugiriendo sea suficiente la acreditación de la "probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado," sustituyendo la acreditación de los elementos del tipo penal," al igual que en el artículo 19, poniendo en éste último, para el libramiento de un auto de formal prisión que se "acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal, y la probable responsabilidad del indicado".

En este sentido la Cámara de Senadores en Sesión celebrada el 10 de diciembre de 1997, publicada en el diario de debates el 1º de octubre de 1998, realizaron unos cambios a la iniciativa manifestando que rescatar el concepto "cuerpo del delito" e incorporarlo a las reformas del septiembre de 1993, era más apropiado que referirse a los elementos objetivos del tipo penal, considerando insuficiente acreditar la mera "probabilidad" de los elementos del tipo, con lo que sólo bastará para que se libre una orden de aprehensión, el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

En atención a lo anterior con fecha 08 de marzo de 1999, se reformaron varios artículos de la Constitución, entre ellos el 16 y 19, para quedar su texto como sigue:

Art. 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."

"....."

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

"Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de

formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrá al indiciado en libertad.”

“.....”

Claramente se advierte de éstas reformas, que insertan en el artículo 16 el concepto “cuerpo del delito”, son contrarios a los cambios de la iniciativa mencionada con anterioridad ya que para el libramiento de lo orden de aprehensión se estableció que únicamente era suficiente con acreditar la probable responsabilidad del indiciado, y no los datos que acrediten el cuerpo del delito, porque así volvemos al mismo problema planteado en el debate a la iniciativa de las reformas, puesto que, insisto, no se ha entendido plenamente los que se debe comprender por cuerpo del delito, y si nos ajustamos a lo que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos entendía por este concepto, tenemos que era el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita por la ley penal, olvidamos que también existen tipos penales carentes del elemento material el delito en cuanto a que el fraude es una de ellos y que el Máximo Tribunal también así lo ha expresado, como más adelante lo señalare.

Lo mejor hubiese sido no manosear nuestra Suprema Ley, con caprichos presidenciales, en los cuales es necesario una mayor conciencia de nuestros legisladores que sean acordes con la necesidad sustantiva y subjetiva de los derechos del gobernado y de la prioridad de los problemas de la sociedad actuales, y aplicar IC ET NUNC, la pronta y expedita administración de justicia, que se logrará definitivamente con una mayor conciencia y valor por parte de los diputados y senadores para que no consientan anomalías a nuestra Constitución ni cambien conceptos tan importantes de nuestra legislación antes de entenderse plenamente, levantando el dedo al presidente por un gesto amable a su mentón sin valorar la problemática de la delincuencia, la

impunidad e ineficiencia de algunas autoridades, aunado a ello la promulgación de la pereza mental hacia el estudio de nuestras instituciones Constitucionales.

El artículo 16 de la Constitución de 1917 es un de los preceptos de más rico contenido entre los que se consignan derechos públicos individuales. Su Importancia teórica y práctica corre pareja con la del artículo 14, alcanzando su tutela la mayor parte de los derechos públicos individuales que la Constitución otorga, de modo que la violación de las autoridades a cualquiera de éstos derechos implica también la de alguno de los concedidos por el artículo 16. Por tal razón éste es invocado cada vez que se solicita el Amparo y Protección de la Justicia Federal. Porqué cambiar entonces un artículo que su espíritu constitucional había otorgado un máximo de seguridad y administración de justicia y eficacia a nuestra sociedad durante 76 años de vigencia, tomando en cuenta desde la Constitución de 1917, ya que desde 1822 se luchó por un claro texto entendible para las más pobres de las mentalidades, insistiendo siempre en garantizar plenamente los derechos del hombre.

Asimismo el artículo 19 desde la Constitución de 1917 ha consagrado parte de las llamadas garantías del inculpado y del sentenciado, cuyo conjunto establecen los artículos del 14 al 23, concediendo varios derechos de libertad y seguridad que la persona puede hacer valer frente al Estado.

Por eso este trabajo habla del incomprensible concepto de El Cuerpo del Delito, ya que si éste fuera debidamente comprendido en un acuerdo unánime entre la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia, no hubiéramos entrado al problema tan apremiante que las reformas de 1993 dejaron en la historia de la sociedad exigente, con justa razón, de una protección necesariamente acorde y avanzada a la delincuencia, toda vez que ésta se encuentra cada vez más adelantada a la propia legislación que protege los derechos de los gobernados.

Habiendo establecido lo que nuestras reformas han hecho con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, podemos ahora examinar la forma como los Códigos Procesales han establecido lo concerniente a la comprobación de los elementos del tipo penal, de acuerdo a las reformas anteriormente aludidas, referentes al 03 tres de septiembre de 1993.

En nuestra legislación procesal, vemos que la regla general hasta antes de las reformas de 1993, para la acreditación del cuerpo del delito consistía en la comprobación de los elementos materiales del delito, observando concretamente cada figura delictiva, separando los elementos materiales de los que no lo son. Esta regla se estableció en los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Asimismo dicha regla se extendía al artículo 115 del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal, actualmente derogado, donde establecía que en todos los casos de robo, el cuerpo de delito se justificaría por alguno de los elementos siguientes :

I.- *"Por la comprobación de los elementos materiales del delito"*. En ese mismo sentido se establecía que el cuerpo de los delitos de fraude, abuso de confianza y peculado se comprobarían por los medios que para la acreditación del robo señalaban las fracciones I y II del artículo antes citado, es decir, por los elementos materiales y por la confesión.

Sin embargo, hemos de advertir que nuestra legislación procesal actual, tanto federal, cuanto común, adoptan de nueva cuenta y en asiduidad con el Pacto Federal el concepto del "cuerpo del delito", ya no se refieren únicamente a los "elementos del tipo penal", volviendo a la regla general que se tenía para la comprobación del concepto anterior, requiriendo

sólo la comprobación de la existencia de los elementos materiales, objetivos o externos del injusto.

Tanto el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como el 168 del Código Federal en las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el Lunes 10 de enero de 1994, establecían que :

ART. 122.- *"El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate ...dichos elementos son los siguientes:"*

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

"II.- 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".

Omitimos la transcripción del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, toda vez que se encuentra redactado en el mismo sentido en que se reformó el artículo antes citado.

Pues bien, al considerar nuestra legislación procesal penal también como elementos del tipo, los normativos y subjetivos, advertimos que en ese sentido establece que deberán estudiarse por separado o en forma particular cada tipo penal, pues así se desprende de ambos artículos al establecer "del delito de que se trate" o bien cuando establece

que los elementos se acreditarán “si el tipo lo requiere”, enumerando diversas circunstancias que ya forman parte de los elementos normativos y subjetivos específicos ya mencionados en los incisos f) y g) de los numerales anteriormente citados.

Todas las circunstancias que se mencionan en los artículos tantas veces referidos, se encuentran profundamente integrados a los elementos objetivos, normativos y subjetivos, creo, sin embargo, que el legislador para evitar confusiones de saber cuales circunstancias forman parte de los elementos anotados, se vio en la imperiosa necesidad de desglosarlos detalladamente.

Sin embargo el 03 de mayo de 1999 los legisladores reformaron, entre otros, los artículos 122 y 168 de los Códigos Sustantivos Penales común y federal, respectivamente, estableciendo la rigurosa regla para “mejorar” la comprobación de los elementos del tipo penal debiéndose estudiar en particular el tipo de que se trate sin hacer un estudio generalizado de ellos, puesto que si bien es cierto que contienen elementos objetivos, normativos y subjetivos, no menos cierto es que no todos los tipos penales contienen estos elementos, como ya quedo mencionado anteriormente.

El maestro Celestino Porte Petit ha manifestado que *“La tipicidad no debe concretarse únicamente y exclusivamente al elemento material porque puede contener el tipo además algún elemento normativo o subjetivo del injusto (a no ser que el tipo requiera solamente el elemento objetivo). Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Al respecto, recordemos las hipótesis del homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena (elementos objetivo); estupro, (elementos objetivo y normativo); Atentado al pudor (elementos objetivo y subjetivo del injusto), y abuso de confianza y robo (elementos objetivo, normativo y subjetivo del injusto), debiéndose observar que la tipicidad tendrá una mayor o menor extensión según el contenido del propio tipo”.* 12

12). Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A. Decimosexta Edición. México 1994. Pág. 332.

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, ha manifestado que *"Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito"*.¹³

De lo anterior debemos advertir que nuestro Máximo Tribunal no toma en cuenta en la ejecutoria anteriormente planteada los elementos normativos y subjetivos del injusto y por tanto de acuerdo a la actual legislación procesal penal, así como lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el anterior criterio jurisprudencial no podrá ser tomado en consideración. Sin embargo, como excepción a la regla, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que *"La comprobación del cuerpo del delito es la base del proceso penal; por lo tanto, no estando acreditados la totalidad de los elementos constitutivos del tipo delictivo, pero ni siquiera la modalidad del mismo no puede declararse la responsabilidad jurídico-penal"*.¹⁴

Una vez expuesto lo anterior y para encontrarnos en mejor apoyo a lo establecido por el maestro Celestino Porte Petit Candaudap, así como para romper con la anterior regla que se tenía para la comprobación del cuerpo del delito, observemos que de igual forma la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos advierte que no todos los tipos penales contienen la totalidad de los elementos objetivos, estableciendo su criterio de la siguiente manera: *"CUERPO DEL DELITO, NOCIÓN DE.- Su comprobación por medio de la confesión del acusado, en los casos en que la ley lo permite. El cuerpo del delito como noción procesal se reduce a la fase externa de la acción delictiva; es simplemente el comportamiento corporal que produce la lesión jurídica. Esta noción debe preferirse a la que mantiene la doctrina tradicional sosteniendo*

13).- Semanario Judicial de la Federación, JURISPRUDENCIA 672, Pág. 332. ACTUALIZACIÓN IV PENAL-14).- Tesis 883, A. D. 3110/1958. Unanimidad de Cuatro Votos. 1ª Sala. Boletín 1959. Pág. 141.

que es el conjunto de los elementos materiales descritos en la ley, pues en delitos como el fraude no existe elementos material alguno en la definición, ya que el engaño debe catalogarse como subjetivo y el lucro individuo como normativo, ello es, como elementos que implican una valoración cultural o jurídica". 15

Al respecto de lo anterior el maestro Fernando Arilla Bas expresa su opinión respecto del concepto de que se trata, afirmando que el cuerpo del delito se encuentra constituido *"por la realización histórica espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito"*. 16

En esa misma forma se ha expresado el maestro Francisco Pavón Vasconcelos al manifestar que *"por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos constitutivos de una particular figura delictiva, incluyendo aquellos de naturaleza normativa y aún los subjetivos, ya referidos a la ilicitud de la acción u omisión descritas o a la culpabilidad del autor"*. 17

En el texto del artículo 19 Constitucional anterior a las reformas del 08 de marzo del 1999, ya no se hablaba del cuerpo del delito sino de los elementos del tipo penal del delito, así como la probable responsabilidad del detenido, siendo claro a mi entender que ambas referencias expresan lo mismo, si se tiene presente que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos constitutivos de una particular figura delictiva, incluyendo aquellos de naturaleza normativa y aún los subjetivos ya referidos a la ilicitud de la acción u omisión descritas o a la culpabilidad del autor; en virtud de que la expresión cuerpo del delito, invocada por la Constitución antes de las reformas del 03 de septiembre de 1993 y en la

15). Tesis 893, A. D. 6337/1945. Unanimidad Cuatro Votos. Primera Sala, Pág. 16, Quinta Época. Tomo CXXX, Pág. 486.

16). El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos, S. A. De C. V. México 1986. Décima Edición. Pág. 78.

17). Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México 1994. Decimaprimer Edición. Pág. 290.

Constitución actualmente reformada el 08 de marzo de 1999, y por los Códigos Procesales, está empleada como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva descrita por el Código Penal o en una Ley Penal Especial, y aunque en algunos artículos la misma expresión se usa con relación al efecto material dejado por los delitos de hecho permanente después de su perpetración, o bien para referirse a cualquier huella de naturaleza real de la acción ejecutada, *corpus delicti* es expresión que en la Legislación de México se emplea para designar al hecho objetivo, permanente o transitorio comprendido en cada delito.

II. 4.- RELACION ENTRE TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

Como hemos observado con antelación, en la obra de Beling, el tipo sólo cumple una función descriptiva separándose de los elementos de antijuridicidad y culpabilidad. Al llevar a cabo la valoración de la acción, estamos precisando si la acción típica es injusta y si el autor es culpable,

de ahí que tanto la tipicidad cuanto la antijuridicidad son elementos independientes del delito, siendo necesaria la concurrencia de ambos para su integración.

