



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“REFORMA AL ARTÍCULO 16 Y 19 CONSTITUCIONALES PARA RETOMAR COMO
REQUISITO EL CUERPO DEL DELITO”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ERICK CRISTOPHER MORALES SALAZAR

ASESOR DE TESIS:

MTRO. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA



MÉXICO, DISTRITO FEDERAL 2010.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

A DIOS:

Por que ha puesto en mi camino derrotas y bendiciones, por que me ha hecho caer dándome la oportunidad de levantarme.

A MI MADRE:

Por que ha sido la persona que ha guiado mi vida, que demuestra con cada acción la fortaleza del carácter, quien ha sabido demostrar cariño y amor en todo momento, porque me ha hecho comprender que los logros se ganan con trabajo, permitiendo que cometa mis propios errores mas nunca olvidando lo débil que puede ser el alma, a ti madre te agradezco todo lo que has hecho, comprende que mis triunfos solo son el fruto de tus acciones; no hay palabras que puedan expresar lo que en mi vida significas, pero sí para hacerte parte de un paso en mi carrera y esa es GRACIAS.

A MI PADRE:

Por inventar un futuro a tu lado, gracias por estar con nosotros y permitirnos entrar en tu vida.

A MIS TIOS, TIAS, PRIMOS Y PRIMA:

Por su confianza y apoyo, no puedo imaginar lo que soy sin sus brazos en mi hombro, los hago parte de mi vida y mi destino.

A MI ASESOR DE TESIS, LICENCIADO CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA:

Por su paciencia, apoyo y dedicación, en la realización de este trabajo.

AL LIC. ISRAEL RIVERA FLORES:

Por que fue y será una piedra medular en momentos vitales, agradezco a dios por haberlo conocido y permitirme ser su amigo.

AL LIC. JORGE ALBERTO MENESES MORALES:

Por su apoyo, confianza y una amistad invaluable.

AL LIC. FABRICIO GARCIA IBARRA:

Gracias por su amistad y consejos, pues ha hecho emerger una madurez profesional y personal.

AL DOCTOR VICTOR MANUEL MARTINEZ CONTRERAS:

Por ser el ejemplo a seguir y enseñarme que hay que ser tenaz con la vida, pero humilde con el destino.

A MIS AMIGOS:

DIEGO CORONA REYES, NIELS CAIN MORALES PEREZ, JOEL FLORES TORRES, GERARDO CRUZ NERI, CARMEN LOPEZ LEIVA, ANAID ELENA VALERO MANZANO, DIANA YADIRA HINOJOSA PEREZ, por que en cada gesto de aliento descubro la importancia de la amistad.

A ESTIBALIZ SOLEIL VERA MONTES:

Por ser la compañera de mi vida siendo el báculo de mi existir, por su apoyo en todos los momentos difíciles, por compartir conmigo sus alegrías y temores.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y LA FACULTAD DE DERECHO:

Porque me dio la satisfacción de conocer sus aulas, a sus maestros y a mis amigos, concediéndome la oportunidad de encontrar la experiencia que brinda la academia, pero sobre todo por hacerme parte de la Máxima Casa de Estudios.

ÍNDICE

“PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 16 Y 19 CONSTITUCIONALES PARA RETOMAR COMO REQUISITO EL CUERPO DEL DELITO”

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

CUERPO DEL DELITO, TIPO Y TIPICIDAD

1.1) CONCEPTO DE CUERPO DEL DELITO	1
I) EN LA DOCTRINA EL <i>CORPUS DELICTI</i>	1
II) EN LA CONSTITUCION.....	12
III) EN LOS ORDENAMIENTOS ADJETIVOS	16
1.2) CONCEPTO DEL TIPO PENAL.....	21
I) TEORIAS DOGMATICAS DEL TIPO PENAL	31
1.3) LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL	71
1.4) EVOLUCION DEL TIPO.....	90
1.5) TIPO Y TIPICIDAD.....	95
1.6) CONCEPTO DE TIPICIDAD	96
1.7) TIPO Y CUERPO DEL DELITO	100
1.8) DIFERENCIA ENTRE CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL.....	102

CAPÍTULO SEGUNDO

ARTÍCULO 16 Y 19 REFORMAS CONSTITUCIONALES

2.1) ANTECEDENTES	106
I) EL CUERPO DEL DELITO SUS REFORMAS.....	106
2.2) PRINCIPALES REFORMAS CONSTITUCIONALES	118
I) REFORMAS DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993	118

II) INICIATIVA DE REFORMA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1997	128
III) REFORMAS DEL 8 DE MARZO DE 1999.....	136
IV) REFORMAS DEL 18 DE JUNIO DEL 2008	159

CAPÍTULO TERCERO

REFORMAS PROCESALES RESPECTO CUERPO DEL DELITO

3.1 LAS REFORMAS ADJETIVAS DEL CUERPO DEL DELITO EN NUESTRO PAIS.....	173
I) CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	186
3.2 LEGISLACIÓN ADJETIVA VIGENTE	207
3.3) JURISPRUDENCIA.....	222
3.4) HOMOLOGACION DE CRITERIOS NORMATIVOS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	228

CAPÍTULO CUARTO

REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL CUERPO DEL DELITO EN UNA GARANTIA DE LEGALIDAD DE IMPACTO PROCESAL

4.1) GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL.....	233
4.2) GARANTÍA DE SEGURIDAD EN SU EXACTA APLICACIÓN A LA LEY PENAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.....	236
4.3) GARANTÍA DE SEGURIDAD EN CUANTO A SU CAUSA LEGAL DEL PROCEDIMIENTO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.....	251
4.4) GARANTÍA DE LEGALIDAD EN CUANTO AL ENCAUSAMIENTO JURÍDICO PROCESAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.....	259

4.5) VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS DESDE EL PUNTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL DEL 18 DE JUNIO DEL 2008.....	262
4.6) PROPUESTA DE ADAPTACIÓN DE UN MODELO LEGALISTA EN LOS ELEMENTOS PRELIMINARES DE COMPROBACIÓN, CUERPO DEL DELITO.....	267
CONCLUSIONES.....	275
PROPUESTA.....	280
BIBLIOGRAFÍA.....	286

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo es un reflejo de distintos tipos de ideología que han compartido postulados en un punto de convergencia sobre la narrativa de una utopía o sueño de justicia penal, marcado por numerosos acontecimientos que han impuesto pauta en una dogmática procesal (bivalente), que encierra un aspecto de gran importancia para todo estado de derecho democrata social, como lo son los requisitos de inicio o encausamiento penal.

Así bien, en el cuerpo del presente trabajo hace un breve periodo conceptual, sobre la dogmática punitiva, en la cual se ha postrado una simetría de reformas que han partido de criterios doctrinarios, los cuales han visto nacimiento como una cúpula normativa que de forma estructurada permean la visión histórica y axiológica de los diversos bloques en el tiempo, haciendo énfasis en lo ríjoso -en algunos periodos- que resultaba linear las principales teorías con un realismo jurídico, que sobrepasaba las tendencias doctrinales.

En este sentido, el entramado que se ajustaban las distintas teorías, que indudablemente México o algunos de los legisladores querían adoptar, defendiendo sobre la veracidad y certeza de la doctrina que cada autor sostiene pero que sin lugar a dudas solo contemplaba una mezcolanza, un poco extraña, de lo que se configuró como aquellos requisitos de incoación o la figura (histórica) del cuerpo del delito.

Con base a lo anterior, el presente trabajo consta de cuatro capítulos que primeramente inicia sobre un supuesto en la concepción del cuerpo del delito, su diferencia con el tipo penal, juicio de tipicidad y por último con los elementos del tipo penal, que partía muchas veces de un criterio por naturaleza procesal a una desviación encarnada de la dogmática penal, pero aún más de cómo fue conformándose la figura del tipo (no del cuerpo del delito) desde su creación con Beling -1906- modificada posteriormente por penalistas "neokantianos" como Max

Ernest Mayer y Mezger (neocausalismo), un tipo dotado de un sentido volitivo contra una figura neutra o avalorada, pasando con el fundador de la teoría de la acción final que, mediante un tipo vidente, formulaba una concepción distal de lo que hasta el momento se consideraba la figura descriptiva (debiendo observar sobre el contexto histórico y filosófico en el cual se desbordaba la hermenéutica penal alemana como lo es el seguimiento de dos guerras mundiales y el cambio de perspectiva respecto a un positivismo jurídico) y por último –pero sólo de forma momentánea- una imputación objetiva que aún no hecho eco en nuestra legislación penal, de forma expresa.

Así mismo, y de forma consecutiva en el segundo capítulo se establecen las distintas reformas –perjudiciales en algunos casos- sobre el concepto de cuerpo de delito, elementos de tipo penal y datos de la existencia del hecho, que ha tenido la Carta Magna, las cuales de forma histórica contemplan un conjunto de principios, nacientes de una premisa de legalidad en una conjunción procesal, llamada bifurcación jurídica de un principio de certeza jurídica que aterriza en un bien de altivo cuidado, como la libertad.

De igual forma, el capítulo tercero programa la derivación que de forma necesaria se estima de una reforma constitucional, como lo es la modificación adjetiva y de interpretación jurídica, el cual da un claro panorama sobre el pensamiento o la política criminal en la cual versa la figura preliminar para un encausamiento penal, cumpliendo dichas reformas procesales -en la mayoría de los casos- con la misma literalidad legislativa, llegando hasta la legislación actual en la cual aún no se ha pronunciado la mayoría de las legislaciones locales sobre el nuevo criterio del nuevo sistema de justicia penal.

Por último, se hace una disgregación sobre el alcance de las garantías individuales en las diversas reformas, al cuerpo del delito, las cuales hacen meca de forma sistemática con la legalidad en una determinación inicial sobre la libertad del indiciado.

1.- CUERPO DEL DELITO, TIPO Y TIPICIDAD.

1.1) CONCEPTO DE CUERPO DEL DELITO

I) EN LA DOCTRINA EL *CORPUS DELICTI*

El cuerpo del delito, ha sido motivo de disputas y discusiones sobre su contenido y concepto, de lo que a través de un seguimiento evolutivo, distintos autores lo han contemplado de manera divergente, estimando desde el instrumento, los vestigios, huellas hasta el cadáver que se aposenta en el acontecimiento homicida.

Es decir, es una figura, la cual, ha visto un cauce de distintos sistemas normativos y contextuales, adoptado de una forma circunstancial de dirección criminal, de investigación o dogmática, en cada cultura.

Por otra parte, es de menester atemperar un conocimiento idóneo, de lo llamado cuerpo del delito, en importancia de encontrar los elementos generales y particulares que, engendrarían un sujetamiento o vinculación a un proceso de índole punitivo, del cual se vea inmerso en una estela de acercamiento en su más íntima naturaleza a un derecho garantista, de certeza legal y seguridad jurídica.

En atención a esto, el diccionario razonado de legislación y jurisprudencia del jurista español Joaquín Escriche, contiene definiciones basadas en leyes, usos, costumbres y doctrinas de los jurisconsultos de la época que influyeron de manera decidida en los juristas hispanoamericanos, habiendo sido adicionado en 1852 con importantes notas y citas que aprobó para la República Mexicana el licenciado don Juan Rodríguez de San Miguel, oriundo de nuestro país, con lo que se dio una difusión y amplia a la visión tradicionalista de diversas instituciones

jurídicas. El histórico diccionario de Escriche nos ilustra sobre lo que debemos entender por cuerpo del delito al puntualizar que *“es la cosa en que o con que se ha cometido algún delito, o en la cual existen las señales de él, como por ejemplo, el cuerpo del muerto o herido, el arma o instrumento con que se hizo la herida, la cosa robada si pudiere ser habida, el quebrantamiento de puerta si la hubo, el instrumento con que se ejecuto, la llave falsa. El cuerpo del delito, es decir la existencia del delito, es la cabeza y fundamento de todo proceso criminal; porque mientras no conste que ha habido un delito no se puede proceder contra nadie. Así esta dispuesto por las leyes, y con mucha razón, porque así se guía todo motivo de perseguir a personas inocentes por delitos imaginarios o figurados precisamente para dar un fundamento a la persecución. ¿Cuántos hombres que han desaparecido de repente y han sido tenidos por muertos, se han presentado pasados algunos años, y después tal vez de haber perecidos en el cadalso algunos inocentes á quienes se acuso de haberlos asesinado? En Dijon de Francia fue condenado un joven a la pena de muerte por la presunción que se tuvo de que la había dado a otro joven con quien había cenado la víspera de un viaje que iba a hacer sin noticia de su familia, y cuatro o cinco meses después de la ejecución de la sentencia se presento el joven que se había ausentado y se creía muerto. Antes pues de buscar un homicida, es menester tener la seguridad del que se ha cometido un homicidio; y lo mismo debe decirse de cualesquiera otros delitos. Tal vez por seguir este orden se librará algún delincuente de la pena que merece; pero este no es un mal tan grave como el de exponer a personas inocentes a procedimientos molestos y costosos, y a la arbitrariedad de los jueces”*.¹

A su vez Juan Rodríguez De San Miguel señalaba *“Cuerpo del delito no es, como algunos imagina, el efecto que resulta del hecho criminal, no el instrumento con que este se ejecuta, ni otras señales de su perpetración; así que las heridas, el puñal, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del que la robo, el reconocimiento de la estuprada hecho por matronas, no deben llamarse cuerpos de*

¹ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal comercial y forense con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado JUAN RODRIGEZ DE SAN MIGUEL. UNAM. México 1996. p. 168.

*los delitos de homicidio, hurto y estupro. Estos son efectos o instrumentos por cuya inspección se viene en conocimiento de haberse ejecutado un hecho prohibido por la ley, y esta ejecución es propiamente el cuerpo del delito. Supongamos, pues, en el estupro, que la desflorada queda en cinta, el feto será el efecto de aquel hecho criminal y no el delito ni su cuerpo, como tampoco lo son las señales del desfloramiento que hayan observado las parteras o matronas al reconocer a la estuprada; pues dolo, la copula o el hecho material con que se contravino a la ley, es el cuerpo del delito; y así, cuando los autores dicen que ese se prueba por reconocimiento del cadáver, por la inspección de las heridas etc., se aplican acerbamente”.*²

De la definición anterior, se aprecia que dicho autor, hace una depuración en lo que define como cuerpo del delito, asentado sobre la base, que el cuerpo del delito no son los instrumentos, huellas o vestigios, sino que se presenta en la ejecución del hecho, de lo cual de manera confusa, aparenta sobre la distinción de una probanza o consecuencia a lo que él señala como (dolo, copula o hecho material con lo que se contravino la ley), es decir la descripción del injusto

Además, se aprecia cómo era muy natural conceptualizar, antiguamente al cuerpo del delito como la cosa en que o con la que se ha cometido un acto criminal, o en la cual existen las señales de él, por ejemplo el cadáver del asesinado, el arma con que se le hirió, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del que se la robo, sin embargo se consideraba que el cuerpo del delito, no era otra cosa que la ejecución, la existencia misma, la realidad del delito.

Adicionalmente Franco Sodi en 1942 establecería que “*comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de un hecho, **con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley***”. Al respecto decía que “*son elementos*

² RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan. Curia Filípica Mexicana. Obra completa. México, 1850. Primera reimpresión. UNAM 1978. P. 428.

*objetivos del tipo todos aquellos elementos descriptivos que el mismo contiene y que por su naturaleza material externa puede conocer el juez con los sentidos”.*³

En otras palabras ya hace una distinción de manera más estructurada, jurídica y atemperada de un concepto que parte de un sistema garantista, del cual se desprende la consecuente bifurcación de un derecho adjetivo y sustantivo, que parte de una ontología de elementos de comprobación, que aún en forma primaria, solo los contempla como de manera externa.

Es decir que la expresión *corpus delicti*, ya es definido, en el sentido fundamental como el hecho objetivo, tanto permanentemente como transitorio, en cada delito o la acción, abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción.

De las concepciones anteriores, se destaca la importancia del *corpus delicti* en el sistema jurídico mexicano, y su evolución, mencionando tres sentidos en que es empleado ya que unas veces, como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, ínsito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción (un incendio, un homicidio, un fraude), otras como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración (un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota), y en una tercera y última acepción, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada.

Por otra parte, Julio Acero establece que “es el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción o si se quiere insistir en identificarlo con considerado en su aspecto meramente material de hecho violatorio, de acto y omisión previsto en la ley”.⁴

³ FRANCO SODI, Francisco. El cuerpo del delito y la teoría de la tipicidad, Criminalia. Año VIII. No. 7. México, 1942, p. 391.

⁴ ACERO, Julio. Procedimiento Penal. Sexta edición. Editorial Cajiga. México, 1968. P. 95.

El autor, Luis Jiménez de Asúa dice que según su modo de ver, el cuerpo del delito es el objeto materia del mismo y, en todo caso, el instrumento con que se perpetra.⁵

En cambio, Borja Osorno establece que al cuerpo del delito se le han dado tres acepciones diferentes. Algunos entienden que el cuerpo del delito es el delito mismo. Otros estiman que el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que comprende la definición legal. Los terceros opinan que el cuerpo del delito consiste exclusivamente en los elementos materiales.⁶

De lo que ya denota una separación real, desde una perspectiva completamente jurídica, de lo que es cuerpo del delito, dando pauta, a que se extienda ahora, a lo que debe de contener esta figura.

Además, Juan José González Bustamante puntualiza que el cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición.⁷

Es decir, el autor antes señalado asevera que aceptar que el cuerpo del delito se comprueba solamente por elementos materiales, tal como lo establece la Ley Procesal, hace pensar que el cuerpo del delito está integrado únicamente por los elementos de los cuales se tiene conocimiento a través de los sentidos.

Bajo lo anterior, ahora ya se contempla como una figura que contiene elementos, de los cuales son de loable certeza para la concreción de un abstracto, pero a su vez solo limitándose, a señales materiales.

⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Tomo III. Tercera Edición. Editorial Losada. Argentina, 1965. P. 752.

⁶ BORJA OSORNO, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Editorial Cajiga. México, 1969. P. 204.

⁷ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 1967. P. 159.

Para Manuel Rivera Silva enseña que el cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que empotra con precisión en la definición legal de un delito. Así pues, el cuerpo del delito es el encontrado de un delito real que cabe en los límites fijados por la definición de un delito legal.⁸

En forma similar, Guillermo Colín Sánchez, ya encontrando un sentido evolutivo doctrinal, adhiriéndose a los elementos del tipo establecidos por Mezger establece que existe cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito es decir atendiendo a lo objetivo, objetivo y normativo, objetivo, normativo y lo subjetivo, o bien a lo objetivo y subjetivo.⁹

A mayor abundamiento, González Quintanilla señala que, el cuerpo del delito consisten en lo histórico del hecho, es decir, su realización fenomenológica en el mundo natural integrado por la materialidad de todos los elementos que contenga, la figura típica, haciendo abstracción de la atribuibilidad que al activo se le haga de los hechos.¹⁰

Por lo que respecta al maestro Sergio García Ramírez, asevera que la tendencia moderna de la doctrina mexicana se pronuncia, de plano, en el sentido de referir el cuerpo del delito a los elementos plenarios del tipo. Distinguiendo entre los de carácter objetivo, los subjetivos y los normativos, se afirma que el cuerpo del delito existe cuando se hallan debidamente integrados tales elementos, en los términos del tipo correspondiente, establece que *“el cuerpo del delito corresponde al conjunto de elementos previstos en el tipo penal, excluir alguno o algunos de ellos para los efectos de la consignación, la aprehensión o el auto de procesamientos, **so pretexto de flexibilizar la actuación penal del Estado,***

⁸ RIVERA SILVA, Manuel. Procedimiento Penal, Vigésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1993, P. 160.

⁹ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1970. P. 379.

¹⁰ GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa. México, 1991. P. 460.

implica desconocer el carácter integral del delito y propicia frustraciones e injusticias”.¹¹

Entre los autores clásicos Bentham, sostiene que cuerpo del delito es el estado de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente las cosas, sino también las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir a su estado físico, independientemente de sus facultades intelectuales, como es el caso de marcas producidas por enfermedad o por violencia externa.¹²

De igual forma, de su pensamiento doctrinal, se aprecia, que el cuerpo del delito como figura descriptora, dicta definiciones que crea el legislador fijándose en los actos conculcadores de la vida social, y con su esencia construye los tipos delictivos.

Aunado a esto, casi siempre se configura con el acto y la consecución, los cuales se observan y desprende de los motivos y elementos morales. Sin embargo en algunos casos el legislador coloca en su definición de elementos de índoles subjetiva, que juegan un doble papel que son elementos de la definición del delito (dolo específico) y elementos morales necesarios para la sanción.

Además, que es calificado por otras de carácter valorativo, cuando la definición comprende estas, como sucede con el estupro, que requería la castidad y honestidad, conceptos que entrañan valoraciones.

A su vez, el cuerpo del delito se clasifica por notas de la calidad del sujeto, cuando en la descripción de la conducta registrada por el legislador, se señalan características de tal especie, como sucede con el peculado, que requiere en el sujeto activo la calidad de servidor público. Por ultimo, el cuerpo de delito es

¹¹ GARCÍA RAMIREZ, Sergio. Criminalia. Año LXVI. No. 2. 2000, Notas para la introducción y el diagnóstico. P. 93.

¹² GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal, Edit. Porrúa, México 1983, P. 397.

calificado por notas de relación, cuando el delito legal señala características de vinculación de los sujetos, como es el caso del incesto.¹³

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que por cuerpo de delito debe entenderse el conjunto de los elementos externos que constituye la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

De esto, es de reiterar la suma importancia que tiene esta figura que constituye una amalgama de índole procesal sustantivo, la cual no puede ser dejado de lado, sin violentar un principio de legalidad, pues como lo dice el maestro Rivera Silva “La base en todo procedimiento penal, es la comprobación de cuerpo de delito, ya que en caso de no encontrarse comprobado, no podrá procederse en contra de persona alguna, ya que antes de perseguir al homicida, es necesario comprobar que el homicidio existe como una verdad de hecho, pues en caso contrario, equivaldría a buscar la causa de un fenómeno imaginario.”¹⁴

Por lo que al respecto se contempla, las distintas formas de su comprobación, como lo es la prueba directa, que es por naturaleza esencialmente objetiva, porque nos lleva a la comprobación del hecho o circunstancia, por la materialidad del acto, y es la que mas satisface, porque llega al conocimiento de la autoridad por su propia percepción.

En cambio las pruebas indirectas son pruebas de confianza para el juez, atendiendo a la confianza que le inspire el órgano o el medio de prueba que la produce, como seria el testimonio de una persona o el documento en que se haga constar el hecho.¹⁵

¹³ *Ibíd.*, P. 398.

¹⁴ RIVERA SILVA, Manuel, *Óp. Cit.*, P.157.

¹⁵ *Ibíd.*, P.158.

Respecto a los delitos que no dejan huella permanente “es notorio que la previa investigación de un cuerpo del delito sería un empresa quimérica, y aun respecto de los delito que dejan huella permanente, aunque es cierto que se debe proceder con todo ahínco a buscar esas huellas, sin embargo, es imposible admitir la doctrina de que la ausencia cumple de vestigios materiales puede asegurar la impunidad de un acusado cuya culpabilidad este acreditada con testigos directos. Si tal fuera admisible, sigue diciendo el citado autor, entonces un asesino se podría a salvo de toda pesquisa con solo ocultar o destruir el cadáver de su víctima.¹⁶

En este orden de ideas debe decirse, que o debe concretarse la comprobación de cuerpo del delito, únicamente a los elementos materiales, sino también aquellos indicios que pueda comprobar la existencia de un ilícito que no deje vestigios materiales de su perpetración, siendo que para ello la legislación vigente permite al órgano investigador y al jurisdiccional la utilización de todo tipo de medios de investigación para comprobar el cuerpo de delito y la responsabilidad probable o plena de quien lo haya cometido.

La comprobación de cuerpo del delito en los ilícitos de mera conducta, no es posible si se atiende a estas reglas, pues al no dejar huellas materiales que cambien el mundo exterior, no sería posible su comprobación, por lo cual debe recurrirse a otro tipo de evidencias probatoria.

Dicha comprobación de cuerpo del delito, no solamente es un requisito procesal para que pueda dictarse el auto de formal prisión, sino un imperativo que establece la Constitución, advirtiéndose que la comprobación de cuerpo del delito, constituye una valorización de las pruebas obtenidas al vencimiento del término constitucional y es una facultad exclusivamente jurisdiccional.

¹⁶ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Óp. Cit., P. 164.

Bajo este mismo tenor, es de observar que la policía Judicial y el Ministerio Público, en las diligencias que practican en el periodo de averiguación previa que antecede a la consignación a los tribunales solo aseguran la prueba pero no la valorizan y si recogen los instrumentos y objetos del delito y describen las huellas y vestigios que hubiese dejado, es con el objeto de que el juez esté en condiciones de poder apreciar su valor probatorio.

Es decir, el Ministerio Publico y la Policía Judicial, solo aportaran al proceso los elementos de prueba que han de servir al juez para pronunciar su resolución.

En suma, “solo existen dos reglas para la comprobación de cuerpo del delito, la primera es la regla genérica, la segunda es la especial. Si hemos entendido por cuerpo del delito en el procedimiento penal mexicano, los elementos materiales que se contienen en la definición, si no existieran reglas especiales, serian suficiente que tuviéramos noción de lo que se entiende por elementos materiales para que el requisito primordial que establece el articulo 19 de la Constitución quedara satisfecho.”¹⁷

De todo lo anterior se vislumbra, que la regla genérica para la comprobación de cuerpo del delito, consiste en comprobar la existencia de su materialidad, separando los elementos materiales de los que no lo son, en la definición contenida en cada tipo legal.

En este contexto se puede ver, como el artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que el cuerpo del delito puede comprobarse mediante toda clase de pruebas, siempre que estas sean lógicamente adecuadas para lograr el conocimiento de la existencia del elemento constitutivo de que se trate.

¹⁷ *Ibíd*em, P. 166.

Los elementos materiales del delito que se traduzcan en cambio o modificaciones anatómicas o patológicas, como sucede por ejemplo en los delitos sexuales, deberán ser comprobados mediante pericia médica. Y aquellos otros que afecten a objetos y lugares, como por ejemplo en el delito de daño en propiedad ajena, deberán acreditarse forzosamente por medio de la inspección ocular, como lo dicen los artículos 96 y 97 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

A mayor abundamiento y ejemplificando lo anterior, vemos como el cuerpo del delito de lesiones que pueda percibirse por el sentido de la vista, se comprobara por la inspección ocular de las mismas que corresponde practicar al Ministerio Publico en las diligencias de averiguación previa o al juez en su caso, en el curso del proceso. La inspección debe recaer tanto sobre los caracteres semiológicos de la lesiones como sobre su localización topográfica en el cuerpo del lesionado. La clasificación de las lesiones se lleva a cabo pericialmente, en términos del artículo 169 del Código Federal de Procedimientos Penales.

A su vez, el artículo 170 del Código Federal de Procedimientos Penales, refiere, que en el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad provenientes de delito, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección ocular y descripciones hechas por el Ministerio Publico, de las manifestaciones exteriores que presentare la victima y con el dictamen medico en que se expresaran los síntomas que tenga, si existen esas lesiones y si se ha producido por una causa externa.

Habida cuenta de las definiciones anteriores, se puede afirmar que comprobar el cuerpo del delito, es demostrar la existencia de los elementos materiales del proceso externo y la consecuencia, incluyendo las notas subjetivas, valorativas, de calidad del sujeto o de relación previstas por el delito legal y también las referencias que hacen al proceder o situación del sujeto pasivo.

II) EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que sanciono el 24 de octubre de 1824, en el artículo 150 como exigencia para la detención del gobernado, requería, una prueba semiplena o indicio de que es delincuente, la cual lo refiere de la siguiente forma:

Artículo 150. Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente.

Artículo 151. Ninguno será detenido por indicios más de sesenta horas.

En 1842 en la Comisión Constituyente, en su artículo 5 fracción VIII para efectos de declarar “bien preso”, a un probable responsable, exigía un auto motivado en donde se aprecie, que se le haya instruido la causa de su prisión y del nombre del acusador si lo hubiere, y **de la que resulte que se cometió un delito determinado y que haya al menos una semiplena prueba plena para creer que el acusado lo cometió.**¹⁸

En 1856 en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana en su artículo 44, señalaba:

*Que la autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copias al reo y su custodio, y para el cual se requiere que este acreditado el **cuerpo del delito, que hayan datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable, y que se le ha tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere.***¹⁹

¹⁸ UROSA RAMÍREZ Gerardo Armando, El Cuerpo del delito y la responsabilidad penal, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, P.62.

¹⁹ TENA RAMIREZ, Felipe. Leyes fundamentales de México 1808-1998. Vigésima primera edición, Porrúa 1998. P. 504.

En la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, el cuerpo del delito no fue incluido por los constituyentes, pues los artículos 16 y 19 no lo mencionan, pues solo se limitaba el 16 a decir que *“nadie puede ser molestado e su persona familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso del delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata”*.

Y el artículo 19 constitucional mencionaba *“ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término, constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente y a los agentes, ministros, alcalde o carceleros que la ejecuten. Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades”*.

El artículo 16 del pacto federal, publicado el 5 de febrero de 1917, en vigor a partir del 1 de mayo de 1917 hasta el 3 de septiembre de 1993 en la parte conducente al párrafo primero establecía:

Artículo 16. 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 aquellas por declaraciones, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculgado.

El texto del artículo 16 de la Constitución, párrafo segundo reformado y en vigor del 4 de septiembre de 1993 a octubre de 1998, señalaba:

*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.***

El mismo artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1999, establecía:

*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*

Con relación al texto del artículo 19 párrafo primero de la Carta Magna, publicado en 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación, en vigor a partir del primero de mayo de 1917, hasta el 3 de septiembre de 1993, debe indicarse que dicho texto establecía:

*Artículo 19: Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquel, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, **lo que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito** y hacer probable la responsabilidad del acusado.*

En 1993 el artículo en comento fue derogado, quedando como sigue:

*Artículo 19: ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y **siempre que de lo actuado aparezcan datos suficiente que acrediten os elementos del tipo penal que se impute al detenido** y hagan probable la responsabilidad de este.*

Así como en 1999 el artículo en comento fue derogado, quedando como sigue:

*Artículo 19: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de sesenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran, 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 la responsabilidad del indiciado.*

Posteriormente, el miércoles 18 de junio del 2008, se pública en el Diario Oficial el decreto que reforma y adiciona diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre otros el relativo al numeral 16 y 19, para quedar como sigue:

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y OBREN DATOS QUE

ESTABLEZCAN QUE SE HA COMETIDO ESE HECHO y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, ASÍ COMO LOS DATOS QUE ESTABLEZCAN QUE SE HA COMETIDO UN HECHO QUE LA LEY SEÑALE COMO DELITO y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.²⁰

III) EN LOS ORDENAMIENTOS ADJETIVOS

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880, en sus artículos 121 y 157, prevé el derecho de defensa, la inviolabilidad del domicilio, la libertad bajo caución, etc. **Consagraba la comprobación de la existencia de un hecho u omisión que la ley reputa delito**, como la base del procedimiento que al respecto señalan:

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

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

²⁰ Debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a diecisiete de junio de dos mil ocho.

Durante junio de 1981 se reformo la anterior legislación adjetiva en donde se especifican las atribuciones de Ministerio Público y estableciendo en lo que interesa, en sus numerales 121 y 122 lo siguiente:

Artículo 121. La base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho o la de una omisión que la ley repta delito; si ella no puede haber procedimiento ulterior

Artículo 122. Todo juez que adquiriera conocimiento de que se ha cometido un delito, si el objeto material sobre el cual ha sido cometido existe, deberá hacer extender una acta en que se describan minuciosamente los caracteres y señales que presenten la lesión, o los vestigios que el delito haya dejado, el instrumento o medio que probable o necesariamente haya debido cometerse, y la manera en que se haya hecho uso del instrumento o medio para la ejecución del delito. El objeto sobre que este haya recaído, se describirá de modo que queden determinadas su situación y cuantas circunstancias puedan contribuir a indagar el origen del delito, así como es de gravedad los accidentes que lo hayan acompañado. Esta acta se llama de descripción.

Además el ya señalado numeral 121 código de procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, fue modificado en fecha 6 de junio de 1894, señalando que “deben practicarse las diligencias tendientes a comprobar el cuerpo del delito, **teniendo siempre implícita la presunción de dolo** y continuando en términos generales con la regulación precedente”. Se crea una regla de comprobación general para todos los delitos, contenida en el artículo 104 que justificaba el cuerpo del delito.

Así bien el Código Federal de procedimientos penales de 1908-1909 en su artículo 107, copiando en gran parte el Código del Distrito pero con importantes innovaciones, siendo el primer ordenamiento federal de la materia, se mantuvo la

tendencia del distrital al describir como la base del procedimiento penal “**el hecho u omisión que la ley reputa como delito**”, agregando que una vez, que estén justificados los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo defiende la ley penal, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito.

Ya el 15 de diciembre de 1929 se expidió un nuevo Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 263 que todos los delitos que por ese Código no tuvieran señalada una prueba especial, constitutivos, según la definición que de ellos haga el Código Penal.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1931, que estableció en su numeral 94 y 122 lo siguiente:

Artículo 94. Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta que levante, recogiéndolos si fuere posible;

Artículo 122. El cuerpo del delito que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

De igual forma éste código, expresaba en el artículo 297 como requisito para dictar la formal prisión **la comprobación de sus elementos**.

El 23 de agosto de 1934 se promulgó un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, este ordenamiento siguió en gran medida el concepto del Código Distrital, estableciendo: “*el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté **justificada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal***”.

Posteriormente, en el Código Federal de Procedimientos Penales de 1983 en su numeral 168, se determinó que el cuerpo del delito era la base del

procedimiento penal, y se volvió a definir alejándose de la idea preponderantemente objetiva, pues se estableció en el segundo párrafo que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando **se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, abarcando tanto el aspecto objetivo del tipo, como los normativos y subjetivos.**

Por reformas publicadas el 10 de enero de 1994 se modificaron tanto el Código federal como el distrital en sus numerales 168 y 122 respectivamente, sustituyendo el vocablo cuerpo del delito por **elementos del tipo**, como base del ejercicio de la acción, y a su vez la autoridad judicial examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

En el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal reformado en 1999 a partir de las reformas constitucionales del mismo año, señala:

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

*El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite **el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito; en los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito**”.*

De manera particular el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado en 1999, modificó nuevamente su texto respecto a lo que debemos entender por cuerpo del delito, rescató nuevos elementos, como son los normativos y deja de lado la consideración anterior de que solo se tomaban en cuenta los elementos materiales para quedar de la siguiente forma:

“El ministerio Público acreditara el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial a su vez examinara si ambos requisitos esta acreditados en autos.

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

Adicionalmente la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 28 de enero del 2005, reforma el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para quedar así:

Artículo 122. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

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

1.2) CONCEPTO DEL TIPO PENAL

Es la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible.²¹

La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su arco quepa el singular y concreto comportamiento, la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo.

Aldo Moro critica la concepción descriptiva del tipo por considerar que es imposible e ilógico separar su contenido meramente formal del valor sustancial de la conducta que la encierra.²²

Como abstracta descripción de conducta, es entendida por un amplio número de doctrinarios penalistas, así Jiménez de Asúa habla de una abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición²³

Pavón Vasconcelos se refiere a “la descripción concreta hecha por la ley de una conducta, a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal.”²⁴

De estos conceptos en cuanto a la naturaleza objetiva del tipo el profesor Luis Carlos Pérez critica la expresión, “abstracción concreta”, por considerarla anti técnica y contradictoria, define en cambio, el tipo como la descripción concreta en la ley de una conducta que se conmina con pena”²⁵

²¹ REYES ECHANDIA Alfonso. Tipicidad, Sexta edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997. P. 7.

²² MORO Aldo, La antijuricidad penal, Editorial Bibliográfica Argentina Buenos Aires, 1949. P. 188.

²³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho Penal, Óp. Cit., P. 745.

²⁴ PAVON VASCONCELOS Francisco, Nociones de derecho penal mexicano, parte general, Editorial Instituto de Ciencias Autónomo, México, 1964, P. 41.

²⁵ PEREZ Luis Carlos, Tratado de derecho Penal, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1977, P. 214.

Así bien llegan al postulado que el tipo es una abstracción, que puede ser de índole concreta o descriptiva, pero lo que sí es claro que es la materia de la prohibición de las disposiciones penales, es la descripción objetiva, material, de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal.

Acerca de eso Hans Welzel dice “esta equiparación del tipo y a materia de la prohibición me parece discutible, el derecho no puede prohibir la causación de un determinado resultado, sino solo la realización de acciones dirigidas o que lleven consigo a posibilidad (peligro) de la lesión del bien jurídico, es decir la producción efectiva del resultado, no puede pertenecer, por tanto, a la materia de la prohibición (o del mandato) y no solo en los delitos culposos.

De lo que no parece viable, sin embargo, excluir el resultado del tipo de lo injusto, lo injusto criminal queda solo plenamente constituido, a mi entender, cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado, si lo injusto criminal quedara ya plenamente constituido con el desvalor de la acción, se olvidaría que ese solo puede fundamentarse con referencia a la lesión del bien jurídico, es decir al desvalor del resultado. La función ético-social del derecho penal consiste en el fomento del respeto a los bienes jurídicos, pero por verse en la mejor garantía de su integridad.

La producción (o gravedad) del resultado no puede ser indiferente, por ello, para la medida de lo injusto. No puede ser relegada a un mero motivo del establecimiento de la norma. La infracción de la norma es suficiente para fundamentar lo injusto de la tentativa, pero no basta para fundamentar lo injusto del delito consumado. El tipo tiene, pues, un contenido más amplio que la materia de la prohibición. El tipo (tatbestand) es un tipo de lo injusto (unrechtstypus). Contiene todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, aunque no parezcan a la materia de la prohibición. Toda conducta típica es antijurídica si no concurre una causa de justificación”; Esto sido visible a un

principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar determinada por la ley, antes de su comisión, se basa en la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición, mediante la indicación de los diversos caracteres de la conducta delictiva.

No todos los tipos responden, sin embargo, a este ideal de los que describen de un modo exhaustivo o tipos cerrados. Hay muchos en los cuales la ley describe solo una parte de los caracteres y confía al juez la labor de completar la otra, al indicarle solo el criterio con arreglo al cual ha de complementar el tipo. A estos tipos “abiertos”, o que necesitan ser complementados, lo encontramos, ante todo, en los delitos culposos y en los delitos impropios de omisión. En la mayor parte de los delitos culposos, la ley describe solo el resultado, mientras que la acción prohibida tiene que ser constatada por el juez mediante el criterio de la falta de observancia “del cuidado necesario en el tráfico”.²⁶

De esto tenemos que en los delitos impropios de omisión queda sin precisar el círculo de los autores y tiene que ser complementado por el juez mediante el criterio de la posición de garante. Por esta razón los tipos de los delitos culposos y de los delitos impropios de omisión son solo en parte tipos legales y en parte tipos que deben ser complementados por el juez.

En ambos casos se trata, sin duda, de una merma lamentable de la precisión en la del estado de derecho, pero que viene impuesta por la naturaleza de las cosas, en los delitos culposos las formas de la acción prohibida son tan variadas, que no puede ser descrita de un modo preciso, en los delitos impropios de omisión sucede lo mismo con los autores. En ambos casos, sin embargo, el juez dispone de un punto de orientación, suficientemente preciso, por medio del cual puede completar el tipo.

²⁶ WELZEL Hans, El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, Reimpresión, Editorial Montevideo-Buenos Aires, 2002, P. 71-72.

En el derecho penal, ha sido propio el pronunciamiento de soslayar un símbolo representativo de cosa figura, que se caracteriza y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales que lo hacen único y, por tanto, distinto a los demás, de tal suerte que los tipos penales se constituyen como modelos o esquemas de comportamiento humano, constituidos por notas que el legislados ha considerado esenciales para describir las acciones punibles.

El maestro Castellanos Tena, sostuvo que “el tipo es creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta conminada con pena”.²⁷

Para Olga Islas el tipo es “una figura elaborada por el legislador con un contenido necesario suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos”.²⁸

Por su parte, Mezger lo define como “el tipo es el injusto descrito concretamente en la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, es un hecho típicamente antijurídico o antijuridicidad tipificada”.²⁹

Así, el derecho penal y la doctrina han creado un medio extraordinariamente preciso para recoger las conductas penales socialmente relevantes en el tipo, dotándolo de sanción, de tal manera amenazadora dando la impresión que surgirán automáticamente.³⁰

Al tipo penal se le denomina también figura típica, figura delictiva, tipo legal conducta típica, modelo delictivo, tipo de delito, injusto penal, tipo de injusto, tipo de adecuación típica, o tipo garantía.³¹

²⁷ CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, Decimo séptima edición, Edit. Porrúa, México, México 1982, P. 165.

²⁸ ISLAS MAGALLANES Olga, Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Revista Criminalia, Editorial Porrúa México 1978, P. 43.

²⁹ MEZGER Edmundo, Tratado de Derecho Penal Parte General, Cárdenas Editor, México 1980, P. 300.

³⁰ VON HENTIG Hang, La pena, Segunda Edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid 1968, P 42.

³¹ BACIGALUPO ZAPATER Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, segunda edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1986, P.17.

De esto es visible la alusión que determina la línea dogmática en la cual se ha impreso guía para la asimilación de una doctrina que se ha visto inmersa en el ámbito procesal y por supuesto de comprobación, que atemperan el arbitrio en víspera y contundencia de legalidad.

Por otra parte Zapater Bacigalupo concretó que “Los pilares del tipo son el bien jurídico, el objeto material de la acción, el autor, la acción misma y el resultado, con independencia de la estructura interna del tipo que se distingue en una parte objetiva y una subjetiva”.³²

De lo que se aprecia como identifica cada uno de los componentes del tipo anunciado su descomposición, el cual en un momento dado se parte para unirse y hacer un silogismo perfecto de todos y cada uno de los elementos y la conducta exteriorizada, tomando en cuenta elemento subjetivos, los cuales existen en función de un aspecto interno, no atribuyendo una importancia de gravedad.

Así muchos autores señalan aspectos propios de la concreción del tipo penal, como lo es Mir Puig Santiago que define al tipo como “parte de una definición tripartita, que se integra de una acción y omisión típica antijurídica y culpable, misma que permite darnos cuenta que el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra”.³³

A lo que vemos como la sistemática establece para la existencia del tipo, la necesaria concreción de elementos positivos que dan vida a la conducta antijurídica, culpable y punible, siendo necesario la función dogmática, actuando como un puente entre la ley la práctica de la aplicación igualitaria, sirve, en alto grado, para garantizar la seguridad jurídica.

En la dogmática penal, para determinar según esta orientación podemos conceptualizarlo como un hecho descrito por la ley penal con la amenaza de

³² ZAMORA JIMENEZ Arturo, Cuerpo del delito y tipo penal, séptima reimpression, Editorial Ángel editor, México 2007. P. 53.

³³ MIR PUIG Santiago. Derecho Penal parte general, tercera edición, Editorial PPU, Barcelona 1995, P.121.

sanción, o bien, la descripción extrema de una conducta que se relaciona con una pena y que, a partir de ese momento, se le otorga relevancia jurídico penal.