La tipicidad y la antijuridicidad son cosas distintas, la ley penal castiga toda acción típica, antijurídica y que reúna los demás elementos del delito, el tratadista Pavón Vasconcelos citando a Jiménez de Asúa, refiere *"que lo injusto no es, como se creyó antes de MERKEL, divisible para ramos jurídicos, y puesto que no hay injusto penal la acción típica y la acción antijurídica no son la misma cosa, sino dos elementos independientes, de tal modo que puede una acción ser típica, por ajustarse de modo descriptivo en un artículo del Código Penal, y no ser antijurídica por existir causas de justificación y viceversa, ya que pueden existir hechos, por ejemplo de estafa, que no puede sancionarse por no ceñirse al tipo descriptivo en la ley. Cree Beling que la separación de esas dos características, antijuridicidad y tipicidad es de sumo interés y en algunos casos reviste particular trascendencia..."* 18

La tipicidad y la antijuridicidad en ocasiones se relacionan, por lo que podemos afirmar que la tipicidad en el más puro sentido es la simple descripción objetiva del hecho, nada tiene que ver con la antijuridicidad y la culpabilidad, así por ejemplo, podemos advertir que una cosa es que aparezca un hombre muerto y otra es que la muerte haya sido producida por culpa o dolo, o que ese homicidio sea o no antijurídico por existir legítima defensa.

Por lo anterior podemos decir que la tipicidad y la antijuridicidad no se identifican, sino que se relacionan y en ocasiones hasta se condicionan.

18).- Idem. 296.

Al igual que Beling, Mayer sitúa a la tipicidad independiente de la antijuridicidad, señalando que la tipicidad es "Ratio Assendi" de la antijuridicidad.

Mezger por su parte nos dice que la tipicidad constituye el fundamento esencial de la antijuridicidad, queriendo así superar lo expresado por Beling y Mayer, el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente. Esta concepción es la consecuencia natural de la definición del delito, por considerar a éste como la acción típicamente antijurídica y culpable.

Sin embargo el maestro Franco Guzmán proclama su posición contraria a la de Mezger al manifestar que *"En el desarrollo histórico del delito, la antijuridicidad es ratio assendi de la tipicidad, aunque no sea así en el proceso mental que recorre desde el surgimiento del hecho hasta su calificación del delito en cuya situación la tipicidad es ratio assendi de la antijuridicidad de la acción. Lo que acontece es que se confunden los momentos lógicos de la formación del delito, se hace tortuoso el camino que el cerebro recorre desde que se produce el hecho natural hasta que el delito se encuentra plenamente tomado"*.¹⁹

Por su parte el maestro Luis Jiménez de Asúa ha expresado que *"Es indispensable el mantenimiento de la tipicidad y la antijuridicidad, como caracteres funcionales que, si bien forman a la postre el todo conceptual llamando delito, son capaces de ser distinguidos separadamente, ya que cada uno posee función propia en la diversidad armónica del conjunto"*; ²⁰ en tal sentido, la tipicidad tiene función enteramente descriptiva, se haya relacionada a la antijuridicidad por concentrarla en tal ámbito penal y tiene además funcionamiento indiciario de su existencia.

19).- Op. Cit. Pág. 298.

20).- La Ley y el Delito. Editorial La Ley. Buenos Aires 1942. Segunda Edición. Pág. 252.

LA ESTRUCTURA SUSTANCIAL DEL TIPO

CAPITULO III

SUMARIO.- III. 1.- Su Concepto. III. 2.- Requisitos Integrantes del Tipo. III. 3.- Clasificación del Tipo. III. 4.- Presupuesto Normativos que Amplifican el Tipo. A) La Tentativa, B) La Participación. III. 5.- El Apotegma Nullum Crimen sine Lege.

III. 1.- SU CONCEPTO

La expresión "tipo" del latín "tipus" se encuentra de tal manera ligada al Derecho Penal, al grado tal que es prácticamente imposible concebir el concepto del delito sin la presencia de aquél; pues es imprescindible que la conducta antijurídica a de ser típica, es decir, adecuada y subsumible en un tipo penal. Es así como Beling concibe que el ordenamiento penal es un catálogo de tipos delictivos y la tipicidad es la adecuación al catálogo que necesariamente debe tener la conducta penal.

La teoría del tipo penal, penetra en el campo del derecho encausada por el tratadista Beling en 1906, pues lo considera como *"La suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito"*.¹

1).- Mariano Jiménez Huerta. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S. A. México 1955. Pág. 24

Con anterioridad a los trabajos de Beling, se pensó que la noción del tipo tiene su fuente u origen en el "*Corpus Delicti*", con el equívoco que dentro del mismo se circunscribían los elementos endógenos y exógenos sin existir diferenciación entre ambos. El mismo Beling en un principio no reconoce ésta escisión que debía existir en la hipótesis del tipo, sino que años después, en 1930, al reformar su obra, rectifica sus supuestos, en los cuales coloca como piedra angular la idea de separación entre tipo y la especie delictiva. Dentro de esa última quedarían encuadrados y circunscritos todos aquellos elementos de naturaleza externa, y por ende objetivos, como la antijuridicidad y los subjetivos como la culpabilidad.

Estos elementos en forma conjunta caminan hacia una imagen unitaria que Beling concibe con el nombre de "tipo" y así, para él viene a ser el cuadro dominante que nombra y preside cada especie delictiva.

Aun a pesar de los brillantes trabajos verificados por el maestro Beling vinculados con la doctrina del tipo, no lograron penetrar en la mente de los estudiosos de la materia, pues alegan éstos, que al tratar de valerse del "esquema rector" para lograr la adecuación típica de la tentativa y la participación, sería tanto como manifestar nugatoriamente los adelantos y progresos que el derecho penal ha dado al consagrar en la parte general de los códigos penales; y continúan diciendo que son las "ratio assendi" de su misma existencia y deben ser permanentes, es tanto como querer colocarse en contra de la misma naturaleza de las cosas.

quienes han dedicado especial estudio de la teoría de la tipicidad y del tipo, siempre han fundamentado su tesis en la teoría del "corpus delicti", por considerarlo base esencial en el desarrollo del tema, como ya quedo asentado en el capítulo precedente lo concerniente a éste último concepto. *"El tipo es, pues, el injusto recogido y descrito en la ley penal. El tipo delictivo concreta la antijuridicidad y el corpus delicti corporifica el delito"*. 2

Al tipo penal le han señalado dos significaciones de importancia: la función concretizadora de la antijuridicidad, y la función expositiva de la externa singularidad de cada delito, constituido por la acción o la omisión, es decir, pone en relieve la forma que el comportamiento antijurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo. Esa función concretizadora del tipo ha sido postulada universalmente, teniendo así que el tipo penal funciona como descripción que concretiza lo injusto, que las acciones de matar, violar, dañar y los demás similares, no son elementos del tipo solamente en el estricto sentido de determinar el hecho, sino por el significado que tiene en referencia a un ordenamiento ético social. El tipo, como presupuesto sólido de la antijuridicidad, es dispositivo necesario para la procedencia de ésta.

De lo anterior debemos percatarnos que existen múltiples definiciones de lo que es el tipo, el tratadista Edmundo Mezger nos dice que *"en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal"*. 3 Para el maestro Ignacio Villalobos el tipo es *"la descripción del acto o hecho injusto o antisocial en su aspecto objetivo y externo"*. 4

2).- Idem. Pág. 41.

3).- Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid 1955. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Pág. 366.

4).- Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México 1960. Pág. 258.

Sin embargo para el profesor Jiménez de Asúa, el tipo es *"la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"*, es decir, observa que el tipo legal concreta o indica lo injusto, por ser éste anterior a aquél, lo antijurídico precede en el tiempo a su descripción, *"sin que el hecho sea injusto, o sin que aparezca en aquél instante como injusto, no puede acuñarse un tipo legal penal...lo concreta cuando, como ocurre en la inmensa mayoría de las cosas, la antijuridicidad precede cronológicamente a la descripción típica de los que por injusto, ha de ser punible"*. 6)

De igual forma, el jurista Jiménez Huerta nos dice que el tipo es el *"injusto recogido y descrito en la ley penal"*. 7) El concepto referido por el maestro de que el tipo penal concretiza la antijuridicidad a los efectos penales, es la *"creación que dinámicamente realiza el legislador durante el proceso normativo de la ley y estáticamente queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos y como norte y guía del juez"*. 8)

Actualmente no se duda de la función que de la antijuridicidad realiza el tipo, puesto que como lo ha destacado Jiménez Huerta, el propio Beling, que tanto se aferro al criterio objetivo del tipo, necesariamente tuvo que reconocer que la tipicidad va unida a lo injusto, pues los tipos del delito son ante todo tipos antijurídicos.

En ese mismo orden de ideas, el

5).- Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires 1951. Págs. 654 y 680.

6).- Idem.

7).- La Tipicidad, Editorial Porrúa, S. A. México 1955. Págs. 31 y 42.

8).- Idem.

maestro Francisco Pavón Vasconcelos, ha escrito que el tipo legal *"es la descripción concreta hecha por la ley penal de una conducta a lo que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al concretarse a ella una sanción penal". 9*

Desde hace bastante tiempo ha sido observado el carácter concretizador de lo injusto, por parte del tipo penal tomando en cuenta que el legislador solamente crea los tipos penales configurando conductas estimadas como posiblemente antijurídicas, ya que carecería de todo sentido realizar tipos en donde existieran conductas diferentes o neutras.

III. 2.- REQUISITOS INTEGRANTES DEL TIPO

Siguiendo la opinión del maestro Mariano Jiménez Huerta, el tipo delictivo da la existencia de un sujeto activo primario, una conducta externa y un bien jurídico tutelado.

El primero de los requisitos señalados se refiere al autor o sujeto, que administrados al tipo penal que describe la conducta antijurídica encuentra aplicación a lo señalado por la norma. Debemos entender que no cualquier persona que con su conducta haya cooperado a la realización de un delito, es el sujeto activo primario, sino solamente aquél que haya

ejecutado el acto típico. Debemos pues, diferenciar al sujeto activo de los que en la doctrina se conocen como sujetos secundarios y que aparecen posteriormente cuando el tipo penal produce su amplificación.

La ley no señala la dificultad de que puede existir un consorcio de sujetos activos primarios, y en tal caso, nos enfrentaríamos a lo que en la ley y en la doctrina se conoce con el nombre de coautoría. No reviste importancia alguna desde el punto de vista penal, que el sujeto activo primario utilice, al transgredir la norma penal, el empleo de fuerzas o medios no naturales, sino que por el contrario, únicamente, el sujeto se sirve de los requisitos que apuntamos para la realización de la conducta antijurídica.

Los seres racionales quedan circunscritos en un sentido abstracto en el concepto, sujeto activo, a que hacen referencia los tipos penales, sin embargo, el anterior principio sufre una leve modificación cuando la ley señala como sujeto activo primario a un núcleo de individuos que por sus condiciones y circunstancias quedan comprendidos en el círculo que la misma ley describe. Es así como afloran los delitos propios o especiales, llamados así mismo particulares o exclusivos, a contrario sensu de los delitos comunes que pueden ser perpetrados por cualquier persona, ejemplo de aquellos tenemos los delitos cometidos por abogados, médicos, etc.

Citando al maestro Jiménez Huerta, quien a su vez se encuentra en concordancia a lo dicho por Florian, diremos que las cualidades personales del sujeto activo pueden ser personales y jurídicas, las naturales son aquellas

situaciones de hecho que implican su origen en la vida fisiológica, por ejemplo, en los delitos cometidos entre ascendientes o descendientes y las jurídicas que son a aquellas que se encuentran en estrecho nexo por una situación creada por el derecho, por ejemplo, la de funcionarios o empleados públicos, contenido entre otros en el artículo 22 del Código Penal.

En tal sentido es de recomendarse que para esclarecer un delito, no basta únicamente el fijarse la impresión de la ley, sino que habrá necesidad de hacer un minucioso examen del tipo, a efecto de indagar si se trata de un delito común o de un delito propio, como ejemplo de éste último tenemos el abandono de personas contenido en el artículo 336 del Código citado, en virtud de que, el sujeto activo de dicho delito sólo podrá ser aquél que tiene la obligación de cuidar a esas personas. En el delito propio, la cualidad del sujeto, se objetivisa en la conducta antijurídica que es tipificada en la ley, en tal sentido el sujeto activo, *"no representa otra cosa que la valoración hecha por la norma de la posición en que el sujeto se encuentra respecto al bien tutelado"*.¹⁰

Considero necesario subrayar que en la generalidad de las cosas, los delitos son perpetrados por un solo agente, pero en otros casos observamos la concurrencia de varios sujetos, como acontece por ejemplo en la sedición, motín, etc., a los primeros, Grisigni los denomina monosubjetivos, y a los segundos plurisubjetivos; a estos últimos Mezger les da el nombre de concurso subdivisión, de encuentro, cuando hay intervención de dos o más personas y coinciden en la realización del fin propuesto; y de convergencia cuando hay colaboración de varios sujetos hacia un fin común. Cuando en el tipo plurisubjetivo concurre una de las personas como simple sujeto material, en la realidad nos encontramos ante un delito monosubjetivo.