Al respecto Roxín señala que es “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas, en el ámbito del derecho penal”³⁴

Es decir la dogmática jurídico penal intenta por medio de la teoría general del delito, explicar y sistematizar los presupuestos generales y todos los elementos que han de concurrir para que una conducta pueda ser calificada como delito, a la vez que cada delito tiene una serie de características propias que le diferencian de los demás, y que a su vez contienen elementos estructurales comunes a todos ellos, o su pertenencia a grandes grupos de delitos. Por lo tanto, queda claro que el estudio de esos elementos comunes corresponde a la teoría general del delito que analiza la primera parte de nuestros códigos penales, y en cambio el análisis específico de los tipos, y en cambio el análisis específico de los tipos corresponde a la segunda parte.

De todo esto es perceptible que el tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma cuya formulación al describir la acción, lleva implícito su contenido final, el cual se ha echado mano de la dogmática para poder delimitar y analizar sus componentes.

Gómez Benítez ha dado otro aspecto por medio el cual, incluye un significado social, al señalar que “el tipo penal es pues, la descripción de la materia penalmente prohibida o materia de la prohibición, dotado de significado social y final”.³⁵

Por su parte, Jescheck Hans, hace una clasificación entre un tipo de injusto y tipo de culpabilidad, definiéndolos en los siguientes términos:

³⁴ ROXIN Claus. Política criminal y estructura del delito, Editorial PPU, Barcelona 1972, P.35.

³⁵ GOMEZ BENITEZ Manuel, Teoría Jurídica del Delito, Editorial Civitas, Madrid 1984, P.80.

- Pertenecen al tipo de injusto aquellos elementos de la figura delictiva en los que se expresa el sentido de la prohibición de la correspondiente norma jurídica, a la que se relaciona con una pena.
- El tipo de la culpabilidad abarca, por el contrario, aquellos factores que caracterizan con más precisión la actitud interna frente al derecho, actualizada en el hecho.³⁶

Es decir frente al tipo de injusto, como síntesis de todos los elementos que fundamentan el contenido típico de una clase de delito, se encuentra el tipo de la culpabilidad que a su vez reúne los elementos que caracterizan el contenido típico de la culpabilidad de una forma de delito.

Bacigalupo Zapater, hace una clara diferenciación de subconjuntos de lo que es el tipo y la norma, es decir señala que el tipo plasma una hipótesis de conducta antijurídica y culpable, pero es la norma la que prohíbe la realización de esa forma de conducta, lo que no sucede cuando la acción típica resulta amparada por una causa de justificación.³⁷

De aquí que la conducta típica se haya considerado como contradicción a la norma, sin que ello implique que la vulneración del precepto prohibitivo, tenga por resultado siempre la caracterización antijurídica del hecho.

Por todo lo anterior es visible como no toda infracción a la norma es punible, sino solamente aquella que se encuentra descrita en una ley y a la que se le conecta una consecuencia jurídica penal, como lo es el tipo penal, provocado por la conducta humana.

³⁶ JESCHECK HANS Heinrich. Óp. Cit., P. 424.

³⁷ BACIGALUPO ZAPATER Enrique. Óp. Cit., P.22.

Muñoz Conde ha señalado que, la norma penal descrita por el legislador, atinadamente, lejos de ser casuista ha seleccionado los rasgos esenciales que resultan suficientes cuando la conducta se ajusta al injusto típico, lo que perfila, en términos generales, la captación de conductas individuales que se incardinan en el tipo, el cual además de ser un elemento conceptual en su pertenencia a la ley, permite describir la norma penal, o sea, aquella que contiene el bien jurídico protegido, que a su vez tiene una triple cualidad, según la aportación de Mayer, y que consiste en ser merecedor de protección, necesitado de protección y capaz de protección.³⁸

Bajo el concepto anterior se delimita la captación de conductas, como aquellos elementos necesarios, como muchas veces lo es una intención final de lesionar patrimonio, libertad, honor, vida u otros bienes tutelados en las normas penales, de aquí la razón de ser del delito que mediante el tipo tutela un derecho, en algunos casos, personal o individual como acontece en los llamados delitos privados y en otros, de interés general como los delitos de persecución oficiosa.

Estas acciones u omisiones se analizan a nivel del tipo en el ámbito de lo subjetivo, se considera en todo caso si la acción ha sido prevista y querida por su autor o solamente pudo o debió ser prevista.

Además, el tipo tiene una función práctica, limita la actividad de la autoridad, la cual podrá intervenir únicamente en los supuestos descritos previamente por el legislador fuera de los cuales, o deberá tener la mínima injerencia.

Lo anterior se consagra en el principio *nullum poena, nullum crimen, sine lege*, y que tutela nuestra norma fundamental en los artículos 14, 16 y 19 prohibiendo la intervención sobre aquello que no esté comprendido explícitamente en cada figura delictiva.

³⁸ MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1993, P. 231.

Los tipos legales solo pueden surgir a partir del **bien jurídico**, lo cual implica que estos se configuran para la protección de bienes eminentemente jurídicos y no de ideologías políticas o religiosas de tal suerte que el tipo tiene una función ético, social y cultural, de aquí que su acondicionamiento y sucesivas modificaciones deban ser mediante un verdadero consenso social.

Por otro lado, es menester llevar un impetuoso desarrollo de los elementos del tipo a configurar pues cada tipo tiene características propias, que lo arrojan en un principio de legalidad al tenerse que acreditar cada uno, ya sea para la hoy vinculación de proceso o la sentencia definitiva, de lo que los elementos más característicos son elementos objetivos y subjetivos, los cuales como ya se ha dicho permiten concluir su existencia, cuando falte alguno de estos puede surgir alguna causa de atipicidad u otra condición que impida el inicio o continuación de la imputación correspondiente.

De aquí la necesidad de distinguir entre los elementos positivos y negativos del tipo frente la conducta, así como es necesario para la existencia del tipo que se cumpla con los requisitos que planteo la Suprema Corte en los que señala:

- La existencia de una acción u omisión.
- La forma de intervención del sujeto activo.
- Si la acción u omisión fue dolosa o culposa.
- La calidad de los sujetos activo y pasivo.
- El resultado y su atribubilidad a la acción u omisión.
- Objeto material.
- Medios utilizados.
- Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.
- Elementos normativos.
- Elementos subjetivos.³⁹

³⁹ Tesis número 6/97 que emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos “con engaños, furtivamente”, etc., en este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito. Sin embargo, en ocasiones la ley limitase a formular la conducta prohibida; entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo.

Lo invariable es la descripción del comportamiento antijurídico, en concreto el tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento).⁴⁰

También debemos señalar que el tipo penal describe una conducta que, realizada por alguien, lesiona o pone en peligro un bien del cual otra persona es titular, por consiguiente en cada uno de ellos se identifican dos sujetos, el activo que ejecuta el comportamiento típico y el pasivo en cuya cabeza radica el bien o interés que lesiona, una conducta que genéricamente allí aparece consagrada y que, siendo por lo regular de naturaleza objetivo-descriptiva, cae referencias normativas o subjetivas y un objeto de doble entidad, como lo es la jurídica en cuanto bien normativamente tutelado y el material en cuanto ente- persona o cosa sobre el cual recae la conducta típica.

De todo lo anterior se puede decir que los autores ya señalados en el cuerpo del presente, va en atención de una sistemática penal, en la cual se postulan en síntomas de una legitimación de legalidad, en la cual se puede señalar que el tipo es un injusto o abstracto descrita por el legislador, salvaguardando los bienes jurídicos, en vista de un mínimo ético social, que cumplimente no una causación de resultado como fin, si no un unidad de valoración de daño o peligro, hacia dicho bien.

⁴⁰ CASTELLANOS TENA Fernando. Óp. Cit., P. 166.

I) TEORIAS DOGMATICAS DEL TIPO PENAL

La dogmatica jurídico penal (o teoría del derecho penal) es el núcleo de la ciencia del derecho penal.⁴¹

Esta actúa como un puente entre la ley y la práctica de la aplicación igualitaria, sirve, en alto grado, para garantizar la seguridad jurídica.

Por lo que la dogmatica jurídico penal intentó por medio de la teoría general del delito explicar y sistematizar los presupuestos generales y todos los elementos que han de concurrir para que una conducta pueda ser calificada como delito.

De esta imperiosa necesidad surgió el **SISTEMA CAUSALISTA**, en donde el tipo es considerado como el segundo elemento del delito, les antecede la acción u omisión.

En 1906, el jurista alemán Ernesto Beling realizó con importante significación estudios sobre la teoría de la tipicidad y el tipo, obtuvo como resultado, el instrumento técnico y sistemático que permitió actualizar dentro de la teoría del delito el **principio de legalidad, como garantía del individuo ante el poner punitivo del Estado.**

Beling concibió el tipo como mera descripción separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad, y no es sino hasta 1915 que Max-Ernest Mayer, en su tratado de derecho penal, abandona el concepto de que la tipicidad debe ser meramente descriptiva, y adopta el criterio de que es indiciaria de antijuridicidad.

De esto, la tipicidad resultó profundamente afectada por el descubrimiento de dichos elementos, rompió así la concepción meramente descriptiva de los clásicos, al incluir por primera vez elementos subjetivos en el tipo.

⁴¹ JESCHECK HANS Heinrich, Op. Cit., P.35.

En 1930, Beling rectifica y refiere que el tipo no solamente es una especie delictiva, sino una imagen rectora, que puede contener elementos objetivos (como es el caso de la antijuridicidad) o subjetivo (atente a la culpabilidad), no se refiere únicamente al ánimo de autor, sino al elemento subjetivo que se le asigna a la culpabilidad (dolo y culpa).

Jiménez de Asúa, se apoya en estos nuevos conceptos de Beling, y nos habla indistintamente de los siguientes conceptos: tipo de delito, tipo de culpabilidad, Tipo de injusto, adecuación típica y tipicidad.⁴²

Es decir el sistema casualista (que sigue manteniendo el dolo y la culpa al nivel de la culpabilidad), se ha sostenido que el tipo es la descripción de una conducta como delictiva, y si lo que se pretende es dilucidar si esa conducta es contraria a la norma, ello es función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, y si ésta pretende reprochar a un sujeto, ello es función de la culpabilidad.

En cambio, el sistema finalista, al ubicar el dolo y la culpa a nivel del tipo y no en el campo de la culpabilidad, examina los elementos subjetivos del injusto de modo muy distinto. La teoría de la acción final elaborada por Welzel a partir de la década de los treinta, supuso una revisión total del sistema y la estructura del delito e influyó decisivamente en el cambio citado.

De lo anterior es distinguible la señalización de algunas diferencias:

- En la teoría causalista, el tipo es considerado únicamente como elemento material u objetivo del delito, hace referencia a pocos elementos subjetivos como el *animus*.
- para el finalismo, la acción no puede prescindir de la voluntad misma que está impregnada de finalidad, por lo tanto, cuando el tipo describe “al que se apodere”, “al que engañando”, “al que aprovechándose del error”, contempla conductas finalísticas, negando que la acción es un mero

⁴² JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho Penal Tomo III. Óp. Cit., P. 766.

acontecimiento causal , sino que designa la actividad finalista del hombre basado en que éste, gracias a sus conocimientos nosológicos, fruto de la experiencia, puede prever las consecuencias posibles de su conducta y, por tanto, orientarla a la obtención de determinados fines.

- Los finalistas consideran que el tipo contempla o prevé acciones socialmente graves con un sentido finalístico, y resuelve satisfactoriamente los llamados elementos subjetivos.
- Para este sistema, el tipo no solo está compuesto de elementos objetivos sino también subjetivos.
- La teoría finalista sostiene que el dolo es elemento subjetivo del tipo, porque la acción y omisión no son simples procesos causales ciegos, sin procesos causales regidos por la voluntad.
- Los seguidores de la teoría de la acción final al trasladar el dolo a la tipicidad reúne todos los elementos subjetivos del tipo bajo la denominación de elementos personales del injusto en los que se manifiesta el desvalor de acción, frente al desvalor de resultado, (puesta en peligro o lesión del bien jurídico) desarrollados por la teoría del injusto penal.
- Al trasladar el dolo a la tipicidad, se asocia su determinación de la Ley Penal conforme al principio *nullum crimen*, con independencia a la antijuridicidad.⁴³

La principal innovación del finalismo no es tanto la forma de comprender la relación entre tipicidad y antijuridicidad, sino la consideración del objeto obre el que recae el juicio de antijuridicidad, es decir, la conducta típica constituida por elementos objetivos y subjetivo, y entre éstos, como elemento subjetivo general de todos los tipos dolosos, está el dolo.

El concepto tipo de injusto, al trasladar el elemento dolo al tipo, permite deducir que, en todos los hechos típicamente dolosos, el proceso de antijuridicidad al haber resultado positivo convierte al tipo no solo en una mera descripción de

⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd., El sistema moderno del derecho penal, Editorial Tecnos, Madrid 1991, P. 64.

conducta desde un punto de vía objetivo, sino que está presente el elemento subjetivo que se recoge en el mismo.

Por lo que, al trasladar el dolo a la tipicidad se asocia su determinación de la Ley Penal conforme al principio *nullum crimen*, con independencia a la antijuridicidad.⁴⁴

De esto es apreciable como los partidarios de la concepción finalista adoptaron un esquema sistemático para distinguir desde esa perspectiva una parte objetiva y una parte subjetiva del tipo.

A la primera pertenecen las características objetivas, todo lo que está fuera del ámbito anímico del autor, las cuales constituyen el andamiaje externo del tipo.

En lo referente a la segunda, son las características subjetivas que describen la voluntad de acción.

Posterior a esto surgió en los años sesenta, una teoría que pretende influir con sus criterios mediante una síntesis entre el concepto causal y el concepto final de acción, define a la acción como comportamiento socialmente relevante, en esta sistemática, sólo la acción humana puede ser percibida por el derecho penal, cuando ésta sea socialmente relevante, buscando en base a una política criminal una valoración a la norma.

A partir del funcionalismo, se intenta superar la división entre finalistas y casualistas, al introducir un criterio rector final para la resolución de problemas que plantea la dogmática jurídico penal, surge así un derecho penal orientado políticamente a sus consecuencias.

⁴⁴ *Ibidem*, P. 64.

Se reintroduce el concepto de imputación en la tipicidad, surge la imputación objetiva de resultados y la imputación objetiva de la acción como sistema reparador del dogma causal, de tal manera que el tipo no se puede reducir a la conexión de condiciones entre comportamiento y resultados, sino que los resultados, conforme a pautas políticas criminales, tendrían que ser imputados al autor como su obra.⁴⁵

La imputación objetiva esbozada en Alemania, primero por Lares en el ámbito del derecho civil y posteriormente por Hong en el derecho penal y sobre lo cual volvieron Hurtwing y Roxin, desde finales de los años sesenta, iniciaron una marcha triunfal sin precedentes.⁴⁶

Según la teoría de la imputación objetiva es necesario que:

- El autor haya provocado el resultado de modo causal por su actuación.
- Que se haya creado con su conducta un peligro desaprobado.
- Debe haber realizado el resultado ese mismo peligro desaprobado.⁴⁷

La aportación más reciente de la teoría de la imputación objetiva, es haber puesto de relieve el tipo objetivo en los delitos de resultado, precisamente también en los dolosos, integrado por algo más que la mera producción causal del resultado, aportando la configuración del peligro objetivo de la conducta típica.⁴⁸

En esta teoría, para la valoración de conductas se toma como punto de referencia el rol social que el hombre desempeña en su medio, de donde se puede deducir que la expectativa de relevancia penal surge en relación con conductas externamente idénticas, que implican en ocasiones la producción de un peligro desaprobado y otras veces no.⁴⁹

⁴⁵ ROXIN Claus. Política criminal y estructura del delito, Óp. Cit., P.46.

⁴⁶ FRISH Wolfgang, Tipo penal e imputación objetiva, Editorial Colex, Madrid 1995, P. 23.

⁴⁷ BACIGALUPO ZAPATER Enrique. Óp. Cit., P.28.

⁴⁸ FRISH Wolfgang. Op. Cit., P. 115.

⁴⁹ JAKOBS Güntter, La imputación objetiva en derecho penal, Editorial Civitas, Madrid 1996, P. 145.

Según la teoría de imputación objetiva, el análisis del tipo debe contener los siguientes pasos:

- Subsunción del hecho y sus consecuencias exteriores (resultado), en la descripción típica (tipo objetivo).
- Ha de analizarse si en el ámbito subjetivo la acción ha sido prevista y querida por su autor, o pudo y debió ser prevista.
- Se ha de comprobar la relación entre tipo objetivo y tipo subjetivo.⁵⁰

A la teoría de imputación objetiva, se le reprocha su falta de atención sobre los límites entre el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado y, finalmente, se le cuestiona haberle quitado a la teoría del tipo penal la claridad en cuanto al contenido, mediante cláusulas normativas imprecisas.

Así pues como es visible en el esbozo general antes enunciado, el tipo penal ha tenido una importancia decisiva, lo cual eroga a imprimir la necesidad de un análisis en las teorías jurídico penal dominante.

Primeramente es permeable el planeamiento de la CUESTIÓN CAUSAL:

Ya que si antes del nacimiento de la teoría de Beling se distinguía entre el aspecto objetivo y el subjetivo del delito, lo que vino a ratificarse con el criterio de la concepción objetiva del tipo, al reconocerse más tarde en este la existencia de elementos subjetivos que no cumplían una mera función descriptiva, se inicia el periodo crítico del dogma de la causación, pues debió aceptarse que la inclusión en los tipos penales, de caracteres subjetivos y normativos, limitaba la importancia que se atribuía a la causalidad.

⁵⁰ DE LA CUESTA AGUADO Paz, Tipicidad e imputación objetiva, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996, P. 54.

Todo lo anterior, no niega que en los tipos normales, constituidos exclusivamente por elementos descriptivos, la causalidad es decisiva para la realización de la acción o conducta típica, ya que esta puede concebirse como actividad o inactividad voluntaria a las cuales se suma el resultado y la necesaria realización causal entre las primeras y el segundo.

El sistema jurídico penal llamada “causalista”, nace a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoya en el concepto de “acción” como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito.

La primera exposición sistemática de los elementos del delito la encontramos en el pensamiento de Liszt, quien habla del acto humano, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, como elementos integradores del delito; sin embargo, poco después de publicarse la obra de Liszt, Beling agrega a la teoría del delito su concepto de TIPICIDAD.

A consecuencia de lo anterior, aparecen dos corrientes de autores penalistas, los que aceptaban al delito integrado por elementos posibles de estudio en sí mismos, o sea la teoría analítica; y los que negaban la posibilidad del estudio en esa forma, y que sostenían que tal estudio solo podía ser en forma unitaria.

Uno de los más fervientes defensores de la teoría unitaria fue Francisco Antolisei, quien manifiesta: “el delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo es fraccionable”.⁵¹

Es decir para la teoría unitaria el delito es un todo que no admite su estudio en planos o niveles analíticos, donde toda consideración naturalista o finalista debía ser desterrada.

⁵¹ ANTOLISEI Francisco, Estudio analítico del delito, Edición Anuales de Jurisprudencia, México 1954, P.78.

Por su parte la teoría analítica o atomizadora contempla al delito como un todo, pero acepta que puede fraccionarse en elementos y estos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad.

De lo anterior, Jiménez de Asúa dice “si examinamos la cuestión a fondo podría llegar a un resultado, cuya forma anticipamos para demostrarla enseguida: los partidarios de la teoría del delito como conjunto no niegan la utilidad del análisis, y los que defendemos la exposición analítica de los caracteres del delito afirmamos que va en mejor servicio de la síntesis. Más aun: vencidos los regímenes totalitarios, quienes postularon las doctrinas penales allí desarrolladas, dan prudentes pasos hacia atrás, desdiciéndose de sus antiguo párrafos de político entusiasmo”.⁵²

El análisis del delito a partir de la ley penal en forma sistematizada fue realizado por el jurista alemán Franz Von Liszt, quien recoge las ideas de las escuelas Clásica y Positivista y aplicando el método naturalístico, se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871.

Para este Código Alemán, el delito es la acción sancionada por las leyes penales. De esta definición legal y de las demás disposiciones de esta ley, Von Liszt realiza un análisis sistemático del derecho penal y del estudio, y partiendo de una base naturalística causalista, que es el acto o acción humana, por tal motivo su teoría recibió el nombre de causalista, denominación que se extendió a quienes aceptan como punto de partida de la teoría del delito, la explicación naturalística del acto o la acción.

Von Liszt, analiza el delito partiendo del estudio de la acción, considerándola, “como el movimiento corporal voluntario productor de una mutación en el mundo

⁵² JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho Penal Tomo III, Óp. Cit. P. 317.

exterior, es decir, una concepción de la conducta, referida a un proceso meramente causal o naturalístico, de ahí el nombre de teoría causalista”.⁵³

Este autor, parte de la premisa de causa a efecto que toda conducta lleva implícita al momento de manifestarse la voluntad en el mundo factico; de esta manera, estructura el concepto del delito, compuesto de dos elementos, a saber: “la antijuridicidad, en la cual él consideraba que pertenecía todo lo objetivo y la culpabilidad, cuyo contenido era subjetivo”.⁵⁴

Sin lugar a dudas, el pensamiento de Beling viene a revolucionar la sistemática adoptada por Von Liszt, en virtud de, que como ya se había señalado, en el año de 1906, aporta al pensamiento jurídico penal un nuevo elemento, que habría de trascender a todos los niveles de la teoría del delito, y que fue la creación de la tipicidad, elemento que vino a constituirse como fundamental dentro de la estructura del delito, ya que la tipicidad no pertenece a las acciones humanas, antijurídicas y no antijurídicas, sino solo a aquellas que se encuentran legalmente descritas bajo el principio de *nulum poena, nulum crimen sine lege*.

El sistema de Liszt-Beling, conocido como el sistema clásico del delito, al cual se adhiere también Radbruch, tiene como fundamento el concepto de acción, caracterizado como el concepto causal de acción, por reducirse a un proceso causal, que la voluntad ocasiona en el mundo exterior, sin importar si el autor lo ha querido o lo ha podido también prever, es decir, sin importar el contenido de la voluntad, esta aparece solo como un **impulso causal**, esto es, sólo funge como factor causal, más no como un factor de dirección.

De lo que el concepto Tipo, parecería desprenderse del concepto cuerpo del delito, sin embargo, el merito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con

⁵³ MORENO HERNANDEZ, Moisés, Sobre el estado actual de la dogmática jurídica penal mexicana, Criminalia número 3, México 1992, P. 36

⁵⁴ *Ibidem*, P. 37.

una **función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad frente al poder punitivo**, en donde el tipo penal resultase la descripción legal de una conducta delictiva y la tipicidad, el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo penal.

La teoría del tipo penal y atipicidad fue evolucionando, pues Beling la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

A la primera etapa del desarrollo de la tipicidad se le llamó fase descriptiva o de independencia.

De esa forma Beling establecía que además del respeto a la máxima “no hay pena sin ley”, debía también consagrarse el principio “**no hay delito sin tipicidad**”.

En donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero no antijurídica, por existir una causa e justificación.

Por lo que el tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello consiste una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede al marco de la tipicidad, más aún, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería a la culpabilidad.

La segunda etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad, llamada fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva se le considera indiciaria de la antijuridicidad.

Se sostiene la separación de tipicidad y antijuridicidad, pero se asigna a la primera fundamento de conocimiento de la antijuridicidad, al señalar que. “son como el humo al fuego”.⁵⁵

En lo tocante a la tercera etapa de la teoría del tipo, se encuentra con Edmundo Mezger, quien sostiene que tipicidad es la “ratio asendi de la antijuridicidad”, para Mezger el delito es una acción típicamente antijurídica, es decir, queda los conceptos de tipicidad y antijuridicidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo es típica.⁵⁶

Lo cual se dice que Mezger le otorga a la tipicidad una función desmesurada, creando una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general.

La cuarta fase del desarrollo de la tipicidad es la defensiva, y se refiere a la segunda formulación de la teoría de la tipicidad por Ernesto Beling, quien había explicado al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito, alrededor del cual se agrupan los demás elementos, ya no se habla de una especie delictiva, sino de una imagen rectora, compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos o subjetivos, pero todos dan lugar a esa imagen rectora.⁵⁷

En esta nueva concepción de la tipicidad, el tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales, y pasa a ser una imagen rectora que preside cada especie delictiva; la tipicidad será una adecuación a la imagen rectoría, no a la especie delictiva de esta forma Beling busca darle solución a problemas como la tentativa o la complicidad que no podían encuadrarse en la específica descripción típica, pero sí en la imagen rectora.

⁵⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho Penal Tomo III. Óp. Cit., P. 751.

⁵⁶ MEZGER Edmundo. Óp. Cit., P. 193.

⁵⁷ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho Penal. Tomo III. Óp. Cit., P. 766.

Así se desprende de lo señalado por el propio Beling, quien estudia su concepto de delito tipo o tipo rector después de la antijuridicidad y la culpabilidad, distinguiendo en la figura delictiva, el “tipo de ilicitud” y el “tipo de culpabilidad”, pero insistiendo en que el “tipo rector” no se identifica con tal figura delictiva, sino que es una imagen o idea regulativa de las varias figuras que integran un mismo delito.⁵⁸

En realidad, esa es la segunda noción de tipicidad propuesta por Beling y que éste concibió para impedir la intromisión de factores subjetivos y normativos en el tipo, ante la fuerza del argumento de que sin los componentes y valorativos de la conducta era imposible determinar a cual tipo se adecuaba ésta, sigue concibiendo los elementos como independientes entre sí, pero define el delito como “una acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable”.⁵⁹

De lo que se aprecia que la tipicidad, no obstante de no contener nada de los otros elementos, no aparece aislada de ellos, sino calificándolos a todos, ya que inicialmente, el tipo era la descripción de un injusto culpable, para dotarlo de relevancia punible.

Pero en la doctrina posterior ha venido a perder importancia el concepto de tipo rector.

Lo que ha prevalecido es el carácter meramente descriptivo de éste, íntimamente fusionado con su naturaleza objetiva, función puramente descriptiva que el tipo conserva incluso frente a los elementos normativos y subjetivos.

Es decir, Beling, hizo determinante la función descriptiva del tipo en dos vertientes, del cual señala que en el tipo está, solo lo externo, material o

⁵⁸ VON BELING Ernest, La doctrina del delito-tipo, Editorial Depalama, Buenos aires 1944. P. 29.

⁵⁹ *Ibíd.*, P.29.

perceptible de la conducta, de suerte que éste, lo mismo que la antijuridicidad, carece de todo componente psicológico y que el tipo no posee función valorativa alguna, específicamente es nuestro a la valoración de antijuridicidad, ya que la conducta típica tan pronto puede ser antijurídica como aparece justificada.

Aunado a lo anterior es apreciable como el tipo se caracterizó por ser objetivo y libre de valor, de ahí que los elementos que conformaron a la tipicidad fueron elementos puramente objetivos o descriptivos, que son aquellos que se perviven a través de los sentidos se verifican mediante pruebas científicas.

Por otro lado, Beling puso de relieve la función del tipo como una garantía para el ciudadano, pues solo aquellas conductas descritas en la ley penal (tipo) pueden ser sancionadas dentro del mínimo y máximo de la pena señalada en la misma ley.⁶⁰

En contrapartida, aquellas conductas que no están descritas en algún tipo penal se denominan atípicas y se consideran irrelevantes para el derecho penal, conforme a la fórmula latina "*nullum crimen nulla poena sine lege*" creada por Feurebach.⁶¹

Edmundo Mezger modificó los postulados del sistema clásico debido a las múltiples críticas a que fue sometido, y sobre todo, por la gran influencia de la filosofía Neokantiana, que rechazaba someter a las ciencias del espíritu a los principios de las ciencias naturales, por lo cual reorientó a la dogmática penal a través del empleo de un método propio de las ciencias del espíritu o ciencias culturales, al cual se le denominó método comprensivo.

En palabras de Mezger: "...como ninguna otra rama del derecho, ha sido precisamente el derecho Penal quien ha tocado lo más profundo por el

⁶⁰ BELING, Ernest. El rector de los tipos del delito, Editorial Reus, Madrid 1936, P. 14.

⁶¹ CEREZO MIR, José. Estudios sobre la moderna reforma penal española, Editorial Tecnos, Madrid 1993, P.26.

pensamiento naturalista del siglo XIX. Con el despertar de las corrientes filosófico-jurídicas surge el problema relativo a purificar, sobre una base crítica, aquello que ha de considerarse valioso en esa evolución incorporándolo como parte integrante, como patrimonio inalienable, nuestra disciplina, para mí método lógicamente, cada vez gana más terreno el carácter dualista empírico-valorativo de todos los conceptos jurídicos, la acción, la culpabilidad, la personalidad, etc. Tienen sus raíces en el firme terreno de lo empírico y de las leyes naturales; pero como acción querida, culpabilidad punible, personalidad motivada, etcétera caen en realidades empíricas, así habrá de resolverse la especial secular misión de nuestra época: incorporando de modo orgánico los resultados de la ciencia empírica de la época naturalista a una nueva ciencia jurídico-penal valorativa, por ello, he intentado continuar esta tarea de establecer posteriores líneas de enlace entre las direcciones empírico-psicológicas de los últimos tiempos y el mundo de los valores jurídico-penales...”⁶²

Con el planteamiento anterior se puso de manifiesto que era erróneo dividir tajantemente el análisis del delito en parte objetivo-material y parte subjetiva (culpabilidad).

La nueva orientación de la dogmática no solo busco describir las características externas u objetivas de la conducta-típica y antijurídica, sino que además trato de explicar su significado valorativo.

Motivo por el cual Mezger también se aparto de la concepción positivista afirmando que la ley no es lo único en el derecho, pues la dogmática jurídico-penal debe atender al “ser espiritual” del derecho en su búsqueda por la justicia.⁶³

Es decir mientras que en sistema **clásico bastaba con la constatación de los elementos objetivos del tipo para sustentar la tipicidad, en el sistema**

⁶² MEZGER, Edmundo. Óp. Cit., P.P. 11 y 12.

⁶³ *Ibíd*em, P. 8.

NEOCLASICO, se requería verificar tanto los elementos objetivos del tipo como los elementos normativos y subjetivos específicos cuando el tipo así los requiere.

Sobre la historia de los elementos normativos del tipo, Max Ernesto Mayer puso en evidencia que ciertos tipos penales no solo describen realidades, sino que también se refieren a conceptos que requieren de una valoración jurídica o cultural previa a la antijuridicidad.

De esta guisa, a los elementos objetivos el tipo se sumaron los elementos normativos los cuales pueden ser jurídicos o culturales.⁶⁴

Los trabajos de Fischer, Mayer y Mezger, pusieron de manifiesto que ciertos tipos penales requieren de los elementos anímicos u objetivos específicos para su conformación, dando lugar a la inclusión de los elementos subjetivos distintos del dolo en el tipo.⁶⁵

Así la tipicidad se conformaba por el tipo objetivo, dentro del cual encontramos los elementos objetivos y los elementos normativos (jurídicos o culturales) y, por otra parte, se sumaban los elementos subjetivos específicos (ánimos, fines o extensiones) requeridos por ciertos tipos penales.

Bajo esta tesitura, surgieron críticas al sistema llamado neoclásico, ya que los juicios objetivo-valorativos tampoco fueron suficientes para identificar los supuestos de tentativa punible, en los cuales sólo se puede solucionar atendiendo a la finalidad del autor, lo cual se analizaba hasta la culpabilidad y ello solía a suponer problemas sistemáticos de análisis porque se tendría que llegar hasta la culpabilidad para determinar la finalidad del autor y saber exactamente si la conducta y el juicio de atipicidad habían sido correctos.

⁶⁴ ROXIN Claus, Derecho penal parte general, Editorial Civitas, Madrid 1997, P. 281

⁶⁵ *Ibidem*, P. 280.

Lo anterior implica problemas sistemáticos, ya que se obvió el análisis de la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad y se llegó a gasa la culpabilidad para determinar que el hecho era relevante para el derecho penal.

En tal instancia, Graf Zu Dohna manifestó que la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos psicológicos, como el dolo, pues dichos elementos se pueden dar o no dar, y por tanto su análisis se debe realizar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual solo se determinará si esos nexos son o no reprochables.⁶⁶

Posteriormente Hans Welzel desarrolla la teoría de la **ACCIÓN FINALISTA** que plantea una sistematización de la dogmática jurídico-penal que se aparta de la sistemática de la dogmática causalista.

La teoría de la acción final nace con la publicación del libro Derecho Penal Alemán de Hans Welzel y es iniciada por Hellmuth, Von Weber y Graf Zu Dohna y seguido por Niese, Reinhart Maurach, Günter Strtenwerth, Armin Kaufman, Claus Roxín y Günter Jakobs.⁶⁷

Alexander Graf Zu Dohna, publicó su obra "la estructura de la teoría del delito en 1936, en ella el autor expone su pensamiento sobre la teoría del delito, rechazando por primera vez el sistema tradicional de objetivo-subjetivo, cambiándolo por el de objeto de valoración (acción típica) y valoración del objeto, que contiene dos niveles: valoración del tipo objetivo, que nos lleva a la antijuridicidad o justificación de la acción típica y valoración del tipo subjetivo, que trae consigo la culpabilidad o inculpabilidad del autor.

En el cual ya es visible la conceptualización del delito con los elementos de acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad, partiendo de la hipótesis de que no hay

⁶⁶ DIAZ ARANDA Enrique, Teoría del delito, Editorial Straf, México 2006, P. 37.

⁶⁷ DAZA GOMEZ Carlos, Teoría general del delito, Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 1998, P. 47.

delito sin acción, con la valoración del objeto nace la antijuridicidad y finalmente la culpabilidad.

Se coloca al dolo en el tipo, entendiéndose al tipo como tipo de acción y al dolo como dolo de tipo, trasladando la conciencia de la antijuridicidad a la culpabilidad y no al tipo subjetivo, por lo que el error de prohibición excluye a la culpabilidad sin excluir al dolo, realizando la división entre tipo objetivo y subjetivo.

Von Weber señala que el sistema clásico del derecho penal se rige sobre la diferenciación entre las partes objetiva y subjetiva del delito. Weber funda la antijuridicidad sobre las características externas de determinada conducta (conforme a la causación del resultado), mientras que la culpabilidad es una relación psíquica para este resultado que contiene un doble requerimiento: la imputabilidad del autor y una particular posición respecto del hecho en concreto, que se manifiesta en alguna de sus formas o clase de culpabilidad, como son dolo y culpa, tentativa y participación son consideradas formas de aparición del delito.

Por lo tanto, las conductas podrán ser señaladas como antijurídicas tanto objetivas como subjetivamente. Según Weber “Tenemos aquí derecho penal de acto y allá derecho penal de voluntad⁶⁸

Este autor analiza los verbos utilizados en las descripciones legales y encuentra que en los tipos dolosos la voluntad del autor está dirigida al resultado.

De lo cual surge para la dogmática penal el conocimiento de que el legislador tiene fundamentalmente dos posibilidades para explicar una conducta humana antijurídica.

⁶⁸ *Ibidem*, P. 21.

Como son, puede asentar la norma sólo sobre el aspecto exterior y prohibir una conducta causal de un resultado o bien, puede tomar como fundamento la voluntad del autor y poner bajo pena una conducta dirigida a un resultado.

Dicho autor hace una clasificación de los tipos, en causales y finales, los tipos causales prohíben un resultado, cualquiera que sea la actividad que los genera, y para los tipos finales lo prohibido está en la conducta misma, con independencia del resultado.

Introduce una variable en la teoría del delito, que convierte todos los tipos penales, es decir, lo prohibido no es nunca lo ausente como tal, sino la conducta dirigida a producir el resultado, aun en los pocos casos en que el resultado posee relevancia.

Las aportaciones de Von Weber contribuyeron a la construcción del finalismo, al establecer una separación del injusto y culpabilidad sobre las categorías del deber y el poder.

Conjuntamente surge la Doctrina de la Escuela de Kiel, la cual nace en Alemania en 1935, bajo el régimen nacional socialista, siendo sus principales expositores Daham y Scharstein. Esta escuela surge como una reacción a la concepción individualista y liberal del derecho.

Para estos autores el delito es un todo orgánico y sus componentes no pueden separarse, constituyendo su esencia el deber de fidelidad al Estado.

Esta escuela de Kiel se determina un derecho penal de autor, voluntarista, en el que debe predominar no la letra de la ley, sino la ético-social, el sano sentir del pueblo.

Es decir aportó el desvalor del acto con respecto al del resultado, atacó con severidad a concepción objetivista del delito como atentado contra bienes jurídicos y defendió la doctrina subjetivista, que la concebía sobre todo como violación de deberes jurídicos de la lealtad frente al estado y el derecho.

La teoría de la acción final nace en los años treinta con la obra Derecho Penal Alemán y el Nuevo Sistema del Derecho Penal, de Hans Welzel, estableciendo la limitación del poder punitivo del Estado Nacional Socialista. Retoma el pensamiento de diversos autores y lo plasma en su obra, y constituye así un cambio radical en el derecho penal.

El finalismo es la consecución de la evolución del derecho penal, ya que en la práctica resultó insuficiente la doctrina clásica, por lo que el pensamiento de los diversos autores que se ha destacado, quienes llevaron consigo la reestructuración de los diversos niveles de la teoría del delito.

Esta teoría parte de la base en que los tipos de delitos dolosos o en los culposos nos hallamos mediante dos categorías autónomas, en las cuales la acción preña una diferencia estructural ontológica.

Para Hans Welzel la acción finalista “es la realización de una voluntad plena de sentido que esa dirigida a lograr objetivos determinados, y que no se puede separar el contenido objetivo de la acción, sin que ésta, en cuanto fenómeno social, pierda su valor de realidad”.⁶⁹

En otras palabras, la acción solo puede entenderse a partir de esta dirección de la voluntad. La acción causal designa la causación ciega, no sustentada por voluntad alguna, de un cambio en el mundo exterior. Ella adquiere significado jurídico penal solo cuando es evitable, como en el caso del delito culposos.

⁶⁹ WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1987, P.26.

A partir de esto y en base los trabajos publicados por Hans Welzel, se hace pronunciable la circunstancia que el delito parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tienen una finalidad, un fin, no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad o del fin.⁷⁰

Hans Welzel fundamentó la teoría de la acción finalista, no solo en el plano de los elementos que integran el delito sino en el terreno mismo del derecho penal, como base de su propia teoría.

Para este autor la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y solo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares.

Es decir detrás de cada prohibición o mandato se hallan los elementos deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena debe dirigirse solo a la protección de los deberes ético-sociales, como la vida, la libertad, el honor, etc. Pues entender la punición a conductas que no revistan gravedad de lesión a elementales deberes, degenera en un Estado represivo.

De esto y en vista que el nacional-socialismo en Alemania fue imagen circundante de la posición autoritarista, en donde se señalaron metas utilitarias y naturalistas al derecho, por medio de una justificación de la pena, como la limpieza biológica del pueblo.

Consecuentemente Hans Welzel señala que debe imperar la función ético-social, basada en el consenso de los propios ciudadanos, en el ejercicio democrático de sus derechos y obligaciones, en donde el verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, aspira al restablecimiento de la función ético-social del

⁷⁰ *Ibidem*, P.26.

derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas utilitarias del derecho penal.⁷¹

Sostiene que “acción humana es ejercicio de actividad final, la acción es un acontecer final, no solamente causal, la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su ser causal, puede proveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan y a la consecución de estos fines.”⁷²

La esencia del finalismo es que tanto el dolo como la culpa son sustraídos al concepto de la culpabilidad para ser trasladados al tipo y va encaminado al restablecimiento de la función ético-social que conlleva el derecho penal y, por consiguiente, la superación de las tendencias naturalísticas utilitarias del mismo derecho penal.

Se rechaza la fundamentación naturalística y, por tanto, el que la acción sea entendida como un mero proceso causal ciego, carene de sentido, y en su lugar, se hace resaltar el momento final de todo proceder humano. La acción es actividad final, es ejercicio de la actividad final humana, y como tal, es un acontecer final y no solamente causal; la finalidad, por otra parte, es vidente y la causalidad ciega.

Jiménez de Asúa, acepta que “no niega, que la teoría de la acción finalista traiga mucho de nuevo junto a residuos inevitables de los antiguos, como su aferramiento a concepciones mas éticas que jurídicas, aunque Welzel es de los que afirma que la culpabilidad ha de ser jurídico-penal y que no es la responsabilidad ante la conciencia o ante Dios”⁷³

Francisco Antolisei, al hablar de la teoría finalista de la acción, establece en forma congruente cual es su consistencia y significados.

⁷¹ WELZEL Hans, La teoría de la acción finalista, Editorial Depalma, Buenos Aires 1951, P. 18.

⁷² *Ibidem*, P. 19.

⁷³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho Penal Tomo III. Óp. Cit., P. 215.

- La nueva sistemática responde mejor que la tradicional, en alguno de sus aspectos, a las exigencias del derecho penal moderno, pero no obstante ello, la nueva orientación que ha encontrado muy pronto entre los jóvenes, inclinados con frecuencia a seguir la última moda, no puede ser aceptada.
- La doctrina aludida aparece ligada estrechamente a una concepción filosófica particular, a la que la ciencia jurídica no tienen motivos para atribuir en mayor valor que a otras muchas que le ha precedido y que han ido rápidamente abandonadas.

La existencia de estructuras ontológicas que preexisten al derecho positivo consta un asunto metafísico, que tiene valor solamente para quienes apriorísticamente lo admiten, a través de un acto de pura fe.

- Por lo que concierne al concepto de acción finalista, debe destacarse que solo mediante manifiestas acrobacias lógicas puede hacerse entrar en ella la conducta culposa, y especialmente la debida a una culpa inconsciente
- La transposición del dolo y la culpa desde el elemento de la culpabilidad a los de la acción y la antijuridicidad, constituye una verdadera aberración, haciendo imposible una neta distinción ente el aspecto objetivo y subjetivo del delito.

Su artificiosidad encuentra una confirmación en el hecho de que los mismos seguidores de la teoría finalista, cuando se disponen a examinar las individuales figuras del delito no pueden prescindir de la distinción entre tipo objetivo y subjetivo, conforme a los criterios tradicionales.

- Donde la doctrina aludida revela intensamente su inconsistencia, es en la determinación del concepto de culpabilidad. Al excluir de este elemento el

dolo y la culpa, se le vacía de lo que le es más esencial, puesto que la culpabilidad puede ser más que una actitud psíquica contraria al deber.

- La abstrusa arquitectura de la orientación finalista, al igual que la teoría de la culpa de autor, solo encuentra explicación en la vinculación casi fetichista de los penalistas alemanes al principio de la Vergeltung, es decir, al concepto de la pena considerada como castigo moral y expiación.
- Lejos de ser una valiosa revisión de los métodos y los conceptos, la nueva teoría no es más que un artificioso y vano intento de conciliar lo inconciliable, o sea, determinados presupuestos ideológicos y filosóficos con un derecho que ha dejado ya tales presupuestos a su espalda.⁷⁴

Richar Busch considera, que “el concepto finalista de la acción, hace posible la construcción de un sistema jurídico penal, cuya articulación clara y sencilla no solo tienen valor didáctico, que la teoría del delito basada en este sistema permite resolver en forma dogmáticamente clara y objetivamente correcta, que solo con esto se demuestra su superioridad frente al sistema jurídico penal tradicional, además que la teoría finalista de la acción ofrece el único fundamento para aquella concepción del injusto que incide en las raíces del derecho penal”.⁷⁵

Por lo que hace a Porte Petit, señala las dificultades que en algunos sectores origina la doctrina finalista: “hay que tener en cuenta, que desiste correctamente las acciones plenamente conscientes, pero no, en cambio, las que no lo son, como las acciones automáticas o las pasionales que pueden tener trascendencia penal. Se muestra incapaz de comprender a la omisión, porque en ésta falta una sobre determinación final del proceso causal”.⁷⁶

Este autor refiere que el máximo fracaso del sistema final de la acción, es palpable, en los delitos imprudentes, ya que la imprudencia consiste en la

⁷⁴ ANTOLISEI Francisco, Manual de derecho penal parte general, Editorial Temis, Bogotá 1988, P.248.