10).- Mariano Jiménez Huerta. *La Tipicidad*. Editorial Porrúa, S. A. México 1955. Pág. 57.

En virtud de lo anterior debemos distinguir lo que es un autor material, autor intelectual y autor por cooperación. El primero es aquél que físicamente ejecuta el acto descrito concretamente en la ley penal (artículo 13 Fracción II del C.P.D.F.). El autor intelectual es aquél que induce, instiga o determina a otro a cometer el delito (artículo 13 fracción V del C.P.), y por último el autor cooperador, que es aquél que presta un auxilio de carácter necesario para llegar al fin propuesto.

El autor mediato es aquél que para realizar el delito se vale de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser inimputable. El autor inmediato es el que ejecuta la acción expresada por el tipo en la figura delictiva.

Otro de los requisitos integrantes del tipo penal lo constituye la conducta externa.

La conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntarias. Es por ello que el derecho pretende regular la conducta humana, es decir, el comportamiento exterior del ser humano, y no su pensamiento, ya que con aquél y no con éste es como se produce un cambio en el mundo de relación.

Dentro de la conducta externa debemos distinguir la existencia de elementos descriptivos, en razón de que el tipo penal es por naturaleza de esa índole; en

el que se detalle la conducta antijurídica que recoge, y es por eso que en la parte especial de los Códigos Penales nos encontramos con la existencia de conductas descritas objetivamente, he aquí la necesidad de la existencia de la descripción de los tipos penales en cada Código, cuya ausencia traería como resultado la negación al apotegma "nullum crimen sine lege".

Conjuntamente con las descripciones realizadas por los ordenamientos penales, aparecen las modalidades o referencias de la acción, las cuales tienen fuertes lazos con el sujeto pasivo, con un tercero, con el objeto, etc., empero debemos indicar que no siempre la conducta objetiva y abstracta describe o concretiza el injusto, pues tenemos por ejemplo, el caso del adulterio, donde no se describe, en ese precepto, el delito o su antijuridicidad, sino que se requiere la necesidad de la doctrina a fin de obtener su definición o su descripción.

Las formas en las cuales se manifiesta la conducta son a través de la acción y la omisión, que tienen última conexión con un factor psíquico, es decir, con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad expresada. Casi únicamente se advierte que toda conducta debe ser voluntaria, o sea que sin voluntad no hay conducta, es decir como vemos pues, que el derecho regulará la conducta externa del ser humano y no el pensamiento del mismo, la conducta requiere para su exteriorización la voluntad y ésta a su vez requiere de una finalidad, puesto que sin esto último, voluntad y finalidad, sólo tendríamos el deseo y no el querer, *"El que quiere tiene voluntad, se mueve hacia el resultado; el que "desea", sólo espera el resultado, del que se alegra si sobreviene".* 11

11).- Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. Cuarta Edición. Buenos Aires Argentina 1985. Pág. 360.

De esta manera, vemos que las formas en que se puede expresar la voluntad la constituyen la acción y la omisión. *“La acción constituye en la conducta positiva, exteriorizada a través de un hacer, una actividad, un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales de carácter voluntario que, en el ámbito normativo, se traduce en la violación de una norma prohibitiva. La omisión por el contrario es conducta negativa, es inactividad o no hacer que viola una norma preceptiva (omisión simple, omisión de un mandato de hacer) o bien una norma preceptiva y una norma prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión, por existir una doble violación; un mandato de hacer y un mandato de no hacer)”*. 12

No podemos ni podríamos desconocer que el bien jurídico a cuya tutela esta destinada una norma penal es de vital importancia en la formación del mismo tipo, un bien jurídico protegido debe ocupar un lugar primordial como requisito del tipo penal, dado que la no existencia de éste vendría a dar fin con las aspiraciones ideológicas de todo ordenamiento punitivo. Sin embargo, hay quienes son conformes en que el bien jurídico tutelado integre al tipo como uno de sus elementos. Crispigni, ha consolidado su opinión en ese sentido; pero al concluir su doctrina se apresura a reconocer que el bien jurídico es el punto de partida o el faro que alumbra el camino por el cual debe desenvolverse el Derecho Penal de cualquier país.

Para conocer con certeza el significado y alcance de la norma penal, es menester, enterarnos de la necesidad o influjo que dentro de cada tipo representa el bien jurídicamente tutelado. Debemos, por tanto, reconocer que la creación de los tipos penales ha sido originado con motivo de la protección al valor de la vida social, teniendo como objeto mediante la aplicación de la pena, el garantizar dicho bien jurídico.

No hay norma penal incriminadora que no este designada a la tutela de un valor y que no tenga por fin la tutela de un bien jurídico.

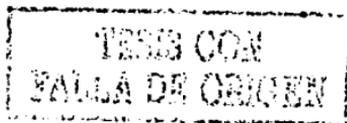
Así tenemos que en las figuras de robo, homicidio, y calumnias, los bienes jurídicamente protegidos los constituyen aparentemente la propiedad, la vida y el honor, sin embargo el bien jurídicamente tutelado no es la cosa en sí mismo, sino la relación de disponibilidad de la cosa, por ejemplo, decir que el honor no es un bien jurídico es cierto, toda vez que propiamente el bien jurídico no es el honor, sino el disponer de éste, así tampoco la propiedad es un bien jurídico, sino el derecho a disponer de los derechos patrimoniales, etcétera.

"Existen ciertos entes por los que el legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, lo que los hace ser considerados jurídicamente como bienes (bienes jurídicos) y que cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una pena "penal", los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados".¹³

Como concepto del bien jurídico penalmente tutelado tenemos que *"es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan".¹⁴*

13).- Op. Cit. Zaffaroni, Pág. 409.

14).- Idem. Pág. 410.



En esa virtud no podemos concebir una conducta típica sin que la misma afecte un bien jurídico, ya que los tipos penales no son otra cosa que manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes, desempeñando de esa forma el bien jurídico tutelado el papel central en la teoría del tipo.

No podemos desconocer, que el bien jurídico a cuya tutela está destinada una norma penal es de vital importancia en la formación del mismo tipo, pues carecería de la finalidad para lo cual fue creado. Un bien jurídico protegido debe ocupar un lugar primordial como requisito del tipo penal, dado que la no existencia de éste vendría a dar fin con las aspiraciones ideológicas de todo ordenamiento punitivo. Sin embargo hay quienes se han opuesto a que el bien jurídico tutelado integre al tipo como uno de sus requisitos indispensables.

Grispigni, ha consolidado su opinión en este sentido; pero al concluir su doctrina se apresura a reconocer que el bien jurídico es el punto de partida por el cual debe desenvolverse del Derecho Penal en cualquier país.

III. 3.- CLASIFICACION DEL TIPO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que *"Desde un punto de vista doctrinario la relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: Básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón >>de su índole fundamental<< y por tener plena independencia; los especiales >>suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a*

subsumir los hechos bajo el tipo especial<<, de tal manera que éste elimina el básico; por último los tipos complementarios >>presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan<<. Como ejemplos para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico, el homicidio calificado como un tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia >>al sujeto activo<<, de tal manera que sólo pueden cometer éste delito aquellos que reúnan las condiciones o >>referencias típicas en el sujeto<<; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal calidad". 15

El maestro Jiménez Huerta en su libro "La Tipicidad", ha clasificado a los tipos penales atendiendo a su ordenación metodológica, en torno al alcance y sentido de la tutela penal y en torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados.

Por regla general los tipos penales, aparecen ordenados en los códigos en títulos por separado, atendiendo al bien jurídico que protegen; tenemos delitos contra la vida y la integridad personal, contra la paz y la seguridad de las personas, contra el honor, etc. Dentro de cada título o rubro en el que aparecen descritos se agrupan diversas especies, que si bien se hayan tutelando genéricamente un bien jurídico, descienden a lo específico; de allí la división en básicos, especiales y complementarios.

Los tipos básicos son aquellos en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito, es decir, no deriva de tipo alguno y es totalmente independiente su existencia a la de cualquier otro tipo, no contiene circunstancia que agrave o atenúe la pena.

15).- Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV, Sexta Época, Segunda Parte. P. 68.

En cuanto a los tipos especiales y complementarios, se caracterizan por la peculiaridad de aumento o disminución en la intensidad en que es transgredida la norma, tutelan el mismo bien jurídico protegido en el tipo básico.

Los especiales se forman de manera autónoma, agregándose al tipo fundamental otro requisito, pudiendo ser privilegiados o cualificados; en el primer caso cuando agrega otro requisito al tipo fundamental, implicaría disminución o atenuación de la pena, en el segundo un aumento o agravación de la misma.

El tipo complementado también es llamado circunstanciado o subordinado, y es aquél que para su existencia necesita del tipo fundamental o básico, agregándosele una circunstancia sin que se origine un delito autónomo. El maestro Jiménez de Asúa dice que *"el tipo complementado presupone la aplicación del tipo básico que se ha de incorporar a aquél."*¹⁶

De igual forma que los tipos especiales, los tipos complementados, se dividen en privilegiados y cualificados, en el primero de los casos la circunstancia que se le añade, lo atenúa; y en el segundo caso dicha circunstancia se le agrega agravándolo, como ejemplo tenemos en el caso de homicidio en riña o duelo a que se refiere el artículo 308 Código Penal para el Distrito Federal, constituiría un tipo complementado privilegiado; y en el caso de homicidio cometido con los agravantes de premeditación, alevosía, ventaja o traición, nos encontraremos con un tipo complementado agravado o calificado, (Artículos 315, bis al 319 del Código Penal para el D.F.).

16.- Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires 1951. Pág. 70.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Empero, no debemos olvidar los tipos independientes o autónomos, que son aquellos que tienen existencia autónoma o independiente, es decir, es aquel *"que agota la descripción individualizada de la conducta en sí mismo, sin que sea necesario acudir a otro tipo para hacerlo"*.¹⁷

En atención al alcance y sentido de la tutela penal, los tipos se dividen en "de daño y de peligro". El legislador ha tomado en cuenta, no sólo las conductas que producen daño en el bien jurídico, sino también las conductas que implican un probable daño a los bienes jurídicamente protegidos, es aquí, donde el concepto de "peligro" juega un importantísimo papel en la elaboración de los tipos penales.

El legislador, al elaborar la Ley Penal, a fin de dar la mayor protección a los intereses del individuo, confecciona tipos delictivos con las conductas que observan un peligro y un daño, es entonces cuando está creando diferenciación de los conceptos que estamos tratando; se entiende por daño la ofensa a un determinado objeto perteneciente al tipo, como por ejemplo la muerte de un hombre en el homicidio, en cambio en el de peligro se hace correr un riesgo al objeto protegido como bien o interés jurídico.

No debemos olvidar que cuando son varios los intereses protegidos por los tipos penales, se les denomina complejos y cuando sólo protegen un solo bien se les denomina simples.

17).- Op. Cit. Zaffaroni. Pág. 253.

III. 4.- PRESUPUESTOS NORMATIVOS QUE AMPLIFICAN EL TIPO

La apreciación que el tipo penal nos brinda, nunca es de carácter cerrado como se nos presenta al observar las conductas que encierran las figuras delictivas que quedan comprendidas en los Códigos Penales; sino que si profundizamos un poco en su observación, percibiremos de inmediato que el tipo penal amplifica sus proyecciones hacia personas y conductas distintas a las que en el mismo se mencionan. Es aquí donde aparece lo que nosotros denominamos presupuestos normativos amplificadores del tipo penal, que tienen su fuente de origen en la clasificación formulada por Beling en tipos delictivos autónomos y subordinados.

La aparición de estas formas de ampliación del tipo surgen como consecuencia lógica de la necesidad jurídica de sancionar aquellas conductas que sin implicar la realización del tipo, producen la ejecución de actos delictivos.

Los presupuestos a que he venido aludiendo, son dos en el Derecho Penal Mexicano y se conciben en las figuras de "tentativa y participación"; éstos presupuestos presentan matices bien definidos: la tentativa tiene un carácter enteramente objetivo, es decir, tiene como base la realización de una conducta que yendo dirigida a su ejecución, encara un momento anterior al que describe el tipo; en cambio la participación, tiene un matiz acentuadamente personal. Con los presupuestos mencionados logra el legislador la punibilidad de conductas dada la circunstancia de que al no estar penalmente delineadas en los Códigos daría como resultado la no actividad de la acción penal.

La tentativa tiene una eficacia extensiva alargando la proyección de hechos que son descritos en el tipo y en los cuales el agente no los realiza plenamente, pero si realiza actos idóneos a la ejecución del mismo. La tentativa y la codelincuencia son formas de adecuación típica o causas de extensión de la pena.