⁷⁵ BUSH Richar, modernas transformaciones en la teoría del delito, Editorial Temis, Bogotá 1970, P. 52.

⁷⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP Celestino, apuntamientos de la parte general de derecho penal, Editorial Porrúa, México 1989, P.258.

ejecución descuidada de una acción final, provoca con sus pocos prudentes actos la causación no querida de un resultado dañoso, y este descuido no puede considerarse sometido a control final.⁷⁷

En lo tocante con Hans Jescheck, al hablar de la teoría finalista, se pregunta qué caminos ha de reconocer la teoría del delito del futuro, y contesta que “ha de constarse con que los principios sistemáticos que sirven de base al concepto del delito del finalismo, seguirían imponiéndose, pues resultan convincentes con independencia de la teoría final de la acción”.⁷⁸

Para Muñoz Conde, la “época del finalismo se puede considerar superada, no porque no se acepten sus conclusiones, sino precisamente por lo contrario, porque se han impuesto y hay que buscar nuevas soluciones para nuevos problemas a los que el finalismo no da respuesta alguna”.⁷⁹

Es decir la teoría finalista de la acción, maneja los conceptos ya expuestos por la teoría causalista, se habla de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, sin embargo, estos conceptos son manejados con un esquema distinto, que trae como consecuencia, soluciones a problemas que no encontraba la teoría causalista, como son los relativos a la tentativa, la participación, la autoría.

De todo esto, se puede señalar que la finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según a la obtención de esos objetivos.

En otros términos para la teoría finalista, la acción pasa por dos fases, una interna y otra externa, conteniendo para la primera, el objetivo, los medios que se

⁷⁷ *Ibidem*, P.259.

⁷⁸ JESCHECK Hans, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial PPU, Barcelona 1981, P 287.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial PPU, Barcelona 1975, P.176.

emplean para su realización, las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal.

Así como la segunda fase, que se encuentra en la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal, el resultado previsto y el o los resultados concomitantes.

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

De esta manera señala Roxín “el sujeto que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajeneidad de las cosas o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente, en el sentido jurídico penal ya no actúa en absoluto”.⁸⁰

Aunado al análisis antes efectuado, se debe decir que en la teoría de la acción finalista, el dolo y la culpa ya no se van a ubicar en la culpabilidad, sino en la acción típica. El dolo y la culpa dejan de ser especies de la culpabilidad, como se consideraba en la teoría causalista, pero ahora el dolo y la culpa constituyen el fin de la acción.

Refiere Roxín que “la teoría finalista de la acción, en el caso del dolo eventual o en los delitos culposos, se pudiera hablar de “acción”, ya que en el dolo eventual o en la culpa con representación, y aun en la culpa si representación, no se podría plantear la finalidad de la acción. La objeción se salva en virtud de que el hombre se propone una acción, pero al ejecutarla se producen consecuencias concomitantes o secundarias, en el dolo eventual o en la culpa, sea con representación o sin ella, se ejecuta una acción con una finalidad, pero esta no se logra, porque se desvía a un resultado concomitante o secundario como es el caso

⁸⁰ ROXIN Claus, Problemas Básicos del Derecho Penal, contribución a la crítica de la teoría final de la acción, Editorial Romo, Madrid 1976, P. 93.

de la persona que limpia el arma de fuego, al hacerlo esta se dispara y el proyectil mata a una persona, este resultado desviado de su acción, es secundario”.⁸¹

El finalismo coincide en parte con el pensamiento de Von Liszt, en cuanto a que puede concebirse una conducta genérica dentro de la cual caben como subclase el hacer y el omitir, en cuanto ambos importan comportamientos dominados por la voluntad, pero difieren en que el finalismo señala que acción y omisión son dirigidas a un fin determinado.

Para el sistema finalista el fin perseguido en la omisión, como el fin propuesto en la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión.

El problema fundamental en el tema de la omisión tanto en el sistema causalista como en el finalista lo plantea el nexo causal, el cual ha sido motivo de interminables discusiones, pues en la omisión simple se habla de nexo jurídico; en los delitos de comisión por omisión en que se dan un resultado material el nexo causal se planea en la posibilidad de que el resultado no se hubiera producido si el sujeto realizara la acción ordenada por la ley, teniendo el deber jurídico de obrar.

De esta forma el sujeto obligado por la norma tiene la posición de garante, es decir, tiene el deber de evitar el resultado, posición que se desprende de la ley cuando esta señala al sujeto determinados deberes cuyo cumplimiento derivan de su cargo, profesión o empleo.

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

⁸¹ *Ibidem*, P. 94.

Es conveniente resaltar que en la teoría finalista de la acción se debe distinguir un resultado producido por la acción causal, entre la conducta humana y ese resultado, como expresión naturalista, causalista; en cambio, el resultado como producto de una acción finalista, según Welzel “se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral del la acción final”.⁸²

En este sentido debe afirmarse que si la acción y la omisión para que sean típicas, deben tener una finalidad, entonces la acción y la omisión se matizan de dolo o de culpa, según que la conducta se dirija a la obtención voluntaria, o bien que esa voluntad del sujeto debió prever, dentro de los límites exigibles, el carácter dañoso de su omisión.

Por lo que a partir de la creación del tipo, la ley va a delimitar por un lado la responsabilidad en que puede incurrir el individuo ante la ley penal y por el otro el derecho del propio individuo de que solo si encuadra su conducta en la decepción del tipo penal, será posible sancionarlo.

De esto se aprecia que el tipo desempeña una triple función, como una función represiva de las conductas que encuadren dentro del tipo penal, una función de garantía y una función preventiva.

En consecuencia, para el finalismo, la acción y la omisión se encuentran previstas en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, la cual está integrada de finalidad. El proceso de selección de acciones finalistas en derecho penal se delimita tipificación de acciones.

⁸² WELZEL Hans, La teoría de la acción finalista, Óp. Cit., P. 54.

Por eso el contenido de la voluntad forma parte de la descripción típica, la finalidad se concreta en derecho penal en forma de dolo o de imprudencia en forma activa y omisiva.

Gómez Benítez, argumenta “la ubicación del dolo o de la imprudencia entre los elementos de la tipicidad penal introduce la finalidad, y en este sentido, elementos subjetivos, en todos los tipo penal, cuestión esta no solo inevitable, ya que los tipos describen acciones y estos implican siempre finalidad.”⁸³

A su vez, Richar Bush señala que “el injusto está determinado solo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto y con esto se lo arranca de la culpabilidad”.⁸⁴

Para el finalismo, el tipo penal está compuesto no solo de elementos objetivos, sino también subjetivos, por ello Muñoz Conde afirma “la acción y omisión humanas subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad, de ahí que ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad.

Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (tipo objetivo) como subjetiva (tipo subjetivo), como elementos objetivos encontramos: el sujeto activo, pasivo, bien jurídico tutelado, la acción u omisión, el resultado típico en los delitos de resultado, los elementos normativos, las agravantes o atenuantes”.⁸⁵

El dolo para los finalistas, es un dolo de tipo o dolo de hecho, es decir, una voluntad de realizar el hecho típico, lo que también se ha llamado dolo natural.

⁸³ GÓMEZ BENITEZ José Manuel, Teoría jurídica del delito, Óp. Cit., P.70.

⁸⁴ BUSH Richar. Modernas transformaciones de la teoría del delito, Óp. Cit., P. 19.

⁸⁵ MUÑOZ CONDE Francisco, Introducción al Derecho Penal, Óp. Cit., P.53.

Este concepto de dolo natural o de tipo, es una consecuencia directa de su consideración como mera finalidad específica, es decir, una consecuencia de la estructura lógico objetiva de la acción.

En el finalismo los aspectos objetivo y subjetivo del tipo se encuentran en estrecha relación pues “el tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior”.⁸⁶

También pertenecen al tipo penal las acciones culposas, en las cuales la voluntad de la acción no se dirige al resultado típico, que se proyectan con consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción.

De esto se aprecia que en los delitos culposos por dirigirse a la producción de resultados socialmente reprochables, producidos por imprudencia, falta de cuidado o previsión, es el juez quien debe investigar cual era el límite del cuidado requerido, de ahí que en los ilícitos culposos la acción no está precisada como en los delitos dolosos, no se precisa la conducta culposa, por lo que estamos ante tipos abiertos que requieren ser complementados por el juez, quien juzga la actuación del sujeto activo del delito en relación al deber de cuidado que debía y podía observar de acuerdo a las condiciones personas en que se encontraba, para evitar el resultado que se produjo en cada caso concreto.

Por lo que el sistema causalista, ha sostenido que el tipo es la descripción de una conducta como delictiva, y si lo que se pretende es dilucidar si esa conducta es contraria a la norma, ello es función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, y se está pretende reprobado a un sujeto, ello es función de la culpabilidad.

⁸⁶ WELZEL Hans, La teoría de la acción finalista, Óp. Cit., P. 93.

En cambio, el sistema finalista, al ubicar el dolo y la culpa a nivel del tipo y no en el ampo de la culpabilidad, examina los elementos subjetivos del injusto de modo muy destino. La teoría de la acción final elaborada por Welzel, supuso una revisión total del sistema y la estructura del delito e influyo decisivamente en el cambio citado de lo cual son destacables las siguientes características.

1. En la teoría causalista, el tipo es considerado únicamente como elemento material objetivo del delito, hace referencia a pocos elementos subjetivos como el *animus*.
2. Para el finalismo, la acción no puede prescindir de la voluntad misma que está impregnada de finalidad, negando que la acción sea un mero acontecimiento causal, sino que designa la actividad finalista del hombre basado en que éste, gracias a sus conocimientos, fruto de la experiencia, puede prever las consecuencias posibles de su conducta y, por tanto, orientarla a la obtención de determinados fines.
3. Los finalistas consideran que el tipo contempla o prevé acciones socialmente graves con un sentido finalístico, y resuelve satisfactoriamente los llamados elementos subjetivos.
4. Para este sistema, el tipo no solo está compuesto de elementos objetivos, sino también subjetivos.
5. La teoría finalista sostiene que el dolo es elemento subjetivo del tipo, porque la acción u omisión no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad.
6. Los seguidores de la teoría de la acción final al trasladar el dolo a la tipicidad, reúnen todos los elementos subjetivos del tipo bajo la denominación de elementos personales del injusto en los que se manifestó el desvalor de la acción frente al desvalor del resultado, desarrollados por la teoría del injusto penal.

7. Al trasladar el dolo a la tipicidad, se asocia su determinación de la ley Penal conforme al principio *nullum crimen*, con independencia a la antijuridicidad.⁸⁷

En suma, la principal innovación del finalismo no es tanto la forma de comprender la relación entre tipicidad y antijuridicidad, sino la consideración del objeto sobre el que recae el juicio de antijuridicidad, es decir, la conducta típica constituida por elementos objetivos y subjetivos, y entre estos, como elemento subjetivo general de todos los tipos dolosos, está el dolo.⁸⁸

Complementando lo anterior Hans Welzel señala que en el sistema finalista la tipicidad se integraba con un tipo objetivo y un tipo subjetivo, “el tipo objetivo es el núcleo real de todo delito es la objetivación de la conducta en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito”.⁸⁹

Por supuesto que para complementar el tipo objetivo no solo se atendía a la conducta materializada, sino también al resultado, sea de lesión o de peligro del bien jurídico tutelado. Lo que se le llamo circunstancias del hecho del tipo objetivo.

De acuerdo con Welzel “el dolo como una mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el derecho penal no puede alcanzar al puro animo. Solo en los casos en que conduzca a un hecho real o lo gobierne, para a ser penalmente relevante, el dolo penal tiene siempre dos dimensiones, no es solo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo, esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el derecho penal, cuando se define el dolo como coincidencia del hecho y resolución al hecho, de lo que el dolo en sentido técnico penal, es solo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito, de esto se desprende que también hay acciones, no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de

⁸⁷ WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Óp. Cit., P. 55.

⁸⁸ GÓMEZ BENITEZ José Manuel, Teoría jurídica del delito, Óp. Cit., P.80.

⁸⁹ WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Óp. Cit., P. 75.

acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la materia de las acciones de la vida cotidiana, así como también pertenecen a ellas las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado”.⁹⁰

Aunado a esto y como ya se había soslayado, la ausencia de la finalidad en la culpa, fue piedra angular y mayor crítica al sistema finalista, pues en dicha forma de comisión el sujeto desarrolla su actividad con la finalidad de obtener un resultado distinto al producido, contravenía los postulados de Welzel, al sostener que no era la simple causalidad la que hacía relevante la conducta para el derecho penal, porque si así fuera serían relevantes otros fenómenos de la naturaleza o movimientos de animales no racionales, siendo la finalidad que huía la conducta humana el factor de diferencia y de exclusión de los demás factores causales.

Para tratar de resolver los problemas de la culpa Welzel cambió su planteamiento inicial por la llamada acción potencial y posteriormente se refirió a la acción cibernética; pero fracasaron, debido a que con dichas concepciones se tenía que renunciar a la finalidad de la conducta como eje de apoyo de sus construcciones, y con ello perdía unidad conceptual la conducta como categoría del delito y, a su vez provocaba problemas en los demás escalones de la teoría del delito.

En efecto la concepción final de acción tuvo repercusiones en el tipo y en la culpabilidad, debido a que la conducta final obligada a incluir al dolo y la culpa en el tipo, y por ello, el fundamento de la culpabilidad quedó como puramente normativo. Por ende, el cambio de la concepción final de acción por un concepto de acción potencial o cibernética ya no justificaba la necesaria inclusión del dolo en el tipo ni la fundamentación puramente normativa de la culpabilidad.

⁹⁰ *Ibíd.*, P. 77.

También en los supuestos de error se encontraron dificultades al ampliar el sistema finalista, ya que la teoría finalista llevaba a concebir la teoría del error como una sola; es decir, ya no habría distinción entre el error de hecho y error de derecho.

Ambas clases de errores deberían ser analizados en la acción y por tanto su ubicación correspondería única y exclusivamente al tipo, y en ningún caso a la culpabilidad, que es donde tradicionalmente se resolvían los problemas del error de derecho, cuya denominación cambiaría más tarde por la de error de prohibición.

Dichos problemas del error también se proyectaron en los delitos especiales, pues si el sujeto activo, era inducido por un *extraneus* y realizaba la conducta descrita en uno de los tipos especiales, encontrándose bajo un error de tipo, ello excluiría la tipicidad de la conducta del funcionario y, dado el principio de accesoriedad de la participación, también excluiría la tipicidad de la conducta del *extraneus*, solución distinta se ofrecería aplicando el sistema neoclásico, ya que al analizar el dolo en la culpabilidad, el error del funcionario solo excluiría la culpabilidad, con lo cual si se podría sustentar la participación del *extraneus*, en una conducta-típica y antijurídica, pues la culpabilidad es un juicio exclusivo sobre el autor.⁹¹

Como reacción a estas Teorías dogmáticas, surge en los años sesenta, una corriente que pretende influir con sus criterios mediante una síntesis entre el concepto causal y el concepto final de la acción, define a la acción como comportamiento socialmente relevante.

En esta sistemática, solo la acción humana puede ser percibida por el derecho penal, cuando ésta sea socialmente relevante.

⁹¹ DIAZ ARANDA Enrique. Teoría del delito, Óp. Cit., P. 47.

A partir del **FUNCIONALISMO**, se intenta superar la división entre finalistas y causalistas, al introducir un criterio rector final para la resolución de problemas que plantea la dogmática jurídico penal, surge así un derecho penal orientado políticamente a sus consecuencias.

Se reintroduce el concepto de imputación en la tipicidad, surge la imputación objetiva de resultados y la imputación objetiva de la acción como sistema superador del dogma causal, de tal manera que el tipo no se puede reducir a la conexión de condiciones entre comportamiento y resultados, sino que los resultados, conforme a pautas políticas criminales, tendrían que ser imputados al autor como su obra.

Según la teoría de imputación objetiva es necesario que:

- El autor haya provocado el resultado de modo causal por su actuación.
- Que se haya creado con su conducta un peligro desaprobado.
- Debe haber realizado el resultado ese mismo peligro desaprobado.⁹²

Así bien, la teoría de la imputación objetiva, puso de relieve el tipo objetivo en los delitos de resultado, los cuales son aquellos en los que, se prohíbe en el tipo es la causación de un resultado, sin especificar qué actividad ha de producirlo.

En donde, para la valoración de conductas se toma como punto de referencia el rol social que el hombre desempeña en su medio, de donde se puede deducir que la expectativa de relevancia penal surge en relación con conductas externamente idénticas, que implican en ocasiones la producción de un peligro desaprobado y otras veces no.

Para la teoría de la imputación objetiva, el análisis del tipo debe contener:

⁹² ROXIN Claus. Política Criminal y estructura del delito, Óp. Cit., P. 46.

- Subsunción del hecho y sus consecuencias exteriores (resultado), en la descripción típica (tipo objetivo).
- Ha de analizarse si en el ámbito subjetivo la acción ha sido prevista y quería por su autor (dolo), o pudo y debió ser prevista (imprudencia).
- Se ha de comprobar la relación entre tipo objetivo y tipo subjetivo.⁹³

A la teoría de la imputación objetiva, se le reprocha que no explica satisfactoriamente como se debe actuar (ante la representación de un determinado peligro) sobre todo en los delitos imprudentes, así como su falta de atención sobre los límites entre el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado y finalmente, se le cuestiona haberlo quitado a la teoría del tipo penal la claridad en cuanto al contenido, mediante cláusulas normativas imprecisas.

Los nuevos proyectos sistemáticos mantienen la estructura del delito con la conducta como presupuesto del delito y tres categorías: tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad. Sin embargo, cada categoría experimenta un notorio cambio tanto en su concepción como en su conformación.

Se sustituye la concepción final de acción y se fundamenta la conducta, en criterios valorativos sociales o normativos.

De igual forma, la concepción de la tipicidad ha experimentado un gran cambio a partir de los criterios de la imputación al tipo objetivo.

Adicionalmente el dolo pierde contenido psicológico y se acerca más a una concepción sicológica-normativa, en vista de criterios político-preventivos, o bien normativo-preventivos

Günter Jakobs parte de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann y somete toda la teoría del delito a sus postulados. Así, mientras que su maestro,

⁹³ DE LA CUESTA AGUADO Paz. Óp. Cit., P. 55.

Hans Welzel, considero indispensable construir el sistema del delito sobre una base lógico-real, Jakobs lo sustenta normativamente, de ahí que conceptos como el de conducta, causalidad o bien jurídico quedan circunscritos a las necesidades de la regulación jurídica.

De tal forma que es calificado como funcionalismo normativista, el cual, en palabras de Jakobs “se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”.⁹⁴

La base sociológica de la sociedad, como entidad conformada por individuos que pactan ceder su soberanía a favor del Estado para el ejercicio del poder en beneficio del pueblo, es sustituida por una concepción de la sociedad como un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico. Que se afecta cuando alguien no cumple con su rol y realiza una conducta delictiva contradiciendo las expectativas sociales, por ello “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinarnos de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad, la pena constituye una reacción frente a un hecho que supone el quebramiento de un norma, es decir, se abandona la tradicional concepción que sustenta a la pena como una reacción frente a un hecho que lesiona un bien jurídico tutelado y se erige como el medio a través del cual se confirma la vigencia de la norma violada y, de esa forma, restituir la identidad social”.⁹⁵

Por tanto, el delito es una afirmación que contradice a la norma y la pena es la respuesta que confirma la norma, en consecuencia, la función de la pena es restituir la vigencia de la norma violada con la conducta delictiva.

⁹⁴ ROXIN Claus. Política Criminal y estructura del delito, Óp. Cit., P. 15.

⁹⁵ Ibídem, P.18.

Muchas son las críticas que enfrenta el funcionalismo normativista, pero la de mayor peso se refiere a la fundamentación puramente formal del derecho penal, conforma a la cual la ley penal debe tener validez por haberse emitido por el órgano del Estado facultado para ello.

De lo anterior, es necesario señalar que dicha concepción no tiene problemas para su aceptación en las condiciones actuales sociales, económicas, políticas y culturales de Alemania, que hacen prevalecer el Estado social y democrático de derecho, pero no siempre ha sido así, el Nacionalsocialismo de Hitler puede ser una buena muestra de los excesos a que puede llegar con esta concepción, con la cual se podría llegar a retomar la política de exterminio racial de los pueblos no arios y tildar al derecho penal con ese fin.

Al respecto señala Díaz Aranda que “sería más peligroso adoptar la teoría funcionalista normativista en México, pues nuestras bases democráticas son todavía endeble y el Poder Legislativo todavía no cumple cabalmente con su función de emitir leyes única y exclusivamente para beneficio del pueblo, de tal suerte que si aceptáramos la aplicación incuestionable de la ley por el hecho de haber seguido el proceso legislativo ordenado en la Constitución, estaríamos admitiendo que el Estado tiene derecho a sancionar lo que sea, en este sentido, la reforma de 8 de marzo de 1999 a los artículos 16 y 19 de la Constitución, por la cual se puede detener y procesar a cualquier ciudadano con pruebas que acrediten plenamente el cuerpo del delito y con indicios de la probable responsabilidad, nos da una buena muestra de lo afirmado, es muy discutible la propuesta de Jakobs de hacer depender a la culpabilidad de la prevención general, de acuerdo con lo cual la pena se sustentaría en la necesidad de garantizar la fe de la sociedad en el derecho”.⁹⁶

Claus Roxín retoma los principios del pensamiento neohegeliano y neokantiano, los cuales habían quedado interrumpidos en el periodo de entreguerras,

⁹⁶ DIAZ ARANDA Enrique. Teoría del delito, Óp. Cit., P. 56.

especialmente por el nazismo, y los desarrolla sistemáticamente bajo las bases de la política criminal y de la moderna teoría de los fines de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado social y democrático de derecho.