La necesidad de la existencia de éstos amplificadores penales, obedece a la técnica legislativa seguida en la elaboración de la Ley. Bien pudo ser posible que el legislador creara al lado de cada tipo penal un tipo delictivo con su tentativa o participación, pero sin embargo, ha establecido por separado éstos dos presupuestos, dejando al arbitrio del juzgador su relación valorativa en consonancia con cada figura delictiva concreta.

a).- La naturaleza del presupuesto de la tentativa es accesoria en virtud de que únicamente funciona cuando se conecta con un tipo. Carnelutti ha afirmado que se trata de un delito secundario que desaparece cuando se adecua la conducta antijurídica al tipo autónomo. Su fundamentación la encontramos como antes lo hemos dicho, para encuadrar dentro del tipo penal aquellas conductas que por efectos ajenos al agente, no se realizarían y quedarían impunes.

La tentativa en sí encierra un peligro y por tanto debe castigarse, Carrara manifiesta que la tentativa agrede al derecho y por eso lo ha puesto en peligro, calificándola como un delito imperfecto.

Varios autores coinciden en llamar a la tentativa delito imperfecto, puesto que falta el acto material de la consumación del delito. El maestro Eusebio Gómez consideró que la tentativa no constituye delito, toda vez que está referida a un delito determinado, cuya ejecución a comenzado sin llegar a la consumación.

Ahora bien, todo concepto de tentativa debe darse en razón o en función del delito perfecto o consumado, de ahí que varios autores coincidan en la definición de que jurídicamente la tentativa debe ser considerada como un delito imperfecto, y por tanto ésta constituye en sí misma un delito consumado, pues es una figura con caracteres propios y punibles. Maggiore dice que la tentativa es *"un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por irrealización del resultado"*.¹⁸

En el Código Penal de 1871, se establecieron diversos grados del delito con penalidades distintas, distinguiendo al conato como la ejecución de uno o más hechos, encaminados directa o inmediatamente a la consumación pero sin llegar al acto que la constituye; el intentado, en que se llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean, y el frustrado, en que se llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación, si esta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente.

Nuestro actual Código Penal, define a la tentativa desarrollando una fórmula en la cual comprende las manifestaciones delictivas incompletas. Dentro del artículo 12 se

18).- Derecho Penal. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá, Pág. 77

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

encierra tanto el conato material con ejecución de hechos dirigidos inmediata y directamente al delito, cuanto el antiguo grado de frustración, así como también ciertos delitos imposibles en que la peligrosidad del sujeto activo se revela por la ejecución de medios adecuados para la realización del delito.

Algo muy importante se debe advertir, puesto que por ser criterio equivocado, los actos de pura preparación quedan excluidos de la actualización de la represión penal, salvo que en sí mismos constituyan un delito. Tampoco es punible aquella tentativa inacabada por causas propias de la voluntad del agente, es decir, por desistimiento o arrepentimiento de la conducta criminal que conducía a la ejecución del delito.

Así pues, observemos que las acciones inconsumadas, que en un principio tendieron a la realización criminal, carecerían de carácter delictuoso de no ser contempladas por la figura de la tentativa, la cual sanciona el acto que tiende a la lesión sin obtenerla. De esto, dice el maestro J. Ramón Palacios, se deduce, "a) *Que la tentativa requiere una norma específica que prevea la actividad para poder incriminarla; b) Que la norma de la tentativa es accesoria de la norma principal y representa un grado menor de esta, pero al mismo tiempo es un título autónomo -tentativa, frustración-, pero jamás tiene vida por sí, y c) En nuestro régimen jurídico, la tentativa debe recibir previsión legal*".¹⁹

En atención a lo anterior vemos que el delito tentado cuenta con tres elementos uno moral o subjetivo, otro material u objetivo y por último un resultado no verificado. El primero de ellos consiste en la intención dirigida a

19).- La Tentativa, El Mínimo de Ilícitud Penal, Imprenta Universitaria, México 1951. Pág. 29.

cometer un delito, el segundo consiste en la manifestación de la voluntad, en un acto idóneo traducido al mundo externo para producir el resultado propuesto.

El Código Penal para el Distrito Federal, antes de su reforma manifestaba en su artículo 12 que la tentativa es punible: "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Sin embargo si se toma en cuenta en el sentido estricto el vocablo "ejecución", vemos que se estaría omitiendo la tentativa en los delitos de comisión por omisión o de omisión simple, pues las palabras "directa e inmediatamente" hacían referencia a la dirección expresa de los hechos ejecutados, viendo que no se distinguía en esa redacción entre el principio de ejecución o inejecución, en los delitos omitivos.

Más tarde con el nuevo texto del artículo 12 del código Penal reformado, se abarca también a la tentativa en los delitos de comisión por omisión, pues manifiesta que existe la tentativa punible "cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que debería producir el resultado, u omitiendo los que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", aquí se distingue entre el principio de ejecución o inejecución de la conducta, subsanándose con esta relación la omisión del artículo anterior, haciéndose alusión en este caso tanto a la tentativa propia y al delito frustrado.

Ahora bien, el principio de la punición de la tentativa lo encontramos en el artículo 63 del Código Penal, donde menciona que la penalidad para el caso de tentativa, será *"hasta las dos terceras partes de la sanción que se le deberá imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar"* y cuando no pudiera determinarse el daño que se quiso causar se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada anteriormente.

De acuerdo al artículo 51 de la ley penal, deja al arbitrio del juzgador la aplicación de las sanciones, atendiendo en los casos de tentativa a las circunstancias objetivas de la comisión y subjetivas del agente. Ello nos lleva a afirmar que el artículo 12 en su parte final, condiciona el arbitrio para la individualización de las penas, a la culpabilidad del actor y al grado a que hubiese llegado éste en la ejecución del delito.

Es por lo anterior que el fundamento de la punición de la tentativa lo encontramos en *"el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se viola la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes"*. 20

b).- En ocasiones la naturaleza de varios delitos requiere la pluralidad de sujetos, sin embargo en la mayoría de los casos sólo se requiere la actividad de un solo

individuo, distinguiéndose éstos delitos unisubsistentes o monosubjetivos, de aquellos delitos unisubsistentes o plurisubjetivos en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos, donde en éste último la descripción legal de la conducta admite la comisión del delito por pluralidad de personas.

Ahora bien, existe concurso necesario cuando la norma penal exige la participación de varias personas, empero cuando la norma penal o tipo, no reúne tal exigencia, nos encontramos con un concurso eventual o participación propia, v. gr., en el delito de asociación delictuosa, como delito plurisubjetivo nos encontramos ante un concurso necesario, en virtud de que los participantes de ese ilícito penal tienen el carácter necesariamente de autores, en cambio en el homicidio, cuando intervienen varias personas desarrollando su actividad con unidad de propósito dan existencia al concurso eventual o participación delictuosa.

En la práctica cuando dos o más sujetos *"conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de participación. Consisten en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad"*.²¹

Existen diferentes formas de participación, según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

Según el grado la participación puede

21).- Idem. Pág. 283.

ser parcial o accesoria, refiriéndose la primera a la consumación del delito y la segunda a la preparación del mismo.

Según la calidad puede ser moral o física, encontrando que en la primera, la determinación tiene naturaleza psíquica o moral y se efectúa en la fase de ideación del delito, mientras que la segunda se realiza dentro de la fase subjetiva o material, encontrando materializada la conducta o el aporte del partícipe en el delito.

Dentro de la participación moral se encuentra la instigación que se considera la principal forma de concurso moral consistente tanto en la comunicación de propósito delictivo, cuanto en determinar a otro a delinquir. El instigador *"quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar un hecho a través de la psique de otro, determinando a éste en la resolución de ejecutarlo"*.²² A Su vez, la instigación comprende el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

Dentro de ésta participación moral, encontramos también la determinación o provocación que sucede cuando un sujeto aprovecha únicamente la idea ya existente en otro, realizando actos con fuerza de convencimiento para forzar la idea inicial y orillarlos a la ejecución del delito.

Para el maestro Villalobos, los autores intelectuales son aquellos que el derecho ha considerado

22).- Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. Buenos Aires 1951. Pág. 291.

como los sujetos que "no realizan por sí un delito, pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido". 23

Cuando se encarga o se encomienda a otro la ejecución de delito para el beneficio exclusivo del que ordena, nos encontramos en presencia del mandato. La orden la encontramos como una forma de mandato impuesta por el superior al inferior con abuso de su autoridad; cuando el mandato se apoya en la amenaza tendremos exteriorizada la coacción. El consejo es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer el delito, para exclusiva utilidad y provecho del instigador. La asociación es el acuerdo o pacto realizado por varias personas para consumir un delito en beneficio o utilidad común de todos los asociados.

El artículo 13 de nuestro Código Penal vigente, recoge todas las formas de participación anteriormente mencionadas, al establecer que "son responsables del delito. I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV'. Los que lo lleven a cabo sirriéndose de otro; V'. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito; VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo."

De la anterior transcripción advertimos

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

que la estimación delictiva del hecho con relación a las personas que en él participan no depende de la especial culpabilidad del autor material, sino de la apreciación culpable tanto de éste como de los demás que con sus particulares conductas convergentes al delito participan en él, puesto que claramente el artículo antes citado establece en su penúltimo párrafo que *"Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad."*

De igual forma señala, en ese mismo orden de ideas, en su parte final que la penalidad aplicable para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, será la determinada para el artículo 64 Bis del mismo cuerpo de leyes; precepto que determina que se impondrá como pena *"hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso de acuerdo con la modalidad respectiva"*.

Ahora bien, el principio de causalidad, consiste en una conducta, un resultado y en el nexo causal entre ambas, es la base de toda construcción jurídica, por lo que en esa virtud se excluye el encubrimiento de la participación, tomando en cuenta que implica necesariamente la intervención en la producción del delito tanto en forma directa, cuanto indirecta.

En la forma de participación, según el tiempo, vemos que puede ser anterior, concomitantemente o posterior; en ésta última sólo puede surgir cuando el acto del partícipe se encuentra ligado a la ejecución de delito de tal forma que se integra la condición causal del mismo, encontrando aquí la razón por la cual se excluyen los actos posteriores a la realización del ilícito, cuando no constituyen un factor determinante en su

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

realización, como se desprende propiamente del artículo 400 del Código Penal.

III. 5.- EL APOTEGMA NULLUM CRIMEN SINE LEGE

El monopolio de la Ley Penal se ejerce, como es sabido, para su producción en la máxima "nullum crimen, nulla poena sine lege", completada por los conocidos aforismos nullum crimen sine tipo, nemo iudex sine lege, etc. En el derecho penal son de importancia los principios citados, en virtud de su trascendente significación y relevante influjo en el estudio del delito, de la pena y la tipicidad.

En la ciencia filosófica, sólo la identidad constituye principio y nada podrá estar más distante que la semejanza delito y pena. A existido sin embargo quienes pretenden equiparar los conceptos anteriores, el maestro Jiménez de Asúa manifiesta citando a Carlos Cossio, que es él quien les ha dado un realce filosófico al establecer que *"si la identidad entre delito y sanción no existe, debe limitarse la pena cuanto sea posible"*. 24

En el derecho penal, los conceptos que pretenden la máxima nulla poena sine lege, nulla poena sine crimen y nullum crimen sine poena legali, fueron afirmados científicamente por Feuerbach. De la llamada teoría de la prevención, el escritor anterior ha deducido que el más alto

24).- La Ley y el Delito. Editorial Hermes. Segunda Edición. Buenos Aires 1954. Pág. 97.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

principio del derecho penal se formula de la siguiente manera: "Toda pena jurídica en el Estado es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de la conservación en el derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De aquí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna: I.- La existencia de una pena supone la existencia de una ley penal anterior, 'nulla poena sine lege'. Pues solamente la amenaza del mal por la ley fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II.- La existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada, 'nulla poena sine crimine'. Pues la pena conminada está ligada por la ley al acto como supuesto jurídicamente necesario. III.- El acto legalmente amenazado (el supuesto legal) está condicionado por la pena legal. 'Nullum crimen sine poena legali'. Pues el mal, como una consecuencia jurídica necesaria, está ligada por la ley a la concreta lesión jurídica". 25

Beling por su parte, le ha dado al apotegma un valor decisivo en la construcción de la teoría del delito. Sin embargo, la necesidad de la existencia del tipo en la estructura jurídica del delito ha elevado al concepto objetivo primordial (nullum crimen sine lege), no hay delito sin tipicidad.

"Es hoy más urgente que nunca defender la libertad, y su principal garantía que en el ámbito político y penal se haya en el mantenimiento del apotegma nullum crimen nulla poena sine lege, aunque dotado, especialmente de la segunda parte del aforismo, de suficiente flexibilidad para que puedan establecerse los Códigos modernos el arbitrio judicial y la necesaria indeterminación de las medidas". 26

"La ausencia de tipo, constituye el aspecto

25).- Idem.

26).- Ibídem. Pág. 99.

negativo del tipo. Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en una norma penal. Por tanto, como asienta Jiménez de Asúa, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica".²⁷

Este dogma o aforismo de *nullum crimen sine tipo*, es para el Derecho Mexicano la constitución de la más elevada garantía, en cuanto que no se puede sancionar una conducta que no se apegue a una norma penal o que no se adecue a la descripción del legislador o no exista, dicha conducta, descrita en la ley penal.

Dentro de nuestro Código Penal, existen algunos artículo donde no se describe la conducta que para encuadrar un determinado tipo deben desplegar los sujetos activos del delito debiéndose auxiliar de lo que para ello establece la Doctrina, para encontrar la definición del mismo, preguntándonos si de ésta manera no se está vulnerando el principio de *nullum crimen sine tipo*.

Para ilustrar lo anterior tenemos como ejemplo el adulterio observando lo que el maestro Almaraz sostiene al manifestar que *"el adulterio no existe como delito, pues el artículo 273 del Código Penal habla sólo de los culpables y de la pena que se le debe aplicar, y el 275 expresa únicamente, que se castigará el adulterio consumado; pero como la ley penal, es de estricta aplicación y como existe la garantía constitucional 'nullum crimen sine lege', al Juez le está vedado*

27).- Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A. Decimosexta Edición. México 1994. Pág. 365.

sentenciar y condenar a alguien por un hecho cuyos elementos constitutivos como delito no se encuentran en artículo alguno del Código Represivo". 28

28).- Idem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

***EL CONCEPTO DE TIPO PENAL ANTE EL MARCO
DEL DERECHO PUNITIVO MEXICANO.***

CAPITULO IV

SUMARIO.- IV. 1.- El marco constitucional en que se dio la reforma de 1993. IV. 2.- La noción de "cuerpo del delito", su esclarecimiento por el Máximo Tribunal del País y su compenetración en México hasta antes de la reforma de 1993. IV. 3.- Transición entre "cuerpo del delito" y "tipo penal". IV. 4.- Derecho Penal y Procesal Penal en México, en torno al "cuerpo del delito" y "tipo penal", antes y después de la reforma de 1993.

IV. 1.- EL MARCO CONSTITUCIONAL EN QUE SE DIO LA REFORMA DE 1993.

... En el presente capítulo comenzaremos por sintetizar el marco jurídico, particularmente constitucional, en donde ha tenido que operar la pretendida transición entre los conceptos de "cuerpo del delito" y "tipo penal", primeramente en un sentido y posteriormente a la inversa, pues ello nos permitirá comprender, de mejor manera, la justa dimensión de las reformas y de ello podremos establecer si, en el específico caso de la aplicación del concepto tipo penal en los artículos o el retorno al de cuerpo del delito, ello puede validamente implicar la admisión o no, de manera "automática", de un determinado sistema dogmático-penal.

Después de establecer lo anterior estaremos en condiciones también de analizar los efectos de la transición terminología aplicada.

En este orden de ideas tenemos que, no es sino hasta las citadas reformas constitucionales de tres de

septiembre de 1993, cuando en México, a nivel constitucional federal, y aun más, en el marco de una garantía para todos los habitantes del país, se emplea el concepto "tipo penal" que si bien es propio del lenguaje relativo a la dogmática jurídico-penal de la teoría del delito, es un vocablo plurívoco dado que a través del tiempo y de acuerdo a diversas estructuras sistemáticas y conceptuales del delito, ha recibido distinto significado así como contenido, además de considerarse dotado y capaz de ejercer distintas funciones intrasistemáticas.

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

Concretamente y en relación al problema sobre la facultad legislativa del Congreso Federal en materia penal, el maestro Jorge Carpizo destaca la postura del autor Matos Escobedo, en el sentido de que la materia penal ordinaria es competencia de las entidades federativas, con los únicos y específicos supuestos de excepción que la propia Constitución Federal completa en la fracción XXI del artículo 73 y en el III, párrafo quinto, que respectivamente establecen:

1.- CARPIZO, JORGE. Estudios Constitucionales, 5ª Ed: Editorial Porrúa, UNAM, México 1996. Op. Cit., p. 109, cita 26 Matos Escobedo, Rafael, "Límites de Las Facultades Federales para la Legislación en Materia Penal", Criminología, México, año XI, núm. 4, 1945, p. 194.

ART. 73.- Fracción, XXI. Para Establecer los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

ART. 111.- Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando estos tengan conexidad con delitos federales.

Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los gobernadores de los estados, diputados locales, magistrados de los Tribunales, superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en ese artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

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

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

concepto "tipo penal" en sustitución de "cuerpo del delito" (o viceversa) no lo hace adhiriéndose a ninguna concepción dogmática o teórica particularizada respecto de la voz del tipo penal (sencillamente porque no es posible que lo hiciera), sino que se utiliza, como tenía que ser, en sentido meramente constitutivo de una garantía de carácter procesal penal que se reduce al llamado principio de "legalidad" conocido como *nullum crimen sine lege*, el cual, también se cumplía igualmente como el anterior vocablo de "cuerpo del delito", pero sin que se pierda de vista que ese cumplimiento sólo puede entenderse como parcial eminentemente provisional dada la etapa procesal en que se aplique como grado mínimo de comprobación del hecho.

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

Por tanto, es de estimarse desacertado el criterio de que afirme que los códigos de aquellas entidades de la República en donde no se halla adoptado el mismo modelo tomado por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, resultan inconstitucionales, pues, como se ha demostrado,

no es así, ya que si el legislador federal se inclina por un modelo lógico o finalista, ese concepto de tipo penal asimilado regirá exclusivamente para esa legislación federal, en principio, así como en el ámbito de aquellos estados que decidan seguir el ejemplo, más si optan por hacerlo será precisamente en ejercicio de esa facultad legislativa soberana que de acuerdo al sistema federal por competencia les corresponde, pero de ningún modo por obligación, en tanto quienes no decidan hacerlo estarán también ejercitando esa facultad de soberanía correspondiente a los estados y, en consecuencia, de ningún modo podrá decirse que esa negativa o postura de mantener un contenido de "tipo penal" distinto al adoptado por el federal, convierta a esa o esas legislaciones locales punitivas en inconstitucionales, ya que como se ha dejado en claro, con ello no se contradice a la Constitución del País en forma alguna.

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

De lo anterior parecen haberse olvidado quienes inspiraron la reforma, pues pretender un concepto de tipo penal con un contenido tan amplio como se sugirió por algunos, implica sencillamente el resquebrajamiento del sistema procesal penal mexicano al producirse una contradicción que se antoja irreductible.

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

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

Probablemente, de lo que se ignoró por quines patrocinaron la reforma fue, que el concepto tipo penal, conforme a las corrientes más "evolucionadas" de la dogmática penal, provienen de países donde el procedimiento penal es distinto

al nuestro, y, por consecuencia, es evidente que los efectos de la aplicación del concepto en uno y otro casos, no serán de igual magnitud.

Al respecto, el maestro García Ramírez menciona: *"se advierte que el legislador prácticamente está haciendo sinónimos -probable responsabilidad y probable culpabilidad-"* 2

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

IV. 2.- NOCIÓN DE CUERPO DEL DELITO, SU ESCLARECIMIENTO POR EL MÁXIMO TRIBUNAL DEL PAÍS Y SU COMPENETRACION EN MÉXICO HASTA ANTES DE LA REFORMA DE 1993.

Como lo refiere el maestro Jiménez Huerta en su histórico discurso de ingreso a la academia mexicana de ciencias penales, resulta indiscutible que el concepto de *"corpus*

8.- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, Cuadernos Constitucionales de México-Centro América, Comentarios sobre las reformas de 1993 al Procedimiento Penal Federal, UNAM, 1994, p. 17.

delicti es medular en el sistema mexicano pues sobre el descansan el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores"-3

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

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

De lo anterior se concluye, junto con

el autor Jiménez Huerta, que en el derecho mexicano el concepto "cuerpo del delito" indiscutible y mayoritariamente fue utilizado en el sentido de la acepción dada, esto es como la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción, (un incendio, un homicidio, un fraude), así se invoca en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el entonces "Distrito Federal y territorios Federales", en el que se reconocía que los "elementos materiales del delito o de la infracción" integran el contenido de dicha figura.

Asimismo el maestro Jiménez Huerta refiere que en México *"aun con los privilegios innatos que se derivan de la territorialidad, la teoría del tipo penal se basa en esa concepción originaria del concepto corpus delicti"* 4

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

Resulta indudable que, como lo afirmo en su momento el conocido maestro Jiménez Huerta, la Jurisprudencia mexicana con todo nitidez se encargo de esclarecer el sentido del concepto cuerpo del delito mediante la tesis tradicionalmente definida bajo el siguiente texto:

CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE.

"Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal". 5

Don Carlos Hidalgo Riestra hace referencia a la forma en que el concepto "cuerpo del delito" se ha abierto también en la dogmática mexicana, compenetrándose de manera generalizada y entendiéndose por cuanto hace a la voz "elementos materiales" no exclusivamente una sustancia o cosa inanimada *"sino el conjunto de atributos que le son propias a una conducta de orden humano y que además lo identifican con una hipótesis abstracta que señala la ley". 6*

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

5.- JURISPRUDENCIA NUMERO 93, Publicada en la p. 201, del apéndice 1917-1975, Primera Sala.

6.- HIDALGO RIESTRA, CARLOS. Derecho Procesal Penal Mexicano. Guadalajara, México, 1986, p. 154. Editorial Gráfica Nueva.

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

De lo anterior resulta la afirmación de que, antes de la reforma de 1993 los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal empleaban el concepto "cuerpo del delito" de mucho menor complejidad en cuanto a su comprensión y difusión, no solo entre los sectores implicados de la procuración e impartición de justicia, sino incluso entre la colectividad, por tanto, resulta evidente que la llamada función "garantizadora del tipo", se cumplía en mejor manera desde el momento en que, tanto gobernantes como gobernados concebían en términos similares el contenido del precepto que como garantía de carácter procesal penal esta consagrada en los mencionados preceptos 16 y 19 de la Constitución Mexicana.

Lo anterior se traducía en mayor observancia o menor afectación al principio de seguridad jurídica, situación que no puede afirmarse prevaleciente con igual eficacia, con motivo de la reforma constitucional de septiembre de 1993, pues, como es de entenderse, al operar la sustitución de un concepto con una conceptualización posible mucho mas reducida, por otro de capacidad de un contenido mayor, es obvio que en la medida en que se discuta ese contenido, esto es, en cuanto ese contenido pueda ser diverso dependiendo del sistema dogmático-jurídico, con

que se le relacione, la unificación de criterios al respecto por parte de los sujetos implicados en las tareas de aplicación del derecho de los gobernados en cuanto a la comprensión de la garantía procesal penal, será algo más difícil de lograr lo que a su vez repercute también en los niveles de eficiencia con que el actual sistema punitivo cumple con la seguridad jurídica que debe prevalecer de acuerdo incluso con el propio discurso político estatal, justificante de la reforma constitucional misma.

Como corolario a lo antes establecido creo necesario transcribir, como un sentido de precedente histórico las siguientes tesis de jurisprudencia de donde surge la noción del concepto cuerpo del delito, establecidos por Nuestro Máximo Tribunal de la Nación al tenor y voz siguientes:

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 1917-2000

Tomo: Tomo II, Penal, Sección Precedente relevante S.C.J.N.

Tesis: 864

Página: 405

Materia: Penal

Precedente relevante

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.- Es bien sabido que la comprobación del cuerpo del delito es la base del procedimiento penal, y al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte sustenta el criterio de que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales

éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger, Tratado de Derecho Penal, Primer Tomo, páginas trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos).

Amparo directo 6698/60.-José Zamora Mendoza.-16 de febrero de 1961.-Cinco votos.-Ponente: Juan José González Bustamante.

Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XLIV, Segunda Parte, página 54, Primera Sala.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 1917-2000

Tomo: Tomo II, Penal, Sección Jurisprudencia histórica.

Tesis: 64 (H)

Página: 677

Materia: Penal

Jurisprudencia

CUERPO DEL DELITO-[TESIS HISTÓRICA].- 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.

Quinta Época:

Amparo en revisión 1416/27.-Aguilar Anastasio.-14 de enero de 1930.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Enrique Osorno Aguilar.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo en revisión 3865/27.-Flores Antonio.-21 de enero de 1930.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Enrique Osorno Aguilar.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 2881/27.-Galván Ramón y coag.-23 de enero de 1930.-Mayoría de tres votos.-Ausente: Enrique Osorno Aguilar.-Disidente: Carlos Salcedo.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 2208/29.-Martín Adalberto.-11 de abril de 1930.-Cinco votos.

Amparo en revisión 4495/28.-Ramos Téllez José María.-29 de julio de 1930.-Unanimidad de cuatro votos.

Apéndice 1917-1995, Tomo II, Tercera Parte, página 544, Primera Sala, tesis 845.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 1917-2000

Tomo: Tomo II, Penal, Sección Jurisprudencia histórica.