Para dicho autor, la dogmática no debe sustentarse exclusivamente en desarrollos lógicos normativos, sino que tiene que atender a la realidad social y ofrecer soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal y al respecto señala “la idea de estructurar las categorías sustentadoras del derecho penal bajo aspectos político criminales permite hacer fructíferos para la dogmática penal postulados socio-políticos, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se procede de esta manera, el sistema jurídico-penal deja de ser solo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se abre al desarrollo social, desarrollo con el cual también tiene que ver la criminología al explicar y controlar la delincuencia”.⁹⁷

La teoría funcionalista interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena para un supuesto regular, y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación.

Es decir, basa un modelo en el entendido de conllevar una política criminal en vista de la ausencia de normatividad hacia sus gobernados, pues para la teoría funcionalista, el tipo tiene como función enviar un mensaje al raciocinio del individuo para que sepa cuáles son las conductas prohibidas, con el fin de que las evite, o bien, realice la conducta ordenada para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro.

Con el objetivo de persuadir al individuo, el tipo establece una pena a imponer para quien contravenga el mensaje, de esa forma se busca causarle temor para

⁹⁷ ROXIN Claus, Política Criminal y estructura del delito, Óp. Cit., P. 57.

que se abstenga de realizar la conducta que lesiona al bien jurídico tutelado o actué para evitar la lesión de ese bien, el efecto disuasorio, es conocido como prevención general negativa y obedece a los lineamientos generales de un derecho penal preventivo general.

De esto se puede señalar que en el funcionalismo, el tipo objetivo se debe concretar, estableciendo si la conducta en particular esta dentro de radio de prohibición que el legislador quiso plasmar al emitir el tipo.

Al respecto, se han desarrollado una serie de criterios normativos que estaban esparcidos por la teoría del delito sin conexión alguna para reunirlos en lo que se ha denominado como teoría de la imputación objetiva del resultado, cuya función es determinar el sentido y alcances de la descripción contenida en el tipo, y de esa forma establecer si el hecho de la realidad pueda considerarse como típico.

En otras palabras, el tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción, luego entonces, se debe determinar cuáles de esas conductas se han pretendido prevenir a través del tipo.

En suma, y en un aspecto propio del trabajo expuesto, es menester la elaboración de un criterio, en el cual se empuña desde un origen doctrinario, por medio del cual se fue formulando una doctrina penal, sustantiva, con alcances procesales, en la cual, se vierte como primer punto de partida un fenómeno causal natural, en el cual es visible se vislumbra solo una imagen rectora que postule un primer aspecto de contenido descriptivo y material, que fue guiado por un neocausalismo en el cual se insertaban cuestiones anímicas al rector descriptivo, y de lo que contenía una serie de dislocaciones lógicas que hacen insuficiente dicha teoría.

Así bien y aunado a una reacción normativa de tintes autoritarios, surge una teoría ontológica, con estructuras lógicas objetivos en función de una atribución ético social, que sea propio de un estado de derecho naturalístico y garantista, de la cual, se vertió en guía de una sistemática penal, al trasladar el ánimo volitivo general y específico al rector básico descriptivo, al ser esta función de protección a un principio de legalidad, y no en base a una causación de resultado, si no de un raciocinio natural.

Resolviendo postulados de problemática sucesiva en la teoría causal, como lo es, la ideación tentada de una conducta, que conlleva, no una mutación en el mundo fáctico, como era requerido para la doctrina causalista, sino una unidad real de sentido, la cual era dominada por la volitividad, en vista de un aspecto cognoscitivo, de la cual era conocida, en base elementos meramente materiales.

De manera similar, dio una aportación determinante en lo referente a la autoría y participación, fallando en lo atente de los delitos imprudenciales o culposos, en los cuales no existía esa voluntad de realizar ni consumir el acto, así como por lo que hace a un error de prohibición.

Ahora, por lo que hace a la teoría funcional normativa o teleológica, ha conllevado un proceso de inaplicación, de actualidad en nuestro sistema jurídico, político y social, al ser propio de una idiosincrasia, totalmente diferente a la nuestra, en la que en vista de un comportamiento socialmente relevante, tiñen de posibles arbitrariedades, el aspecto público de mayor certeza.

Es decir en base a una valorización de la norma y su completa protección en función de una política criminal, orientado totalmente a sus consecuencias, asistiendo una imputación de manera objetiva en vista del rol social y del radio de prohibición disponible, constante de subsunción del hecho, en el cual de manera divergente con las estructuras lógico-objetivos, no es importante la vulneración del bien jurídico, sino la protección de la norma.

Por ende, dicha teoría no solo resulta inaplicable, sino inclusive peligrosa, esto toda vez que el contexto político de nuestro actual sistema, aplica todo una vertiente de deficiencias y posibles desviaciones de lo que es un estado social democrata social y garantista, de lo cual no es permisible, dejar la visión de legalidad a una valoración meramente normativa.

Por lo cual, es menester observar los máximos criterios de una ontología axiológica, y en respeto de la legalidad permeable en un sistema jurídico en evolución.

1.3) LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Observamos como la teoría ha sustentado una serie de requisitos necesarios de comprobación de lo que es llamado elementos del tipo penal, los cuales se vuelcan de imperatividad sustancial y procesal para un posible enjuiciamiento, para lo cual, ha dado un sentido de referencia, a lo que la doctrina a empuñado un señalamiento de asertividad, para la debida sustanciación.

De lo anterior un sinfín de autores ha atemperado los rasgos distintivos y un aspecto conceptual de esto.

En otros términos, es claro la evolución que se ha impreso la doctrina penal, al referir del aspecto de legalidad, en la cual la más profunda raíz histórica del tipo se basa en el concepto de *corpus delicti* contenido en la viejas leyes.

Esta fue la manera como se concibió el tipo, antes de Beling, como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción.

Antolisei, señala que “el tipo o modelo del delito está constituida no solamente por el conjunto de los elementos materiales que se encuentran indicados en las diversas formas incriminadoras, sino por el complejo de los elementos, tanto

objetivos como subjetivos, que deben concurrir para la existencia de un determinado delito y que se derivan también de la parte general del código”.⁹⁸

El tipo penal se identifica con la plenitud del delito, sin que sea posible establecer una diferenciación entre ambos conceptos. La teoría del tipo hace su ingreso como ya se ha referido con Ernesto Beling, el cual atribuye al principio por ella enunciado el puesto de primera orden en la jerarquía de los elementos esenciales en la noción del delito.

De acuerdo a la primera formulación de Beling, el tipo es la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos.

La mayoría de las definiciones del delito, considerado, como ya se había mencionado como un fenómeno abstracto, concreto o descriptivo y desvinculado de sus manifestaciones singulares, lo califican antes de 1906, como una acción antijurídica, culpable y sancionada con una pena.

En consecuencia, la característica de ser sancionada con una pena, venía considerada como un apéndice exterior, respecto al presupuesto fundamental de la acción antijurídica, incondicionalmente puesto en el centro de la doctrina del delito. Esta sistematización teórica era una consecuencia de la teoría de las normas de Carlos Binding.

Por consiguiente, dicho autor en la elaboración de su sistema apoyado sobre el concepto de tipo penal, solo pretendió un desplazamiento de valor en el ámbito de los elementos del delito.

En el año de 1930, Beling hace una nueva formulación de su doctrina, en la que espiritualiza alguno de sus primeros puntos fundamentales. La idea medular

⁹⁸ ANTOLISEI Francisco, Manual de Derecho Penal, Óp. Cit., P. 37.

es la separación que establece entre el tipo y la especie delictiva. Para la exposición de su nuevo sistema arranca del concepto de especie delictiva, concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos que se encuentran en la descripción legal.

Estos elementos, unos son naturaleza externa y objetiva, como los que caracterizan a la antijuridicidad y otros de naturaleza subjetiva, como los que configuran la culpabilidad.

Por ende todos estos elementos se orientan hacia una imagen unitaria que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva, y sin la cual aquellos elementos perderían su sentido como elementos integrantes de la especie delictiva.

Esta imagen unitaria es el tipo que informa y preside la creación y vida de cada especie delictuosa y representa esquemáticamente su contenido esencial.

Es decir, el tipo no es ya, el hecho objetivo abstracto conceptualmente descrito, por sus elementos materiales, en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante que norma y preside cada especie delictiva.

De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el que viene a ser una representación conceptual que no debe ser confundida con su realización exterior, una categoría sin contenido, un concepto puramente funcional que solo ejerce una función orientadora, un esquema de actos que están debidamente estilizadas y representadas, un concepto troncal de orientación metódica que domina el Derecho Penal.

Con la nueva concepción del tipo como imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva, el problema encuentra solución, pues la acción intentada y la de los participantes entran dentro de la imagen rectora o cuadro dominante.

Por otra parte, se percibe como el tipo rector fue el deseo de Beling de asegurar la necesaria congruencia del tipo del injusto y de tipo de culpabilidad, congruencia que no se deducía como necesidad lógica en su construcción de 1906.

En ella el concepto fundamental del tipo no representaba el vínculo de congruencia podía afirmarse el carácter delictivo de una conducta que, realizando objetivamente el tipo, no iba acompañado de la culpabilidad congruente a dicho tipo.

De esto, se puede señalar que el hecho de que toda cuestión de derecho penal deba ser resuelta en referencia al esquema de un tipo autónomo del delito, puede presentar el peligro de la inutilidad de la parte general del derecho penal.

Con ironía rechaza Mezger, la segunda versión de la doctrina del tipo formulada por Beling en 1930, al afirmar que nuestra exposición de la materia vuelve la espalda al mundo luminoso del puro pensamiento típico y se enfrenta con la cruda realidad del propio derecho punitivo.⁹⁹

Es conveniente señalar que aparte de esta función metodológica, el concepto del tipo penal proporciona las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito, en primer término concretiza la antijuridicidad; concreción que dinámicamente realiza el legislador durante el proceso de formación de la ley y estadísticamente queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos y como guía del juez; y en segundo lugar, pone en relieve la forma que el comportamiento antijurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo.

⁹⁹ MEZGER Edmundo. Óp. Cit., P. 301.

La tipificación de las conductas delictuosas no tienen una regla especial, pues la medida se determina en base a la política criminal que el Estado considere conveniente aplicar, debido a la frecuencia en la comisión de ciertas conductas antijurídicas que pretenda sancionar y a los bienes jurídicos que quiera proteger para el establecimiento de los tipos penales.

Por lo anterior, será diverso el tipo penal cuando en el describa un resultado material o cuando se presenten conductas que requieran elementos normativos por una especial situación del sujeto activo del delito.

Consecuentemente, el comportamiento antijurídico descrito por el legislador en el tipo penal, será puntualizado en algunas ocasiones mediante la descripción de los elementos objetivos de la conducta, en otras, será haciendo referencia a la valoración normativa de la misma y algunas mas lo harán mediante la apreciación de la intención del autor del delito.

A su vez, el maestro Carlos Barragán Salvatierra señala que los elementos del tipo penal son los siguientes:

1. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido: la acción no es la conducta, se analiza si fue afectada conforme a la doctrina finalista, entendiendo la conducta como la realización final de la acción o conducta dirigida a un fin, con plena voluntad, debido a que puede ocurrir que se presenten conductas aparentemente volitivas pero con un aspecto negativo como una fuerza física exterior irresistible en donde el acto solo sirve de instrumento no hay movimiento en a psique en relación con el comportamiento.
2. La forma de intervención de los sujetos activos: esto hace referencia al sujeto no solo en cuanto a s calidad intrínseca, sino en su calidad de participante en el delito (autoría y participación).

3. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

De modo semejante, se acreditará si el tipo lo requiere:

- Las calidades del sujeto activo y pasivo: aquí se hace referencia entre otras cosas a la edad penal, la capacidad mental o requisitos especiales, como es el caso del peculado, donde el sujeto activo debe ser funcionario público.
- El resultado y su atribución a la acción u omisión: dentro de la teoría causalista se le llama nexos causal, ya que esta corriente se basa en tres pasos o estados: la manifestación de una voluntad por medio de una conducta, un resultado de esta conducta y el nexo causal, que viene a ser la atribuibilidad que acreditan a la conducta realizada por el sujeto tal o cual acción. El resultado es la lesión puesta en peligro y en general la lesión al bien jurídicamente tutelado.
- El objeto material: la doctrina señala que el objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro, por ejemplo el bolso robado.
- Los medios utilizados: aquí se hace referencia a la manera en que se llega a la comisión del ilícito, por ejemplo el engaño, el error, en pandilla, violencia moral.
- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión: aquí la referencia sería el lugar donde físicamente se cometieron los hechos delictivos, el día, la hora.
- Los elementos normativos: son aquellos conceptos mencionados en la descripción típica que requieren de una complementación valorativa de naturaleza jurídica o social
- Los elementos subjetivos específicos: son relativos al ánimo conductual del activo y son el conjunto de condiciones de finalidad y ánimo así como tendencia del sujeto, son el margen de la imputación o culpabilidad, como engañar, causar deshonra. Los elementos

subjetivos describen un estado anímico de los sujetos, ya sea pasivo o activo, como engaño, fraude o consentimiento en el estupro.

- Las demás circunstancias que la ley prevea.¹⁰⁰

Por todo lo anterior es necesario analizar los elementos constantes del tipo lo cual hay que atender a los **ELEMENTOS OBJETIVOS**:

Los elementos objetivos de la conducta contenidos en el tipo penal, se refieren a la descripción de la conducta antijurídica, creada por el legislador. El elemento objetivo se refiere a la manifestación de voluntad en el mundo físico, requerida en el tipo penal, es decir la manifestación de voluntad que produce un cambio en el mundo externo o material.

Igualmente los tipos penales describen, por lo general, estados o procesos de naturaleza externa, susceptibles de ser determinados espacial o temporalmente, perceptibles por los sentidos, fijados en la ley por el legislador en formas descriptivas y apreciables por el juez mediante la simple actividad del conocimiento.

En lo que respecta a los **ELEMENTOS NORMATIVOS**:

Los elementos normativos del tipo penal, son aquellos que requieren de una valoración para ser completados con un contenido capaz de ser aplicado por el juez.

Estos elementos del tipo se refieren a hechos que únicamente se establecen bajo el presupuesto lógico de una norma penal.

Frente a los elementos normativos el juez debe desenvolver, además de una actividad cognoscitiva, una actividad valorativa, la cual empero, no debe ser

¹⁰⁰ BARRAGAN SALVATIERRA Carlos. Óp. Cit., PP. 371 y 372.

realizada desde el punto de vista subjetivo del juzgador, sino con criterio objetivo, esto es, según la comunidad.

Sobre esto, Beling niega la existencia de los elementos normativos y considera que “todos los elementos del tipo son descriptivos, ya que en ellos no se expresa la valoración jurídica que califica lo antijurídico. Que los conceptos jurídicos que contienen los tipos penales se presenta simplemente como materia de reglamentación y por ende, no tienen naturaleza normativa”.¹⁰¹

A mayor abundamiento Mezger contrario a esto señala “todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos y por lo tanto, conceptos valorativos teleológicamente tipificados”.¹⁰²

En vista de las posiciones de Beling y Mezger, aparece Bauman, para quien son descriptivas las características, cosa, mueble, sustraer, y normativa la característica “cosa ajena”, a propósito de la cual el interprete de la ley debe recurrir al ordenamiento de la propiedad del Derecho Civil.¹⁰³

Al respecto dice Bauman, que el deslinde entre características descriptivas y normativas es fluido. También la característica normativa contiene una cierta descripción y también la característica descriptiva no es simplemente descriptiva.¹⁰⁴

Son elementos de valoración cultural, según Mezger “aquellos en que el proceso valorativo ha de realizar con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que o pertenecen a la esfera misma del derecho”¹⁰⁵

¹⁰¹ BELING, Ernest. Esquema de derecho Penal. La doctrina del delito-tipo. Traducido del alemán por el Dr. Sebastián Soler. Editorial de Palma. Argentina 1944. P. 2.

¹⁰² MEZGER Edmundo. Óp. Cit., P. 320.

¹⁰³ BAUMAN Jorge, Derecho Penal conceptos fundamentales y sistemas, Editorial Depalma, Buenos aires 1973, P. 78.

¹⁰⁴ Ibidem, P.79.

¹⁰⁵ MEZGER Edmundo. Óp. Cit., P. 322.

Por su parte y en virtud de un estudio sistemático, es necesario analizar los **ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL**.

Se refieren a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo en la comisión de un ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que ocurren en el mundo interno, en el estado psicológico del autor del delito.

Existen hechos que objetivamente no interesan al derecho penal, sin embargo, al incrustarle el elemento subjetivo, adquieren una relevancia especial.

Los elementos subjetivos del tipo penal surgen de la naturaleza misma del hombre, ya que este es un ser esencialmente pensante, que ante la ejecución de la mayoría de sus actos, siempre va a participar su psique.

Es decir, los elementos subjetivos se refieren a los estados anímicos del autor, por ello Jiménez de Asúa que “ese aspecto subjetivo de la antijuridicidad liga a esta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El legislador, los incluye a menudo en el tipo y son los elementos típicos subjetivos de lo injusto, que han sido valorados de distinto modo”.¹⁰⁶

Por lo que en otras ocasiones, el elemento subjetivo radica en determinado deseo, animo o intención que el agente conecta a su conducta.

La importancia de los elementos subjetivos del tipo estriba en que aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven para excluir apriorísticamente las configuraciones basadas en un actuar culposo.

Así bien en el aspecto subjetivo, la conducta-típica puede ser dolosa o culposa y de los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo.

¹⁰⁶ JIMENEZ DE ASÚA Luis, Principios de Derecho Penal, La ley y el delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1958, P. 256

La noción dolo se remonta al derecho romano tardío, en donde se establece una diferencia entre *dolus bonus* y *dolus malus*, en el cual se exigía el dolo o la culpa para considerar culpable al sujeto.

En el derecho germánico se sustentó la responsabilidad en el resultado así, al dolo se le atribuían dos elementos, acto y voluntad.

Con la aportación del sistema clásico, se concibió al dolo como una forma de culpabilidad, es decir, el dolo era la culpabilidad misma, y se establecía conforme a la relación anímica subjetiva entre el autor y el resultado.

Razones filosófico-políticas llevaron a concebirlo como *dolus malus*, cuyos elementos eran: el conocimiento y la voluntad de los hechos, la conciencia de su significación antijurídica, de ahí que Beling considerara que “el *dolus* significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente”¹⁰⁷

En el sistema neoclásico, el dolo ya no se concibió como una forma de la culpabilidad, y se redujo tan solo a uno de sus elementos. Pero tanto en el sistema clásico como en el neoclásico, el dolo se integraba con el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo y con la conciencia de la antijurídica de la conducta.

De ahí que el sujeto que obraba con dolo era aquel que no solo sabía la ilicitud de su acto, sino que además sabía que su conducta no estaba amparada por ninguna causa de justificación, por lo que obraba con dolo malo.

La argumentación filosófica y conceptual por la que el dolo debía ser reubicado sistemáticamente en el tipo y no en la culpabilidad fue ofrecida en todo contexto como ya se ha dicho con antelación por Hans Welzel, a través de la teoría final de

¹⁰⁷ BELING, Ernest Von. Esquema de derecho Penal. La doctrina del delito-tipo. Óp. Cit. P. 72.

la acción. De lo que previamente algunos partidarios del sistema neoclásico ya se habían pronunciado por dicha reubicación, y ello se derivaba precisamente de la aceptación de elementos valorativo-subjetivos, primero en la antijuridicidad y más tarde en el tipo.

Para la teoría final de la acción, el tipo ya no solo se conformaba de elementos objetivo-descriptivos y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos del dolo, sino que en todos los tipos penales existe un tipo subjetivo, que se conforma por el dolo o, en su caso, por la culpa.

De esto, si la conducta que interesaba analizar al derecho penal es la conducta final, y si esta solo se puede identificar atendiendo a la voluntad final del autor sobre la realización de resultados típicos, lo único que distingue el dolo de la finalidad, es la tipificación del resultado a que atiende.

En otros términos, el derecho penal, solo describe algunas de las múltiples conductas desarrolladas en el mundo óntico, con elementos de estructura lógica objetiva y teleológica.

Al respecto, Welzel señala, que toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere, y por la decisión al respecto de querer realizarlo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo, en este sentido, el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es solo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo.¹⁰⁸

Por lo que es indiscutible, que el sustento fundamental del concepto del dolo radica en el elemento cognitivo, pues el conocimiento es el presupuesto de la intención, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce, ya que no se puede concebir una voluntad vacía de contenido.

¹⁰⁸ WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Óp. Cit., P. 74.

De igual forma la Real Academia de la Lengua Española, señala que conocer es averiguar mediante las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas y percibir el objeto como distinto de todo lo que no es el.

Inicialmente el elemento intelectual cognitivo solo compendia “el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal, llamada conciencia actual, que consiste en la representación, percepción o pensamiento del agente sobre las circunstancias y las consecuencias de su actuar.

Sin embargo, es claro que el dolo no requiere que el autor haya conocido el delito-tipo mismo o sus elementos, puesto que los delito-tipos y sus elementos son figuras jurídicas que requieren un conocimiento especializado, no solo del texto de la ley, sino también de su interpretación.

Por lo cual para integrar el elemento cognitiva del dolo no se requiere el conocimiento de la ley.

El dolo no requiere del conocimiento del texto de la ley, porque solamente requiere que el sujeto conozca las circunstancias en las cuales está realizando la conducta y será el jurista quien interpreta ese conocimiento de la realidad que tenía el sujeto activo para determinar si corresponde a la descripción contenida en el tipo penal, es decir, mientras que el sujeto activo se representa una realidad, el jurista trata de representarse si ese conocimiento de la realidad es el que describió el legislador en el tipo.

De lo aquí señalado se puede decir que la actuación dolosa del sujeto no significa que el sujeto conozca el artículo de la ley donde se describe su conducta como prohibida, lo único que se requiere es que tenga conocimiento de la situación en la cual está actuando.

Actualmente también se incluyen los conocimientos actualizables, es decir, aquellos que pese a no estar presentes en el momento de realizar la acción sí son conocidos por el autor en el consciente.¹⁰⁹

Por otra parte, para un debido análisis del dolo, es menester conocer una valoración *ex ante* y *ex post*.

Así es dable señalar que la valoración *ex ante* consiste en realizar un ejercicio mental en el cual quien ha de evaluar el acto (juez), se debe colocar en el momento previo a la realización de la conducta del autor para tomar en cuenta el fin del autor, su plan, contexto circundante, los medios con o que contó; conforme a ello se podrá realizar un pronóstico sustentado en un juicio de probabilidad general (conocimientos nomológicos y ontológicos) sobre el peligro que encierra esa conducta para el bien jurídico.

La perspectiva *ex post* consiste en la valoración realizada sobre los resultados provocados por una conducta, ya no se trata de un pronóstico sobre cuales podrán ser los resultados de dicha conducta (perspectiva *ex ante*), sino de cuales fueron realmente esos resultados (*ex post*).

Consecuentemente, mientras que la valoración *ex ante* supone el empleo de un conocimiento ontológico de una conducta, y conforme a ella un pronóstico sustentado en los conocimientos nomológicos, en la perspectiva *ex post* ya se sabe cual fue ese resultado, y por tanto los conocimientos empleados son ontológicos, porque recaen sobre hechos consumados.

Por ello, cuando el juez conoce del hecho (*ex post*) debe colocarse mentalmente en el lugar del autor (*ex ante*) para establecer un pronóstico sobre las capacidades del autor al momento de realizar la conducta y valorar si actuó teniendo en cuenta el peligro que corría el bien o no lo tuvo en cuenta.

¹⁰⁹ DIAZ ARANDA Enrique, Teoría del delito, Óp. Cit., P. 157.

Lo único que sí sabe el autor al momento de realizar la conducta es la probabilidad que tiene de lesionar al bien jurídico, pero el resultado efectivamente producido solo se podrá determinar con exactitud hasta después de realizada la conducta.

De esto, se llega a concluir que se obra con dolo cuando se tiene conocimiento *ex ante* del peligro que representa la conducta para el bien jurídico tutelado y no se necesita conocer exactamente el resultado porque ello sólo se puede saber *ex post*.¹¹⁰

Por otra parte y bajo la misma temática se debe contemplar los elementos volitivos que para Welzel se clarifica en el verbo “querer” lo cual en derecho penal se debe de interpretar como querer realizar el tipo de un delito, y no solo quiere tener o querer alcanzar.¹¹¹

Lo que tiene tres rasgos a saber, como lo es un factor de orientación hacia lo inminente, un factor que se refiere a lo que se quiere hacer, y un objetivo que tiene ese querer.

Para Welzel, tanto el resultado final como los resultados necesarios y los accesorios, al momento de ser previstos por el autor y aceptarlos para conseguir su fin, se consideran como abarcados por su intención final, y por tanto su comisión es dolosa.

Así para el nuestro sistema penal, la conducta dolosa no sólo abarca querer el resultado típico, desearlo, perseguirlo, aprobarlo o consentirlo con agrado, sino también “aceptarlo”, aunque sea a disgusto. En otras palabras, no sólo obra dolosamente el autor que quiere el resultado específico sino también el que sabe

¹¹⁰ Ibidem, P. 162.

¹¹¹ WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Óp. Cit., P. 79.

que este es una consecuencia necesaria de su obrar o es muy probable que o produzca si sigue adelante con su conducta.

Resumiendo, de acuerdo con nuestro orden jurídico-penal, obra dolosamente quien tiene el conocimiento de que se está realizando una conducta prohibida (aspecto cognitivo) y quiere seguir adelante con ella (elemento volitivo), queriendo, aceptando o previendo como muy posibles los resultados que ésta pueda producir. Si esto es así, entonces, lo más importante en el dolo es determinar si el sujeto quería o no realizar la conducta, mientras que el resultado puede quererlo o simplemente aceptarlo.¹¹²

La diferencia entre querer y aceptar como necesario o muy probable un resultado sirve para una clasificación entre dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual.

El DOLO DIRECTO, también llamado dolo directo de primer grado, se puede considerar como sinónimo de la intención o el propósito del autor. Por lo cual obrará con dolo directo quien quiere realizar una conducta con el objetivo de provocar un resultado específico (ex ante), y efectivamente consigue el fin perseguido (ex post).

A su vez en el DOLO INDIRECTO, el sujeto tiene un fin o meta que quiere alcanzar, pero para conseguirlo tendrá que provocar necesariamente otros resultados descritos como conducta-típica, y de todas formas decide realizarla, por esta razón, al dolo indirecto también se le denomina dolo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado.

Por otra parte en el DOLO EVENTUAL, la lesión del bien jurídico se le presenta la autor como muy probable si realiza la conducta que se propone.

¹¹² DIAZ ARANDA Enrique, Teoría del delito, Óp. Cit., P. 164.

Es de señalarse que en el dolo eventual y en la culpa consciente se parte de una misma idea que en ninguno se desea el resultado, pero en ambos se reconoce la posibilidad de producirlo.

Muñoz Conde, expresa que el análisis de la conducta es un proceso psicológico en que se entremezclan elementos volitivos e intelectuales de manera consciente o inconsciente, de tal suerte que el dolo eventual se ha fijado como la frontera entre el dolo y la culpa.¹¹³

Si el autor no se representa la realización más que como posible, la realización dolosa de este dependerá de su actitud frente a la eventual realización del tipo, en la actualidad tiende a imponerse el punto de vista en que se estima que deberá apreciarse dolo eventual si el autor ha tomado seriamente en cuenta la posibilidad de la lesión del bien jurídico y se conforma con ella.¹¹⁴

Igualmente en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia inevitable, en el dolo eventual se le aparece como resultado posible.¹¹⁵

Para establecer los criterios para diferenciar las conductas doloso eventuales de las culposas con representación, se han elaborado las llamadas teorías cognitivas y teorías volitivas.

LAS TEORÍAS VOLITIVAS el dolo abarca tanto la conducta como el resultado. El problema radica en saber que se debe entender por querer el resultado en supuestos de dolo eventual.

Dicha teoría volitiva más representativa es la **teoría del consentimiento**, la cual afirma, que para imputar al sujeto la conducta a título de dolo eventual debe

¹¹³ MUÑOZ CONDE Francisco, Teoría General del Delito, Óp. Cit., P. 249.

¹¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER Enrique. Op. Cit., P. 36.

¹¹⁵ MIR PUIG Santiago. Óp. Cit., P.244.

no solo representarse la posibilidad de realización del tipo, sino que, además, asiente anteriormente a su realización, es decir, aprueba la producción del resultado o lo acepta.

De esto se deduce que el título de imputación doloso eventual o de culpa consciente se establece conforme a la aceptación o rechazo del resultado que se planteo el sujeto al momento de realizar su conducta sin importar si la probabilidad objetiva de producir el resultado era elevada o mínima, entonces para la teoría del consentimiento, en sus supuestos de dolo eventual, se debe entender por querer el resultado su aceptación o aprobación, en el momento de realizar la conducta.

A mayor abundamiento en la teoría del consentimiento se le critica primeramente en que el sustento no está propiamente en la voluntad de provocar el resultado, sino una reacción emocional del sujeto al aceptar o rechazar dicha lesión. Lo anterior supone que los datos externos son irrelevantes, y hace descansar el centro de la imputación en dos elementos puramente subjetivos, como lo es la representación y aceptación del resultado.

De modo semejante, se encuentra la **teoría del sentimiento** o de la indiferencia, sostenida por Engisch desde 1930, en el cual el dolo eventual cuando el sujeto o bien aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que puedan resultar lesivas para un bien jurídico protegido, o bien acepta dichas consecuencias con total indiferencia, por lo cual se considera que el sujeto muestra su desprecio por la preservación del bien jurídico tutelado por el derecho penal.

Pero este criterio no sirve de mucho, pues quien actúa con culpa consciente también actúa con indiferencia y, por otra parte, si el sujeto actúa sin indiferencia ello no necesariamente conlleva a la exclusión del dolo.

TEORÍAS COGNITIVAS ofrecen la facilidad de constatar o deducir de datos externos la concurrencia del conocimiento del autor sobre la posibilidad de lesionar el bien jurídico como resultado de la conducta que realiza.

Por ende, para estas teorías no importa cuál es la actitud interna del sujeto frente al hipotético resultado.

Lo anterior tiene como virtud que no confronta al sujeto con algo que no tuvo en cuenta en el momento de actuar, sino que tiene por cierto algo real, es decir lo peligroso del comportamiento desde una perspectiva *ex ante* sea para el autor mismo (representación) o conforme a los criterios nomológicos del hombre medio (probabilidad), las teorías cognitivas más conocidas son la teoría de la **representación y de la probabilidad**.

La **teoría de la representación** parte del elemento puramente cognitivo, siendo suficiente para confirmar el dolo la mera representación por parte del sujeto de la posibilidad de que su acción puede producir el resultado lesivo. Pero si el sujeto tiene la confianza de que el resultado, a pesar de su acción, no se producirá, ello es equivalente a la negación de su resultado y excluye al dolo, pero deja subsistente la culpa con representación.

De esta teoría la mayor objeción consiste en que no podemos saber que se representó el sujeto activo en el momento de la comisión del delito.

Es decir no se demuestra lo que el sujeto se represento, sino que se deduce de los datos objetivos que concurrieron en el hecho para sostener dicha representación.

Aunado a esto, tenemos la **teoría de la probabilidad**, el juicio de probabilidad por desarrollar será tanto general como desde la probabilidad subjetiva. Esta última se realizara de forma individualizada según las características y las

capacidades de cada individuo. Por tanto, el juez deberá tomar en consideración los hechos objetivos y las circunstancias que sean susceptibles de ser probadas para determinar si el resultado, desde un único de probabilidad general, aparecía como probable, y para establecer la probabilidad subjetiva del autor deberá atender a sus capacidades intelectuales, medio social, grado educativo, para tratarse de colocar en la situación personal del autor y valorar el grado de probabilidad que el sujeto se pudo representar antes de realizar su conducta.

Por tanto, no basta con que objetivamente aparezca como probable el resultado, sino que ese requiere, además, el aspecto subjetivo del autor.

Las teorías volitivas se pueden criticar porque sustentan la constatación del dolo en la actitud del sujeto frente al resultado. Mientras que a las teorías cognitivas de les puede criticar que no resulta suficiente la valoración realizada por el sujeto sobre el previsible desarrollo e los hechos.

En otro aspecto, por lo que respecta a **LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS REQUERIDOS POR EL TIPO**, surgen con el sistema neoclásico del delito, y consisten en especiales ánimos, tendencias, intenciones o fines previstos específicamente en algunos tipos penales.

En particular, fueron Fischer y Hegler quienes pusieron de manifiesto que en ciertos supuestos de hecho, la tipicidad de la conducta solo podía establecerse atendiendo a la dirección que el autor daba a su acción.

Así por ejemplo, el ánimo lascivo en el delito de hostigamiento sexual o el ánimo de apoderamiento en el delito de robo son indispensables para la adecuación de la conducta al tipo.¹¹⁶

¹¹⁶ DIAZ ARANDA Enrique, Teoría del delito, Óp. Cit., P. 186.

En tipos con elementos anímicos-subjetivos específicos, la tipicidad de la conducta no puede establecerse atendiendo a juicios estrictamente causal-objetivos, sino solo recurriendo a juicios estrictamente subjetivos.¹¹⁷

Dicho en forma breve, mientras que el dolo se encuentra presente en todos los tipos penales de la parte especial del Código penal y de las leyes penales, los elementos subjetivos específicos solo se encuentran presentes en muy pocos tipos.

Por ejemplo, en el tipo de homicidio el dolo consiste en conocer que la conducta que se va a realizar, provocara la muerte de otro y, de todas formas, se quiere obrar, pero dicho tipo penal no requiere de ningún ánimo, intención o finalidad específica, por lo que podemos decir que el tipo de homicidio no contiene elementos subjetivos específicos.

Contrariamente, en tipos como el hostigamiento sexual, el fin lascivo del sujeto representa el elemento subjetivo específico requerido por el tipo para su integración, mientras que el dolo consiste en el conocimiento del sujeto de estar aprovechando su posición jerárquica para alcanzar un fin sexual y el que obrar conforme a esa situación.

Por ende, mientras que el dolo es un concepto amplio y de posible configuración en la comisión de casi todos los tipos penales, los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo son excepcionalmente requeridos para constatar la tipicidad de la conducta.

1.4) EVOLUCIÓN DEL TIPO

La primera etapa es llamada de la INDEPENDENCIA, en la cual la tipicidad tienen una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad de la culpabilidad Gimbernat, explica “matar a un hombre, es el tipo de homicidio, se trata de una mera descripción. Cuando se pretende establecer si

¹¹⁷ ROXIN Claus, Derecho penal parte general, Editorial Civitas, Madrid 1997, P. 280.

la muerte su contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizo en legítima defensa, estamos n presencia de una función valorativa, que se concreta en a característica del delito determinada antijuridicidad; por último, el juicio que permite la atribución, a un ser imputable, del acto cometido y de reprochárselo se realiza mediante la culpabilidad”.¹¹⁸

Tipicidad y antijuridicidad son cosas distintas. El tipo es un elemento de la ley penal, la ley penal castiga toda acción típica, y antijurídica, es decir, contraria a la norma jurídica, el tipo y la norma son las dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito, ya que el tipo describe y la norma valora.

Pero ya que lo injusto, argumenta Jiménez de Asúa, “lo antijurídico no es divisible por ramos jurídicos, sino unitario, y dado que no hay un injusto penal, la acción típica y la acción antijurídica no son las misma cosa, sino dos elementos independientes, de tal manera la acción puede ser tipia y no ser antijurídica, por existir causas de justificación, y al revés, que pueden existir hechos que no pueden sancionarse por no circunscribiere al upo descrito en la ley”.¹¹⁹

Dentro de la fase evolutiva del tipo, dice Jiménez de Asúa, “también ha de separarse la tipicidad y la culpabilidad ya que la determinación de la tipicidad de n acto no reside en la determinación del dolo ni de la negligencia, pues el tipo, con el que se relaciona la acción cometida debe tener, por necesidad lógica, el mismo contenido”.¹²⁰

La separación de la tipicidad y la culpabilidad afirma Márquez Piñero “demuestra no solo la separación, si la superior unidad de todos los caracteres del delito, engarzados en el tipo legal, señalando que sirve para clasificar las infracciones para establecer el concepto de tentativa, para decidir el concurso

¹¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG Enrique, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Editorial Reus, Madrid 1966, P. 99.

¹¹⁹ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho Penal Tomo III. Óp. Cit., P. 755.

¹²⁰ Ibidem, P. 775.

aparente de leyes, para aclarar la unidad del acto en las acciones complejas, para el concurso de delincuentes y la codelincuencia".¹²¹

Bajo el mismo contexto, la segunda etapa es llamada de CARÁCTER INDICIARIO, en la cual Mayer como exponente de la misma no considera la tipicidad como simple descripción, sino que estima posee un valor indiciario de otras características del delito, especialmente respecto de la antijuridicidad.

Al establecer el papel de la tipicidad, se propone la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero se reconoce a la tipicidad un papel indiciario respecto de la antijuridicidad, considerándosele como el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad.

De esto la función indiciaria de la tipicidad se cumple principalmente en relación con los elementos normativos. La tipicidad es la *ratio cognoscendi* de lo antijurídico.

A su vez la tercera etapa es LA FASE DE LA *RATIO ASENDI* DE LA ANTIJURIDICIDAD, la cual es opuesta a la concepción de Beling y se representante es Edmundo Mezger.

El delito definido por Mezger, es acción antijurídica, pero, al propio tiempo, típicamente antijurídica, la decisión de su una determinada conducta índice en la parcela del derecho penal resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es bastante cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial, tipificada, típica; no toda acción antijurídica es punible, para que esto suceda es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial.¹²²

¹²¹ MARQUEZ PIÑERO Rafael, El tipo penal, editorial UNAM, México 1992, P. 168.

¹²² MEZGER Edmundo. Óp. Cit., P. 360.

En la concepción mezgerina, la tipicidad es más que indicio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, constituye la base real de ésta, su *ratio assendi*, Mezger señala que “la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del delito, ya que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero, en cambio, es esencial a la antijuridicidad la tipificación”.¹²³

La cuarta etapa es LA FASE DEFENSIVA, en donde Beling, destacó por primera vez la importancia y estricto sentido del tipo. Pero la crítica de los doctrinarios de su época en torno a su teoría lo llevo a revalorarla.

Algunas de sus concepciones son de gran acierto, pero el uso de nuevas expresiones técnicas complica el tema, pues queda sin solución el problema de la conciencia del dolo, que era uno de sus principales defectos de su genial doctrina y que debió superar en este nuevo estudio.

En esta etapa supone la espiritualización del tipo, que convierte en imagen rectora, figura rectora, cuadro dominante o tipo *regens* de cada especie delictiva.

En lo atendible por la quinta etapa, se le conoce como la FASE DESTRUCTIVA, la cual en el año de 1933, cuando se inicia la reforma en Alemania, en ella se establece que la pena, no depende de la producción del resultado, ya que el nuevo derecho penal tienen como meta la voluntad, no la acción, el delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado posible, y el punto de partida no es ya resultado lesivo sino la conducta peligrosa del agente.

Los seguidores de esta doctrina deben inspirarse no en las nociones jurídicas, provenientes de una realidad empírica, sino en un orden moral, que surge del pueblo y de la raza. El papel del juez, es interpretar este orden moral, la misión de la pena consiste en sancionar esas violaciones. El derecho penal nacionalsocialista solo considera la voluntad criminal y no tiene en cuenta el

¹²³ Ibidem, P. 364.

resultado, para juzgar es preciso poner en la balanza al individuo culpable y a la colectividad ultrajada.

En suma, en esta nueva concepción de la tipicidad, el tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales, y pasa a ser una imagen que preside cada especie delictiva, la tipicidad será una adecuación a la imagen, no a la especie delictiva.

El tipo penal objetivo o hecho, consiste en la modificación del mundo exterior, contraria a la norma, causada por la actividad humana, y el tipo penal subjetivo o culpabilidad es la voluntad culpable, dirigida a la creación de aquel hecho.

Así se desprende de lo señalado por el propio Beling, quien estudia su concepto de delito tipo o tipo rector después de la antijuridicidad y la culpabilidad, distinguiendo en la figura delictiva, el tipo de ilicitud y el tipo de culpabilidad, pero insistiendo en que el tipo rector no se identifica con tal figura delictiva, sino que es una imagen o idea regulativa de las varias figuras que integran un mismo delito.

En realidad, esa es la segunda noción de tipicidad propuesta por Beling y que éste concibió para impedir la intromisión de factores subjetivos y normativos en el tipo, aunque la fuerza del argumento de que sin los componentes y valorativos de la conducta era imposible determinar a cual tipo se adecuaba ésta.

Beling concibió para impedir la intromisión de factores subjetivos y normativos en el tipo, ante la fuerza del argumento de que sin los componentes y valorativos de tal conducta era imposible determinar a cual tipo se adecuaba ésta, sigue concibiendo los elementos como independientes entre sí, y define el delito como “una acción, típicamente antijurídica y correspondientemente culpable”.¹²⁴

¹²⁴ VON BELING Ernest, La doctrina del delito-tipo, Óp. Cit., P. 42.

De esto la tipicidad, no obstante no contiene nada de los otros elementos, no aparece asilada de ellos, sino clasificándolos a todos, ya que inicialmente, el tipo era la descripción de un injusto culpable, para dotarlo de relevancia punible.

Por lo que la objetividad y la función descriptiva del tipo significa que en el tipo está solo lo externo, material o perceptible de la conducta, de suerte que éste, lo mismo que la antijuridicidad, carece de todo componente psicológico y que el tipo o posee función valorativa alguna, específicamente es neutro a la valoración de antijuridicidad, ya la conducta típica tan pronto puede ser antijurídica como aparecer justificada.

Con esta concepción del tipo, Beling pretendía que la imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva diera solución a algunos problemas que en su primera formulación quedaba sin resolver, tales como la tentativa y la complicidad en virtud de que la conducta intentada y la de los participantes no eran subsumibles en el concepto descriptivo del tipo.

1.5) TIPO Y TIPICIDAD

El tipo pertenece a la ley y la tipicidad a la conducta, el tipo es una creación legislativa de conductas que pueden acontecer en el mundo fáctico, descritas en preceptos penales de un hecho, mientras que, la tipicidad es considerada como la adaptación de la conducta al tipo previamente descrito, o la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la Ley Penal.

La Suprema Corte de Justicia ha señalado que la tipicidad surge cuando el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la Ley Penal.¹²⁵

¹²⁵ Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Sexta Época, Vol. XLIX, P. 93, 10 de Julio de 1961. Ponente: Ángel González de la Vega.