Tesis: 68 (H)

Página: 679

Materia: Penal

Jurisprudencia

CUERPO DEL DELITO, MEDIOS PARA COMPROBARLO-[TESIS HISTÓRICA].- La autoridad judicial goza, en principio, del más amplio criterio para estimar los elementos conducentes a la comprobación de un hecho delictuoso, aun cuando no sean de los que define y detalla la ley, si no están reprobados por la misma de tal manera que, aun cuando alguno de los medios que la ley señala para comprobar el cuerpo del delito, no se hayan usado o se hayan usado deficientemente, si con los demás que la ley proporciona, se llega a la comprobación del hecho criminoso, ello es bastante para que no se puedan tener por conculcadas las garantías individuales.

Quinta Época:

Amparo directo 4098/30.-Sosa y Silva Enrique.-13 de octubre de 1931.-Mayoría de cuatro votos.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo en revisión 443/33.-López Vete M. Natividad.-12 de junio de 1934.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Enrique Osorno Aguilar.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo en revisión 2136/42.-Pérez Ramírez José.-10 de junio de 1942.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: José María Ortiz Tirado.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo en revisión 4443/42.-Moreno Aurora.-30 de octubre de 1942.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: José María Ortiz Tirado.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo en revisión 8837/42.-Guzmán Cornelio y coags.-4 de febrero de 1943.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Teófilo Olea y Leyva.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Apéndice 1917-1995, Tomo II, Tercera Parte, página 546, Primera Sala, tesis 850.

IV. 3.- TRANSICIÓN ENTRE “CUERPO DEL DELITO” Y “TIPO PENAL”

La reforma a la que en el presente trabajo nos estamos refiriendo consistió, básicamente, en sustituir el concepto “cuerpo del delito” por el de “tipo penal”, en el artículo 19, además de incorporar esta última voz también en el diverso numeral 16, ambos de nuestra constitución.

Para algunos autores, el concepto utilizado anteriormente, no pudo de ningún modo representar, para su comprensión, la dificultad y confusión que ahora se advierte con el vocablo “tipo penal”, ya que, por una parte la suprema Corte de justicia de la Nación no tuvo problema en identificarlo como “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”. 7

7.- Tesis de Jurisprudencia 81 del Apéndice 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala, p. 183. (ese criterio lo sostuvo la primera sala de la Suprema Corte desde el año 1956).

Como lo refiere el tratadista José Ovalle Favela, la expresión cuerpo del delito fue introducida originalmente "en el artículo 44 del estatuto orgánico provisional de la República Mexicana del quince de mayo de 1856, y recogida en el artículo 19 de la Constitución de 1917, la cual fue objeto de un extendido debate en la doctrina mexicana, a partir del concepto sostenido por el Máximo Tribunal de país, al que se hizo referencia basado en las ideas de Ortolan". 8

Citando al maestro García Ramírez, el mismo autor señala que hasta antes de la reforma "la doctrina que se había orientado por considerar que el cuerpo del delito se componía por todos los elementos que, en cada caso, integran el tipo, tanto los objetivos materiales, como los subjetivos y normativos. Y esta concepción encontró sólido fundamento en las reformas de 1983 a los Códigos de Procedimientos Penales: 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 (artículos 168 del Código Federal y 122 del Código del Distrito Federal)" 9

En este mismo orden de ideas el tratadista mencionado con antelación apunta, "La reforma que pondera la existencia -- real o supuesta -- de distancias y contradicciones, a olvidado o soslayado que el trabajo del procesalismo mexicano estableció con suficiente claridad, después de una elaboración técnica desarrollada durante mucho tiempo, el alcance de ciertas nociones utilizadas en la Constitución, entre

8.- OVALLE FAVELA, JOSÉ. Garantías Constitucionales del Proceso. Ed. McGraw Hill, p. 207, México 1996.
9.- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México 1989, p. 515.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ellas la de cuerpo del delito...Lejos de culminar aquí el esfuerzo de muchas décadas como pretende el dictamen, se ignora y extravía el resultado de ese mismo esfuerzo en el ámbito del derecho mexicano". 10

Siguiendo con esa exposición, el tratadista Ovalle Favela puntualiza: *"La sustitución de un concepto procesal como el del cuerpo del delito por el concepto de elementos del tipo penal de origen netamente dogmático sustantivo, era innecesaria pues si lo que se deseaba era precisar cuales eran los elementos del tipo a que ya se referían los artículos 168 y 122 de los Códigos Federal y del Distrito de Procedimientos Penales, respectivamente, bastaba con adicionar dichos preceptos legales, sin tener que modificar la Constitución ni hacer la sustitución del concepto de cuerpo del delito, la cual ha resultado sumamente confusa en la práctica"* 11

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

10.- GARCIA RAMÍREZ, SERGIO. El nuevo Procedimiento Penal Mexicano; la Reforma de 1993-1994, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 13.

11.- OVALLE FAVELA, JOSE. Op. Cit. p. 210.

tradicionales, (objetivos, normativos y subjetivos), -- éstos últimos admitidos como reserva por parte de los causalistas,-- el dolo y la culpa.

En cambio, en situación opuesta la corriente tradicional en una primera fase, con el maestro Ernest Beling, solo consideró dentro del tipo a los elementos de naturaleza objetiva, es decir un concepto avalorado o valorativamente neutro del tipo siendo tal vez el único que podría corresponder a la noción de cuerpo del delito, y cuando mucho los momentos más representativos de su máxima elaboración, el causalismo admitió un "tipo penal de antijuridicidad", considerando tanto elementos normativos cuanto subjetivos, pero estos, siempre y cuando fuesen distintos al dolo lo que significa que para esa forma de pensamiento, o sistema penal, el dolo y la culpa de ningún modo pueden ser comprendidos en nivel de tipo.

Por tanto, no es posible incurrir en la mencionada confusión, máxime cuando el propio tratadista Ovalle Favela señala, como uno de los efectos de la reforma, que al exigirse la comprobación de la forma de intervención de los sujetos activos y de la realización doloso o culposa de la acción u omisión desde la orden judicial de aprehensión, o en su defecto al dictarse el auto de formal prisión no tiene sentido ya hablar de responsabilidad probable, ni de presunción de inocencia; así como tampoco se justifica el proceso de la instrucción pues según dice *"desde el inicio ya se encuentran comprobados plenamente todos los elementos del tipo, incluyendo el dolo y la culpa"* 12

12.- OVALLE FAVELA, JOSE. Op. Cit. p. 210.

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

En el caso particular, el desarrollo de esta exposición no nos conducirá a examinar tales posibilidades, ya que cualquiera que fuese la postura asumida, no tengo la finalidad de atacarla o ponerla en entre dicho, ya que si recordamos la idea que se persigue, es tan solo la de evaluar seriamente los efectos de la reforma constitucional y es evidente, que la opinión del mencionado autor, no deja de ser un argumento que viene a robustecer mi afirmación en el sentido de que la aplicación del concepto tipo penal dio lugar a graves confusiones (independientemente de sus orígenes o las causas en que éstos se sustente), así como el surgimiento de interpretaciones distintas, al pretender definir el alcance y contenido del concepto, todo ello traducible en una indiscutible afectación a un elemental principio de seguridad jurídica, legalidad y justicia, al apropiarse la aplicación de criterios antagónicos por parte de los órganos judiciales en la resolución de casos concretos y, en general por parte de todos los sujetos implicados en la procuración y administración de justicia en nuestro país.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

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

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

El tratadista Mario Bermúdez Molina no obstante sostener afirmaciones que no considero compartir,

mantiene una posición interesante pero un tanto subjetiva con el fin de avalar la reforma, pero a la postre reconoce que aun con la introducción del vocablo tipo penal se mantiene la disparidad conceptual que anteriormente existía sobre el cuerpo del delito, ahora respecto de los elementos del tipo.

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

"Con esto adquiere mayor realce lo dicho en el sentido de las reformas a la Constitución y a los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales del Distrito Federal, no obstante su pretensión no encontró consonancia en la legislaciones procesales estatales, seguramente porque los contenidos que dicha reforma otorgó a esta figura procesal no son fácilmente comprensibles para los individuos y los órganos de justicia penal de dichos estados, o bien, porque comprendiéndolos no los comparten. Y así, a la fecha por ello, en estos estados se están emitiendo un sin numero de resoluciones de

sistema de justicia penal atentatorio de los bienes jurídicos más importantes del hombre, consagrados como derechos públicos subjetivos, en forma constitucional". 13

Las afirmaciones del autor referido contienen solo una verdad a medias, pues por un lado se reconoce la subsistencia de la disparidad conceptual, lo cual es cierto, como cierto es que las entidades federativas cuentan con la facultad soberana de adoptar o no el modelo seguido por la legislación federal o común para el Distrito, y que ello se debe ya sea a la caótica situación interpretativa por tratarse de contenidos no fácilmente comprensibles o por no compartirlos.

Igualmente es verdad que el efecto de esa disparidad conceptual es inconveniente y atentatorio del principio de seguridad jurídica como lo he venido reiterando, sin embargo esa afectación no puede ser imputable a las legislaciones estatales como pareciera entenderlo el autor de mérito, sino que debe admitirse como uno de los afectos de la reforma que precisamente se esfuerza en enarbolar.

El mismo maestro Bermúdez Molina se manifiesta integrante del grupo de trabajo que motivo la transformación y en otra parte de su comentada obra publicada, señala que *"no obstante la bondad y alto sentido humanista de la reforma, debemos reconocer que la misma ha producido efectos*

13.- BERMUDEZ MOLINA, ESTUARDO MARIO. Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo. Talleres Gráficos de México, 1996. p. 77.

adversos, nunca deseados. Estos se contraen a la inadmisibilidad sistemática de la conjunción del derecho sustantivo y el adjetivo penal, lo que ha provocado un híbrido jurídico y la virtual desaparición de la frontera que media entre ambas disciplinas". 14.

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

El mismo tratadista antes aludido considera la necesidad de la reforma, según dice, a la actitud asumida por los tribunales de justicia en México, señalando específicamente lo que el llama "*respeto aberrante a la inaplicable jurisprudencia de la Suprema Corte de justicia de la Nación*", 15 que en otro apartado identifica como aquella que asigna al concepto un contenido meramente material. Además refiere que con ese tipo de criterios la actuación de los órganos de justicia penal se aparto sensiblemente del mandato legal, particularmente respecto del contenido dado a los citados artículos 168 y 122 de los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito, respectivamente con motivo de la reforma de 1984.

El argumento toral del referido autor para culpar a los tribunales de lo que califica como "práctica inercial e incorrecta", según dice es el hecho de que "*desde 1931*

14.- Idem.

15.- Idem. P. 85.

empieza a apartarse de los lineamientos de la ciencia jurídico-penal, para ceñirse a una práctica inercial". 16

El maestro referido menciona también que el motivo de ello fue que se seguía un criterio consecuente con la redacción del concepto "cuerpo del delito" que correspondía a la hasta entonces escasa evolución de la ciencia jurídico-penal.

Sin embargo no es de compartirse las opiniones expuestas toda vez que resulta controvertible que la dogmática jurídico-penal, independientemente de su evolución y sobre todo cuando esa evolución se argumenta en doctrinas extranjeras, es algo que de ningún modo puede estar por encima del contenido de las disposiciones legales aplicables en determinado momento y lugar, de conformidad con los conocidos y tradicionales ámbitos de validez de la ley penal en el presente caso.

Ahora bien considerando el valioso argumento del maestro mariano Jiménez Huerta, en el sentido de que el concepto cuerpo del delito cobro gran relevancia tanto en los órganos judiciales cuanto en los teóricos e incluso en la sociedad, y en su gran generalidad se logró una concepción vinculada con los aspectos materiales del delito y particularmente similar a la primera concepción de tipo penal que la identificaba con la especie o figura delictiva, es por demás evidente que la jurisprudencia del nuestro Máximo Tribunal sólo podía conceptuar a el cuerpo del delito en los términos que correspondía a esa concepción original,

16.- Ibidem.

que fue como se concibió en la Constitución Federal, como figura de garantía procesal, base de todo el procedimiento penal de nuestro país, dado que no aconteció un cambio sustancial que permitiera realmente, dentro del ámbito penal y procesal penal mexicano, admitir un diverso contenido de ese vocablo, es decir definirlo plenamente, independientemente de la "evolución" que respecto de él se hubiere podido dar en otras dimensiones.

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

Así las cosas, podemos afirmar enfáticamente que ni antes ni después de las reformas de 1984 o 1993, los Estados de la República Mexicana han tenido obligación de adoptar un determinado sistema dogmático-penal, sólo porque lo adopte por parecerle más efectivo o ser de moda, la legislación del centro del país ya que no se puede olvidar que el sistema federal de competencias que impera y prevalece en nuestra nación, del cual inclusive la Suprema Corte de Justicia de la Nación está obligada a respetar al momento de emitir sus respectivas resoluciones o jurisprudencias en relación con los conceptos penales adoptados libremente por las entidades federativas en particular o por la federación misma.

En consecuencia, hasta cierto punto puede parecer injusta y carente de fundamento la severa crítica dirigida a la jurisprudencia mexicana, toda vez que esta no podía tener un sentido diverso a los estrictamente correspondiente a los dispositivos legales materia de análisis en cada caso vigentes en cada época.

Así es, no podemos perder de vista que, en nuestro país, en materia penal rige el principio de legalidad bajo la llamada plenitud hermética, de donde se sigue que en dicha materia, como lo estableció en su momento la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, en las jurisprudencias y tesis, bajo las voces "JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN: NO ES RETROACTIVA", "JURISPRUDENCIA, ALCANCE DE LA" y "JURISPRUDENCIA, NATURALEZA", publicadas en las páginas 336 y 337 de la Segunda Parte del apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975., contrariamente al derecho civil o común, no cabe la analogía, mayoría de razón o la llamada actividad "suplencia de lagunas", es decir que la legalidad en materia penal hace que la jurisprudencia solo pueda ser a ese respecto una estricta tarea interpretativa de la ley existente y, por ende de ningún modo podrá concebirse como fuente creadora de dicha ley.

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

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

Por estas razones diferimos de lo opinado por el maestro Bermúdez Molina cuando refiere que la reforma se dio gracias a los criterios sobresalientes de una serie de estudiosos que en nuestro país apartándose de lo que llama errónea práctica judicial inercial, adoptaran criterios dogmáticos-jurídicos más acordes con la evolución del concepto tipo.

No se puede estar de acuerdo con esa concepción puesto que independientemente de que estos enterados de esa evolución y aun compartiendo sus actuales contenidos dogmáticos, no por ello resulta válido actuar en contra de los explícitos contenidos de nuestra legislación positiva y vigente, a pesar de que desde el punto de vista doctrinario, pudiéramos asignarle el adjetivo de anticuada, anacrónica o poco evolucionada, pues al final de cuentas tanto el derecho cuanto la jurisprudencia sólo contiene sus características de obligatoriedad en la medida en que para su surgimiento se cumplan los requisitos legales correspondientes y formen parte del marco jurídico vigente.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Así arribamos a la conclusión que ni agentes del ministerio público, como tampoco jueces o magistrados pueden validamente resolver aplicando criterios teóricos, por modernos que éstos sean, en contravención a las disposiciones aplicables vigentes y obligatorias, pues con ese tipo de actitudes se atenta también contra el principio de legalidad y seguridad jurídica que debe imperar y los órganos de justicia son, los primeros obligados en custodiar y hacer prevalecer, incluso actuar en tal forma, desconociendo la ley aplicable, constituye motivos de responsabilidad y de no reconocimiento.

Finalmente me llama la atención el hecho de que el maestro Esturado Bermúdez Molina concluye su exposición respecto de la reforma y transición entre "cuerpo del delito" y "elementos del tipo penal", señalando que éste último *"introduce en forma novedosa para la mayoría una postura dogmática específica de los contenidos del tipo penal, pero impone en la ley una teoría y sus evoluciones posibles que pueden ser desconocidas en el peor de los casos, incomprendidas en los casos intermedios o desechados por sus destinatarios en los casos más graves, por las serias consecuencias, que ello genera"*. 17

Sigue agregando el maestro anteriormente citado que la inclusión del concepto "elementos del tipo penal" fuerza la actualización jurídico-penal de que una vez cumplida su meta debe desaparecer *"del horizonte procesal y retornar al lugar que singularmente le corresponde en la teoría del delito, a que pertenece. En un momento, la figura del cuerpo del delito deberá resurgir como Ave Fénix, en forma vigorosa y renovadora"*. 18

17.- O. Cit. P. 87.

18.- Ibidem.

Sin la intención de polemizar simplemente deseo aclarar que esas afirmaciones viene a contribuir al fortalecimiento de mi opinión, en el sentido de que el concepto "tipo penal" es plurívoco y que su aplicación, por su vigencia, implicó la reproducción de una gama de consecuencias que se caracterizan por incidir en perjuicio del principio de legalidad y seguridad jurídica en materia penal, dentro de nuestro país.

Por consiguiente, resulta indudable que el impacto de la reforma en cuestión en cuanto a la pretendida implantación del finalismo y modelo lógico-matemático, es de magnitud muy considerable, al grado de que los sujetos implicados en la función ministerial y judicial no conciben cabalmente los alcances de las modificaciones y, por tanto no estuvieron en condiciones de realizar un ejercicio satisfactorio o apropiado respecto a la aplicación correcta de tales implicaciones.

En ese mismo orden de ideas y continuando con la transición entre los conceptos "cuerpo del delito" y "tipo penal", con motivo de la reforma se hace necesario resaltar al menos algunos de los detalles o particularidades de la obra legislativa consumada, que nos permiten calificar de negativos los efectos obtenidos hasta ahora y reflexionar así sobre su eficacia o posible perfeccionamiento.

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

Para ello, debemos admitir que el Código Penal Federal y el Código de Procedimientos Penales y el respectivo Enjuiciamiento Penal para el Distrito Federal, son los ordenamientos en los que la reforma constitucional tuvo el primer impacto.

De todo lo establecido en el devenir del presente capítulo se hace evidente que las reformas realizadas al Pacto Federal, en cuanto a poner y quitar, dicho así, tanto el concepto del cuerpo del delito y elementos del tipo penal, y viceversa, se han convertido en agregados o implantaciones dispersas que producen la pérdida progresiva de una unidad sistemática recomendable para lograr una mejor protección del principio de seguridad jurídica.

En todo caso, lo necesario sería el logro de un cambio, mejoramiento o adecuación estructuralmente integral, no de unos cuantos preceptos o capítulos aislados sino de toda aquella normatividad implicada en el funcionamiento procedimental del sistema buscado, abarcando inclusive la Ley de Amparo como medio de control constitucional y de legalidad.

En ese mismo orden de ideas podemos establecer que la aplicación del concepto tipo penal, derivado de la reforma constitucional produjo efectos que no pueden ignorarse y, por el contrario reclaman atención y solución inmediata, pues de otro modo, los órganos de justicia se verán inmersos en un anárquico y caótico estado de aplicación de los conceptos y

contenidos de la reforma penal, afectando al más elemental sentido de justicia.

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

IV. 4.- OPINIÓN EN CUANTO AL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN MÉXICO, EN TORNO AL "CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL", ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1993.

Hemos visto lo relativo a la transición entre los conceptos de "cuerpo del delito" y "tipo penal", dentro de la posición que los mismos que en cada caso, han venido a ocupar dentro de la estructura del derecho penal y procesal de nuestro país, así como algunos de los efectos de tal situación que considero más significativos.

Podemos advertir que si analizamos las legislaciones de la mayoría de los estados de la República antes de la reforma constitucional, de septiembre de 1993, generalmente coinciden en los siguientes aspectos: a) definición del

delito o infracción penal como acto u omisión sancionado por la ley penal; b) las posibles formas de realización: intencional o imprudencial, en algunos casos se admitirá también la preterintención, lo que no deja lugar a duda de todos esos ordenamientos al considerar al equivalente del dolo o culpa como formas de culpabilidad y no como elementos típicos; c) la existencia de la llamada presunción de intencionalidad, en contraste con la legislación Federal y del Distrito Federal donde se suprimió desde la reforma de 1984; d) la forma de considerar acreditado el "cuerpo del delito", congruente con la interpretación efectuada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que como se ve no podía ser distinta dada la expresa redacción utilizada por las legislaciones penales aplicables.

Después de la reforma a la que me he referido, inició una serie de modificaciones en los diversos ordenamientos penales y de procedimientos penales de la República, tratando así de adecuar la terminología de sus contenidos, respecto de la utilizada ahora por la Constitución Federal en los artículos 16 y 19, es decir los conceptos de tipo penal y responsabilidad probable.

Además de lo anterior, en algunos casos la reforma fue integral en tanto que en otros simplemente represento el cambio de terminología tipo penal en lugar de cuerpo del delito y lo que es más, en algunos supuestos subsisten ambos conceptos lo que parece totalmente inadmisibles y por supuesto mayormente confuso. Por lo anterior coincido plenamente con el tratadista Bermúdez Molina toda vez que señala que *"ese proceso de adecuación ha sido sumamente difícil por la dificultad de suplir el concepto "cuerpo del delito" de tanto "raigambre" uso y*

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

comprensión"¹⁹ así como la disparidad o discrepancia conceptual en torno al concepto "tipo penal" y de su contenido por requisitos atribuidos para su comprobación.

Finalmente arribamos a la conclusión de que aun en estos días, después de ocurrir una nueva reforma constitucional que retoma la expresión "cuerpo del delito", no existe ni remotamente un consenso o criterio uniforme respecto del contenido que debe asignarse a la figura del tipo penal ni siquiera respecto de su ubicación intrasistemática pues subsisten ordenamientos que los consideran de acuerdo a la perspectiva tradicional frente a otros que pretenden hacer aplicación de criterios más modernos o evolucionados, todo lo cual se traduce en una situación preocupante que evidencia una crisis en el derecho penal de nuestro país....

19.- BERNÚDEZ MOLINA, ESTUARDO, Op. Cit. P. 75.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Una vez expuesto el anterior trabajo el suscrito considera que es necesario expresar los siguientes puntos de conclusiones y propuestas que se infieren de lo elaborado con anterioridad en los diversos capítulos de la presente tesis.

La teleología manifiesta en este estudio, encuentra su motivación fundamental en la corta experiencia que como pasante en derecho y litigante he obtenido en el transcurso de estos años, estableciendo mi argumento toral, en los siguientes puntos que ha continuación se expresan:

1.- La definición del delito que debemos tomar en consideración es la establecida por el maestro Jiménez de Asúa al establecer que delito es "*El acto típicamente antijurídico, culpable a un hombre y sometido a una sanción penal*", como también claramente lo ha expresado el maestro Francisco Pavón Vasconcelos.

2.- Como se desprende de la definición anterior, no debe considerarse a la imputabilidad como un elemento esencial del delito, toda vez que este consiste en el querer y entender, es decir, la actitud intelectual y volitiva del sujeto, que constituye un presupuesto necesario de la culpabilidad, puesto que esta existe en el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado.

3.- La definición del delito expresada en el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, es tachada de tautológica, ya que el acto debe ser entendido en

cualquiera de sus dos aspectos, ya sea activo u omisivo. Por tanto el artículo antes referido para ser acorde con la doctrina actual deberá establecer que delito es toda conducta típica, antijurídica y culpable, que sancionan las leyes penales. En esa virtud deberá reformarse en tal sentido el normativo anteriormente aludido.

4.- De igual forma se advierte que la fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, no se refiere a una excluyente del delito sino más bien a una ausencia de conducta, igualmente deberá también reformarse ese artículo retirando de la Ley Sustantiva la fracción a comento.

5.- El descubrimiento revolucionario del maestro Beling, consistió en que el tipo, que fue el impulso para la creación del concepto "cuerpo del delito", así como de la tipicidad, es la transposición del postulado del derecho penal civilizado "nullum crimen sine tipo".

6.- No se deberán realizar reformas demagógicas a nuestra legislación fundamental ni procesal penal ni mucho menos a los artículos constitucionales atendiendo a caprichos presidenciales, puesto que para cualquier reforma se deberá tomar en cuenta principalmente los factores políticos, sociales y económicos de nuestra sociedad actual, ya que lejos de resolver los problemas más apremiantes como son, en el presente caso, la pronta y expedita administración de justicia, y la exacta aplicación de al ley, se ven trastocados los derechos del hombre garantizados por nuestra Constitución, toda vez que las reformas del 3 de septiembre de 1993 no fueron acordes a la exposición de motivos expuesta para tal fin, en razón de que como se advierte no duraron ni siquiera seis años de vigencia.

Buscando resolver el problema de las reformas de 1993, posteriormente el 8 de marzo de 1999 se inserta en el artículo 16 de la Constitución el concepto "cuerpo del delito" retirando los elementos del tipo penal y se vuelve a adicionar en los artículos 16 y 19 el concepto antes referido; sin que aquellas reformas hallan solucionado los problemas sociales, ni hallan dado un "mayor esclarecimiento" a unos artículos tan importante, puesto que no lo necesitaban, realizando una mayor confusión tanto en los administradores de justicia cuanto en los particulares, por no poder establecer con claridad y puridad lexicológica un debido concepto de lo que debe entenderse por los vocablos anteriormente referidos.

Si bien es cierto que el artículo 16 del Pacto Federal no había sufrido modificaciones desde el constituyente de 1856 no menos cierto es que éste numeral fue establecido y discutido a conciencia, comprendiendo los problemas sociales a mediano y largo plazo, como se puede advertir al ser uno de los más ricos en su contenido de garantizar los derechos del hombre, y ser mencionado en los juicios de garantías cuando se solicita el Amparo y Protección de la Justicia Federal.

De igual forma el artículo 19 que nuestra Suprema Ley consagra, tampoco había sufrido reformas desde el constituyente de 1856, por ser al igual que el 16 una norma constitucional perfecta, como ya se mencionó, se inserta en nueva cuenta con las últimas reformas del 8 de marzo de 1999, el concepto de "Cuerpo del Delito". Por tanto las reformas que se puedan plantear tanto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuanto a las legislaciones procesales penales deberán ser discutidas a conciencia por los legisladores, con el valor suficiente para no admitir o modificar la iniciativa que para tal caso realice el ejecutivo, en su caso, con la finalidad de no ver a nuestra sociedad desprotegida y consecuentemente se evite la impunidad e ineficacia, en la que se ven envueltas las autoridades encargadas de administrar justicia al verse impedidas de realizar de manera pronta y expedita la administración de justicia, como ha venido sucediendo desde que entro en vigor la

reforma de septiembre 3 de 1993, y que con la de marzo 8 de 1999 se tratan de corregir.

En este sentido es que el presente trabajo habla del concepto cuerpo del delito por ser incomprensible a tal grado de que Nuestro Máximo Tribunal así como la Ley, Doctrina y la Jurisprudencia no han sido acordes en establecer claramente un concepto de cuerpo del delito aplicable a todo ilícito descrito en la norma sustantiva penal, toda vez que antes de las reformas de 1993, nuestra legislación solo establecía un concepto en el sentido de los elementos materiales del injusto, de manera generalizada, posteriormente, se establece de la misma forma generalizada la comprobación de todos los elementos del tipo, como son objetivos, subjetivos y normativos, y ya con las últimas reformas de marzo y mayo de 1999, tanto del Pacto Federal, cuanto de las Legislaciones Procesales Penales, respectivamente, pretenden insertar todos estos elementos de manera particular, es decir que deben ser estudiados, en cada caso concreto que se presente, dichos elementos, a fin de comprobar el cuerpo del delito de acuerdo al tipo penal de que se trate, y de este modo el párrafo segundo del artículo 168 del Código Procesal Penal Federal, nos da un concepto de "el cuerpo del delito" en el que olvida insertar los elementos subjetivos.

Lo anterior obedece a que, como se advirtió en el presente trabajo, existen delitos que no comprenden todos los elementos del tipo penal, objetivos, subjetivos y normativos, y que además deberán ser materia de comprobación en la instrucción como labor judicial y no de la autoridad administrativa en el ejercicio de la acción penal, para evitar las anomalías de las reformas de 1993 donde se imponía al Ministerio Público, prácticamente, la realización de un juicio sumario exigiéndole mas requisitos que estropeaban la pronta y expedita administración de justicia, como lo sufrió nuestra sociedad en estos casi seis años, a consecuencia del error constitucional en su reforma anteriormente aludida, quedando impunes un ochenta por ciento aproximadamente de los delitos cometidos en este tiempo, como se establece en la exposición de motivos a las reformas del 8 de marzo de 1999.

En ese sentido y dada la enorme confusión entre la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia respecto de lo que se debe entender por el concepto del cuerpo del delito, considero prudente no tomar en cuenta de manera general, a efecto de su debida comprensión, el criterio sustentado por Nuestro Máximo Tribunal que anteriormente a las reformas de 1993 era sustentado al tenor y voz del siguiente criterio *Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren solo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito*". Como tampoco la ejecutoria sustentada bajo el rubro "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 ley penal." Sin embargo de acuerdo a las confusiones que se han generado y amplificado con las reformas de 1993 y que se trataron de corregir con la de 1999, considero oportuno que en la actualidad el concepto del cuerpo del delito que de manera general termina con la confusión señalada, es aquel a que alude el maestro Francisco Pavón Vasconcelos al establecer que *"por cuerpo del delito debemos entender el conjunto de elementos constitutivos de una particular figura delictiva, incluyendo aquellos de naturaleza normativa y aun los subjetivos, ya referidos a la ilicitud de la acción u omisión descritas o a la culpabilidad del autor"*.

Es decir debemos considerar y ponernos de acuerdo con un concepto sólido que describa a "El Cuerpo del Delito", en su esencia, siendo preciso, sin dudas ni reticencias, y si bien nuestras legislaciones procesales no definen tal concepto, si pueden establecer la manera de su comprobación, sin olvidar que los tipos penales, insisto, no contienen todos los elementos, refiriéndome a los Objetivos, Normativos y Subjetivos del injusto, estudiando en cada caso en lo particular los mismos a efecto de su comprobación.

7.- La tipicidad y la antijuridicidad no se identifican, solo se relacionan y en ocasiones se condicionan, pudiendo una conducta ser típica pero no antijurídica; ahora bien, por encontrarse ambas en el ámbito penal, tiene además funcionamiento indiciario de su existencia.

8.- El maestro Jiménez Huerta nos define al tipo penal como el injusto recogido y descrito en la ley penal, teniendo como fin primordial la tutela o protección de diversos bienes jurídicos.

9.- Con la finalidad de proteger los bienes penalmente tutelados, en contra de aquellas conductas de daño o de peligro se hizo necesario crear la figura jurídica de la tentativa, no obstante la falta del acto material de la consumación del delito.

10.- Asimismo y con gran acierto fue reformado el artículo 12 del Código Penal, ya que al tratar el principio de ejecución o de inejecución de la conducta, en la presente reforma se hace alusión tanto a la tentativa propia, cuanto al delito frustrado.

11.- Han existido diversas confusiones respecto de la figura de la participación donde se pretende, en ocasiones por parte de las autoridades, de tomar en cuenta la culpabilidad del autor material, cuando debe ser la apreciación culpable de todos los participantes.

12.- El dogma o aforismo "nullum crimen sine tipo", viene a ser la constitución de la mas elevada garantía que encuentra su exteriorización en la aplicación exacta de la ley, protegida por nuestra Carta Magna en su artículo 14.

13.- La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto; de aquí que el encuadramiento de un hecho al tipo, debe ser de estricta aplicación, ya que de lo contrario traería como consecuencia la inexistencia del delito donde ninguna otra figura delictiva puede ocupar por extensión su lugar.

14.- La importancia de la debida aplicación de la tipicidad, encierra la teleología del artículo 14. de nuestro Código Político en la garantía de la exacta aplicación de la ley, donde se debe imponer la pena exactamente al delito de que se trate, evitando así la aplicación de las penas por analogía y aun por mayoría de razón.

15.- Las reformas constitucionales mencionadas a lo largo de la presente tesis, en el sentido de introducir el concepto "tipo penal" en sustitución de "el cuerpo del delito" o viceversa, no fue realizado adhiriéndose a ninguna concepción dogmática o teoría particularizada respecto de la voz tipo penal, sino que fue utilizado en sentido meramente constitutivo de una garantía de carácter procesal que se reduce al principio de legalidad conocido como *nullum crimen sine lege*, el cual también se cumplía igualmente con el anterior concepto de "cuerpo del delito".

16.- En tratándose del esclarecimiento que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos ha realizado en el devenir histórico de nuestra sociedad apegándose hasta antes de las reformas de 1993, a las necesidades políticas, sociales y económicas de nuestro país, también es cierto que la legalidad en materia penal hace que la jurisprudencia sólo pueda ser a ese respecto una estricta tarea interpretativa de la ley existente y por ende, de ningún modo podrá concebirse como fuente creadora de dicha ley.

Luego entonces se deberá estar a lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecía hasta antes de las reformas de 1993, en el sentido que para comprobar el cuerpo del delito se deberán tomar en cuenta los elementos externos del delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, para el único efecto de poder lograr la consignación de los hechos considerados delictivos ante el juez competente, y así con mayor facilidad el obsequio de una orden de aprehensión y la declaración del auto de formal prisión, dejando para labor judicial la comprobación, en la instrucción, de todos los demás elementos objetivos, subjetivos y normativos de una particular figura delictiva, actualizando en tal sentido crítico la pena correspondiente al delito de que se trate, en la sentencia definitiva.

No pretendo que el razonamiento vertido con anterioridad sea materia de confusión, puesto que no me encuentro en contradicción con el criterio realizado en el párrafo siete de la conclusión marcada con el número 6 del presente trabajo, toda vez que lo que se pretende es que el ministerio público en el desempeño de sus funciones no realice prácticamente un juicio sumarísimo acreditando todos y cada uno de los elementos del injusto en lo particular, sino que en esa etapa del procedimiento basta con que se tengo por demostrado el cuerpo del delito con total abstracción de la voluntad o del dolo que ya sería materia de una sentencia definitiva, lo anterior entendiéndose como eminentemente provisional dada la etapa procesal en que se aplique como grado mínimo de comprobación del hecho.

17.- Del contenido del presente trabajo se advierte a todas luces que las reformas en cuestión se han limitado a convertirse en agregados, parches o implantaciones dispersas que producen la pérdida progresiva para lograr una

mejor protección del principio de seguridad jurídica, lo necesario sería un cambio, mejoramiento o adecuación no de unos cuantos preceptos o capítulos aislados, sino de toda aquella normatividad implicada en el funcionamiento procedimental del sistema penal mexicano, abarcando inclusive, la Ley de Amparo como medio de control constitucional y de legalidad, toda vez que las reformas constitucionales produjeron efectos que no pueden ignorarse, sino por el contrario reclaman una solución inmediata, pues los órganos de justicia se ven inmersos en un anárquico estado de aplicación de los conceptos y contenidos de la reforma penal, que afecta sin duda al más elemental sentido de justicia.

Por todo lo anterior, no podemos escapar al sentido crítico de que las reformas solo fueron una mera transición entre los vocablos "cuerpo del delito" y "tipo penal", es decir, un cambio repentino de expresión ya que no existe un criterio uniforme respecto del contenido que debe asignarse a la figura del tipo penal, pues subsisten ordenamientos que lo consideran de acuerdo a la perspectiva tradicional frente a otros que pretenden hacer aplicación de criterios más modernos o evolucionados, traduciéndose en una situación preocupante y una crisis en el derecho penal de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos. Décima Edición. México 1986.
- 2.- BERMÚDEZ MOLINA, Estuardo Mario. Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo Penal. Talleres Gráficos de México, 1996.
- 3.- BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, S. A. Decimotercera Edición. México 1980. .
- 4.- CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales. Quinta Edición. Editorial Porrúa, UNAM. México, 1996.
- 5- CARRANCA Y TRUJILO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Decimoseptima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1991.
- 6- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Vigésimo novena Edición. México 1991.
- 7- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Volumen I. Decimocuarta Edición. Barcelona 1964.
- 8- ETCHEVERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte General. Santiago 1965. Segunda Edición.
- 9.- GARCIA RAMÍREZ, Sergio. Cuadernos Constitucionales México-Centro América. Comentarios sobre las reformas de 1993, al Procedimiento Penal Federal, Centro de Estudios Constitucionales México, Centro América, UNAM. México 1994.
- 10.- GARCIA RAMÍREZ, Sergio. El nuevo Procedimiento Penal Mexicano. La Reforma de 1993-1994. Editorial Porrúa. México 1994.

- 11.- GARCIA RAMNIREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México 19989.
- 12.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Código Penal Comentado. Decimoprimer Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1994.
- 13.- GRAF DOHNA, Alexander. Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1958.
- 14.- HIDALGO RIESTRA, Carlos. Derecho Procesal Penal Mexicano. Guadalajara. México 1986. Editorial Gráfica Nueva.
- 15.- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Hermes. Buenos Aires 1954. Segunda Edición.
- 16.- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal Argentino. Tomo II y III. Editorial TEA. Buenos Aires 1951. Y otras ediciones.
- 17.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S. A. México 1955.
- 18.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S. A., México 1972.
- 19.- MAGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo II. Editorial Themis. Bogota.
- 20.- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Editorial Porrúa, S. A. México 1988. Primera Edición.
- 21.- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. El Juicio de Amparo en Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A. México 1991.
- 22.- MATOS ESCOBEDO, Rafael. Límites de las Facultades Federales para Legislación en Materia Penal, Criminalia. México año XI. Número 4. 1945.

- 23.- MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. Tomo III, Madrid 1955. Traducción de José Antonio Rodríguez Muñoz.
- 24.- MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. Segunda Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1990.
- 25.- NUÑEZ, Ricardo C. Concurso de Delitos. Enciclopedia Omeba III. Buenos Aires 1955. Editorial Bibliográfica Argentina.
- 26.- OVALLE FAVELA, José. Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Mc-Graw-Hill. 1996.
- 27.- PALACIOS, Ramón. La Tentativa. El Mínimo de Ilícitud Penal. Imprenta Universitaria. 1951.
- 28.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Concurso Aparente de Normas. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1989.
- 29.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. Undécima Edición. México 1994.
- 30.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A. Decimosexta Edición. México 1994.
- 31.- SOLER, Sebastián. Tratado de Derecho Penal Argentino. Tomo I. Editorial TEA, Buenos Aires 1951.
- 32.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México 1960. Segunda Edición.
- 33.- VON BELING, Ernest. Esquema de Derecho Penal. Buenos Aires 1944. Traducción de Sebastián Soler.
- 34.- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General, Decimosegunda Edición. Tercera Edición Castellana, Traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. 1987.

35.- ZAFFARONI EUGENIO, Raúl. Manual de Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. -Cuarta Edición. Buenos Aires Argentina 1988.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**