Es decir el tipo es el hecho descrito en el Código Penal o en leyes especiales, dotado de sanción y a la vez protege bienes jurídicos. En tanto que, tipicidad es la correspondencia entre una conducta determinada el esquema legal que plantea la figura de cierto delito. A esto también se le denomina tipo de la adecuación o tipicidad legal, porque nos permite conocer la norma y el bien jurídico, también se considera como identificación de la conducta con la figura derrita punible.¹²⁶

La ley penal, al sancionar una conducta formula una hipótesis solo cuando la acción u omisión es subsumible en la figura descrita por el tipo, será punible. Este fenómeno de subsunción se denomina en derecho penal proceso de adecuación típica.¹²⁷

Por lo que la tipicidad es la forma de conocimiento de la antijuridicidad penal (*ratio cognoscendi*), para transformarse en la esencia de ésta, por eso sólo es antijurídico penalmente lo que es típico, entonces la tipicidad pasa a ser la raon de existencia de la antijuridicidad (*ratio essendi*).¹²⁸

De la gama de acciones antijurídicas que ese cometen, e legislador ha seleccionado una parte de ellas, en el catalogo de los delitos, normalmente e intolerante y las ha conminado con una pena. La tipicidad para Muñoz Conde, es la adecuación de un hecho cometido en la descripción que de ese hecho se hace en la ley.¹²⁹

1.6) CONCEPTO DE TIPICIDAD

La tipicidad es la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa, el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal, como lo señala Sebastián Soler, que la tipicidad presupone el hecho tipificado más la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal, ya que refiere que

¹²⁶ FONTAN BALESTRA Carlos, Derecho penal, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1972, P. 38.

¹²⁷ GRAF ZU DOHNA Alexander, la estructura de la teoría del delito, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1958, P. 15.

¹²⁸ GONZÁLEZ QUINTANILLA José Arturo, Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1993, P. 243.

¹²⁹ MUÑOZ CONDE Francisco, Teoría General del Delito, Óp. Cit., P. 19.

es un error afirmar que Beling agregó como requisito, en la definición del delito dada por Von Liszt, la tipicidad, pues su principal preocupación consiste en buscar la manera de excluir la calificación punible dada a la acción, al considerar a la punibilidad un elemento tautológico de la definición, a tal fin, Beling lo que propuso era definir el delito como la acción antijurídica, culpable y adecuada a un Tabestand.¹³⁰

Es conveniente aclarar que no debe confundirse el tipo con la tipicidad, el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto, mientras que la tipicidad es uno de sus elementos constitutivas, el tipo es la creación legislativa, es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales y la Tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.¹³¹

Para Castellanos Tena la función de la tipicidad es un dar un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho liberal, por no haber delito sin tipo legal.¹³²

De esto es necesario señalar que la tipicidad penal causalista sólo conocía lo que ahora se denomina tipo objetivo, el tipo subjetivo se ignoraba. Para el sistema causalista el tipo solo tenía la función objetivo-descriptiva de la acción prohibida.

En el causalismo, el tipo penal no desempeña una función indiciara de la antijuridicidad, sino que se puede identificar con ella. Esta postura más tarde desembocó en la teoría de los elementos negativos del tipo, igualmente compatible con la teoría del dolo, los elementos negativos del tipo, igualmente compatible con la teoría del dolo, misma teoría que extiende el elemento cognoscitivo del dolo hasta el conocimiento de la antijuridicidad.

¹³⁰ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Editorial Tea, Buenos Aires 1951, P.163.

¹³¹ CASTELLANOS TENA Fernando. Óp. Cit., P. 165

¹³² Ibidem, P. 168.

Es decir el causalismo consideró a la tipicidad como razón esencial de la antijuridicidad, lo cual implicó una teoría de los elementos negativos del tipo y una teoría del dolo, teorías estas que prolongan el alcance del dolo hasta el conocimiento de la antijuridicidad.

A su vez en el sistema finalista establece que el tipo penal desempeña una función indiciara de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), pero, en cambio, no se puede identificar con ella (*ratio escendi*).

Igualmente según Rubén Quintino Zepeda repercute para entender que el dolo no abarca el conocimiento de la antijuridicidad, sino que el dolo comprende únicamente el conocimiento del sentido típico, desde este punto de vista el finalismo superó la teoría del dolo y la teoría de los elementos negativos del tipo. Dicho avance significó el hecho de que, actualmente, el error de prohibición sea analizado en el nivel de la culpabilidad y no en el tipo penal, como quería el causalismo.¹³³

En el sistema Funcionalista los tipos penales (en concreto la tipicidad) sirven a la realización del principio *nullum crimen sine lege*, mientras que la antijuridicidad coincide con el sector de las soluciones sociales a los conflictos dados, en cambio la culpabilidad tiene que ver con el problema valorativo qué conviene una sanción penal, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, así como los criterios de prevención general y prevención especial.¹³⁴

Entre las observaciones hechas a Roxín, en el campo de la tipicidad se encuentra la que formula Schünemann quien señala que la determinación de la finalidad del tipo a partir del principio *nullum crimen* es demasiado formal, y que, a su vez, en cuanto a la antijuridicidad, es demasiado inconcreto deducir las causas de justificación a partir de la idea de la solución social de conflictos. Más bien se

¹³³ QUINTINO ZEPEDA Rubén, Diccionario de derecho penal, Segunda Edición, Editorial MaGister, México 2006, P. 536.

¹³⁴ ROXIN Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona 1972, P. 41.

trata de determinar lo jurídico-penalmente injusto y, con ello, las acciones especialmente lesivas desde el punto de vista social, para lo cual la diferenciación entre tipicidad y causas de justificación únicamente posee un significado heurístico y técnico.¹³⁵

En otras palabras para la teoría funcionalista, se interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena para un sujeto regular, o basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación.

De esto al tipo se le confiere la función de llamada, puesto tiene como función enviar un mensaje al raciocino del individuo para que sepa cuáles son las conductas prohibidas con el fin político-criminal de que las evite, o bien, realice la conducta ordenada para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro.

Para conllevar el mensaje, y de esa forma causarle temor para que se abstenga de realizar la conducta que lesiona al bien jurídico tutelado y obedece a los lineamientos generales de un derecho penal preventivo.

En el funcionalismo, el tipo objetivo se debe interpretar teleológicamente, estableciendo si la conducta en particular esa dentro del radio de prohibición que el legislador quiso plasmar al emitir el tipo.

Al efecto, se han desarrollado una serie de criterios normativos que estaban esparcidos por la teoría del delito sin conexión alguna para reunirlos en lo que se ha denominado como teoría de la imputación objetiva del resultado, o la teoría de la imputación normativa del resultado de la conducta, cuya función es determinar el sentido y alcances teleológicos de la descripción contenida en el tipo, y de esa forma establecer si el hecho de la realidad puede considerarse como típico.

¹³⁵ SCHÜNEMANN Bernd, La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, Editorial Bosch, Barcelona 1995, P. 221.

El tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción, luego entonces, se debe determinar cuáles de esas conductas se han pretendido prevenir a través del tipo. Solo aquellas conductas así identificadas pueden ser consideradas como desaprobadas legalmente, y en consecuencia son típicas.¹³⁶

1.7) TIPO Y CUERPO DEL DELITO

A raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales en los años de 1993 y 1999, así como a los ordenamientos sustantivos y procesales en materia penal, ha venido una confusión y desviación de los conceptos dictados en los diversos ordenamientos procesales.

En cuanto al cuerpo del delito y los elementos del tipo penal hay quienes señala que el tipo penal es el resultado de la evolución del cuerpo del delito y otros quienes refieren que corresponde a un término procesal acuñado originalmente por Farinaccio a mediados del siglo XVI y más tarde retomado por Feurbach al referirse al Tatbestand des Verbrechens o corpus delicti; sin embargo, este último no lo emplea como sinónimo de tipo penal porque de ser así hubiera empleado el término Typus propio de su época.

De este modo, el cuerpo del delio es un concepto añejo que nacio un siglo antes de la aparición del tipo penal de Beling.¹³⁷

Por lo que el cuerpo del delito es un instituto procesal recogido en el texto constitucional y por el contrario, los llamados elementos del tipo penal pertenecen al derecho penal sustantivo.¹³⁸

¹³⁶ DIAZ ARANDA Enrique. Teoría del delito, Óp. Cit., P. 58.

¹³⁷ DIAZ ARANDA Enrique, Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Ensayos Jurídicos, No. 1, México 2001, P. 22.

¹³⁸ JIMENEZ MARTINEZ Javier, La Estructura del Delito en el Derecho Penal Mexicano, Segunda Edición, Editorial Angel Editor, México 2006.

En este contexto la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que debía entenderse por cuerpo del delito, el conjunto de elementos objetivo o externos integradores del tipo penal respectivo, y disponía que el cuerpo del delito se tendría por comprobado cuando se acreditara la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho.¹³⁹

Aunado a lo anterior el criterio jurisprudencial llamado “Cuerpo del delito concepto del, sólo es asociable a la orden de aprehensión y al auto de formal prisión, de acuerdo con las reformas a los artículos 16 y 19, de la Constitución General de la República, publicadas el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve”, del cual se desprende que “a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivo del delito, esto es, el dolo o la culpa, si solo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, **LOS NORMATIVOS**. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos morales subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para

¹³⁹ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Primera Sala, Tomo 58, Segunda parte, Página 27.

librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.¹⁴⁰

A su vez, por lo que hace a los elementos subjetivos específicos vemos la tesis llamada “Orden de aprehensión”, para su dictado deben analizarse los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica los contemple en el código penal federal”.¹⁴¹

Así como del criterio jurisprudencial llamado “Cuerpo del delito, forman parte de él los elementos subjetivos específicos distintos al dolo”¹⁴²

De lo anterior se pone de relieve que el cuerpo del delito se compone con elementos objetivos o externos, normativos y subjetivos específicos

Para lo que los elementos del tipo penal, exigía la introducción del elemento subjetivo genérico en la forma Dolosa o Culposa y su respectiva acreditación.

1.8) DIFERENCIA ENTRE CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL

Como ya se ha referido en el apartado anterior el cuerpo del delito está integrado por todos los elementos objetivos o externos que constituyan el delito, como ya lo ha referido textualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de elementos normativos y subjetivos específicos, elementos que han sido

¹⁴⁰ Segundo Tribunal Colegiado en materia penal, del tercer circuito, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época Tomo XII, septiembre de 2000, Página 735.

¹⁴¹ Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XVI, Octubre de 2002, Página 1414.

¹⁴² Sexto Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, mayo 2001, Página 1117.

parte de una severa crítica de los más altos doctrinarios, criterios legislativos e interpretativos.

Díaz Clemente, señala que el cuerpo del delito “es el conjunto de elementos materiales cuya existencia induce en el juez la certidumbre de la comisión de un hecho delictuoso”¹⁴³

Al respecto González Bustamante señala que “el cuerpo del delito está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición”¹⁴⁴

De esto Rivera Silva señala que el cuerpo del delito, es la parte de un todo, de la misma manera que el cuerpo del hombre es una parte de la entidad hombre, es el delito real, el acto que presentándose con su complicadísima maraña de elementos (intención, proceder, cambios en el mundo externo), una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito hecha por la ley.¹⁴⁵

Por lo tanto el cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que encaja perfectamente en la definición legal de un delito, siendo en consecuencia el cuerpo del delito, el contenido de un delito real, que cabe en los límites fijados por la definición de un delito legal.

Las variedades que presentan los delitos, determinan la diversidad en el cuerpo de los mismos, el primer grupo está construido por los que pueden percibir por lo sentidos, el segundo está integrado por los que tienen notas de carácter subjetivo y valorativo.¹⁴⁶

¹⁴³ DIAZ Clemente, El Cuerpo del delito, Editorial Abeldedo-Perrot, Buenos Aires 1965, P. 35

¹⁴⁴ GONZALEZ BUSTAMANTE Juan José. Óp. Cit., P. 159.

¹⁴⁵ RIVERA SILVA Manuel, El Procedimiento Penal, Óp. Cit., P.149.

¹⁴⁶ Ibidem, P. 154.

En vista de esto, se llega a señalar que la base en todo procedimiento penal, es la comprobación del cuerpo del delito, ya que en caso de no encontrarse comprobado, no podrá procederse en contra de persona alguna, ya que antes de perseguir al homicida, es necesario comprobar que el homicidio existe como una verdad de hecho, pues en caso contrario, equivaldría a buscar la causa de un fenómeno imaginario. La comprobación del cuerpo del delito no solamente es un requisito procesal para que pueda dictarse el auto de formal prisión, sino un imperativo que establece nuestra ley suprema.

Para la adecuada satisfacción en las diferencias existentes entre cuerpo del delito y elementos del tipo, Orestes Folchi señala “si entendemos el tipo como de textura fundamental descriptiva, y a la tipicidad como función que concretiza la adecuación de una conducta al tipo, fácil resulta colegir que el valor forense de la teoría aparece en los primeros tramos de la instrucción del proceso”.¹⁴⁷

Jiménez Huerta, subraya que “no es causal o caprichosa la elaboración del tipo a partir del viejo *corpus delicti*; debido a que esta noción rebasa la importancia del derecho procesal, por ser un concepto medular de todo el sistema”.¹⁴⁸

Adicionalmente Rivera Silva señala “que el cuerpo del delito comprende los elementos con que se describe el delito, lo que no significa otra cosa más que comprender dentro del *corpus delicti* a todos los elementos típicos”.¹⁴⁹

De lo que el tipo penal es la expresión legal de un concepto. La representación legal de la representación intelectual o idea de un hecho delictivo en tanto que es objeto de conocimiento. La representación típica de un delito, no es el hecho delictivo, sino que ella es su concepto.¹⁵⁰

¹⁴⁷ ORESTES FOLCHI Mario, La importancia de la tipicidad en el Derecho Penal, Editorial Roque de Depalma, Buenos Aires 1960, P.72

¹⁴⁸ JIMENEZ HUERTA Mariano. La tipicidad, Óp. Cit., P.26.

¹⁴⁹ RIVERA SILVA Manuel, Apuntes sobre el cuerpo del delito. Criminalia, Revista de Ciencias Penales. Año 9, número 1, 1 de septiembre de 1942, P.27.

¹⁵⁰ AVILA NEGRON Santiago, El cuerpo del delito y los elementos del tipo penal, segunda edición, Editorial Cárdenas Velasco y Editores, S.A. de C.V., México 2006, P. 326.

La representación típica, es abstracta, es decir, separada de las condiciones espacio-temporales, características del objeto corporal. La idea del delito de que se trate es concebida por el legislador a partir de la imagen de un hecho determinado y expresada mediante el tipo en la ley penal. La idea del delito expresada por el tipo penal es general, ya que conviene a todos los delitos de la especie y no solamente a algunos.

Así mismo Arturo Zamora Jiménez señala y hace la distinción que el tipo penal es:

- un elemento esencial de la definición secuencial del delito.
- es la base de todo procedimiento criminal.
- es un elemento de la dogmática en que se incardina una serie de requisitos objetivos y subjetivos.
- se compone únicamente de elementos del derecho penal sustantivo.
- se debe comprobar en el proceso penal a través de medios de prueba.
- es creación legislativa de conductas que lesionan bienes jurídicos.
- cumple una función de garantía, porque solamente los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.

Y que el cuerpo del delito es:

- objeto de comprobación de la existencia de un hecho o de una comisión que la ley reputa como delito.
- es el medio a través del cual se acredita la materialidad del delito.
- es diferente a instrumentos utilizados para cometer el delito.
- se compone de elementos físicos o materiales o accesorios de que se compone el delito.
- es un conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre los cuales se afirma la comisión de un delito.¹⁵¹

¹⁵¹ ZAMORA JIMENEZ Arturo. Óp. Cit. P. 49 y 50.

2) ARTÍCULO 16 Y 19 REFORMAS CONSTITUCIONALES.

2.1 ANTECEDENTES

I) EL CUERPO DEL DELITO SUS REFORMAS

A principios de marzo de 1812 se expidió por las Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación Española la primera Constitución Monárquica de España vigente en México hasta septiembre de 1821, la cual contempla un remoto antecedente, al exigir en su artículo 287 una **información sumaria sobre el hecho**, que merezca pena corporal, para poder poner en prisión a un español

Consagrada la independencia de México en 1821 el Congreso Constituyente elaboro la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que sanciono el 24 de octubre de 1824, la cual contemplo garantías sobre la libertad de los gobernados y en el artículo 150 como exigencia para la detención del gobernado, una prueba semiplena o indicio de que es delincuente.

En 1842 la comisión constituyente concebía los mismos requisitos para declarar “bien preso” a un probable responsable, según dictamen del 26 de agosto del citado año, en el normativo 5 fracción VIII, exigiendo un auto motivado y que de la información del sumario haya resultado que se cometió determinado ilícito y exista una prueba semiplena que involucre al acusado con este.

Ya en 1856 se incluyo el cuerpo del delito en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856, siendo presidente sustituto Ignacio Comonfort, quien en uso de las facultades concedida por el plan de Ayutla, reformado en Acapulco, promulgó el mismo.

Es el capítulo sobre seguridad del citado estatuto, refiere por primera vez el concepto al señalar en su artículo 44, que la autoridad judicial no puede detener

a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copias al reo y su custodio, y para el cual se requiere que este acreditado el **cuerpo del delito, que hayan datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable, y que se le ha tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador**, si lo hubiere.¹⁵²

Posterior a eso y casi un año siguiente a la revolución de Ayutla, se fue constituyendo, por medio de un partido y pensamiento liberal, lo que sería una nación de manera republicana, representativa y popular.

Bajo este clima surge la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, se hace latente, la preocupación de un respeto a los derechos fundamentales, consagrados en el pacto federal, haciendo realidad, la vía de poder ejercer y defenderlo, por medio de lo que se le conoció el juicio de amparo.

Bajo éste romántico clima jurídico, el constituyente fue omiso, en cuanto hace al cuerpo del delito, pues los artículos 16 y 19 de dicha Constitución de 1857, no lo mencionan, pues solo se limitaba el 16 a decir que *“nadie puede ser molestado en su persona familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso del delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata”*. Y el artículo 19 mencionaba *“ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término, constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente y a los agentes, ministros, alcalde o carceleros que la ejecuten. Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades”*.

¹⁵² TENA RAMIREZ, Felipe. Leyes fundamentales de México 1808-1998. Vigésima primera edición, Porrúa 1998. P. 504.

Ahora bien, por lo que hace ya al artículo 16 publicado el 5 de febrero de 1917, en vigor a partir del 1 de mayo de 1917 hasta el 3 de septiembre de 1993 en la parte conducente al párrafo primero establecía:

“Artículo 16. 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 aquellas por declaraciones, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

De lo anterior se desprende como el numeral 16 originalmente no mencionaba el cuerpo del delito como exigencia en el libramiento de ordenes de captura, lo que fue apoyado **jurisprudencialmente**.¹⁵³

Bajo este tenor, el estado de Hidalgo, y no obstante de la disposición, constitucional y la interpretación antes señalada, emitió una tesis en donde se exigía la comprobación del cuerpo del delito en el libramiento de órdenes de aprehensión.¹⁵⁴

Después, en atención a las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993, hacia ver una dogmatica penal, en el artículo 16 constitucional, al puntualizar:

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

¹⁵³ Jurisprudencia. Orden de aprehensión. Para dictarla no es preciso que este comprobado el cuerpo del delito, sino solo que se llenen los requisitos prevenidos por el artículo 16 Constitucional. Quinta época, Pleno. Tesis 1228. Apéndice 1988. Segunda parte. P. 1974.

¹⁵⁴ ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN ACREDITARSE PLENAMENTE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO OCTAVA ÉPOCA, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION TOMO VIII JULIO P. 186.

*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.***

Dicha reforma, la cual provocaba más desaciertos, que no combate a la delincuencia e impunidad, pues en atención de ser un concepto de difícil concepción y acreditamiento, era en ascenso, las nugatorias órdenes de aprensión.

Por lo que, se comenzó un proyecto de reforma al artículo 16 párrafo segundo, enviado por el Presidente de la República el 10 de diciembre de 1997 al senado de la república, mismo que fue motivo de una severa crítica por diversos sectores de la sociedad doctrina jurídica y no tuvo vigencia, dicho numeral señalaba:

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia 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 la probable existencia de los elementos objetivos de tipo penal del delito de que se trate** y la probable responsabilidad del indiciado.*

Posteriormente, dicho artículo 16, fue nuevamente reformado en fecha 8 de marzo de 1999, incluye por primera ocasión al cuerpo del delito como parte medular del texto, al establecer:

*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*

Con relación al texto del artículo 19 párrafo primero, publicado en 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación, en vigor a partir del primero de mayo de 1917, hasta el 3 de septiembre de 1993, debe indicarse que dicho texto establecía:

*Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquel, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, **lo que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.***

De esto Adato Green se pronunció en el sentido que “el cuerpo del delito es una expresión arcaica reinventada en el artículo 19 y que con el deseo de que quedará mejor definida y asegurada de precisar los requisitos mediante los cuales debe dictarse un auto de formal prisión, esto está contenido en el dictamen de la segunda comisión presentado el 29 de diciembre de 1916, la bondad de la intención, no absuelve a los autores del infortunado hallazgo, pues no existe quizá en la Constitución término más controvertido que éste”.¹⁵⁵

Durante la prolongada vigencia del texto original del artículo 19 de la Constitución de 1917 se produjeron diversos cambios en la legislación secundaria, la doctrina y la jurisprudencia, al intentar definir al *corpus delicti*. Debe destacarse que prevaleció un concepto asociado con la objetividad jurídica, el hecho material, pero también existieron opiniones a cargo de destacados juristas nacionales como Arilla Bas, Franco Sodi, González Bustamante y Rivera Silva, entre otros, quienes ya sea doctrinalmente, interpretando la Constitución o la jurisprudencia de la época, **comenzaron a incluir aspectos anímicos en el *corpus delicti*, influidos por el desarrollos de la dogmática nacional la teoría**

¹⁵⁵ ADATO GREEN VIUDA DE IBARRA, Victoria. Cuerpo del delito, Dinámica del derecho mexicano. México, 1973. P. 192.

del tipo; como se aprecia en el comentario de Eduardo Herrera Lasso al artículo en estudio, quien advirtió ciertos ilícitos como la difamación o el parricidio sin considerar los aspectos subjetivos, éstos debían de trasladarse al cuerpo del delito, pues “en el artículo 19 dolo culpa ha sido desvinculados de la Responsabilidad (más concretamente, de la culpabilidad) y han pasado a ser circunstancias de la ejecución (modos de la conducta), pertenecientes al cuerpo del delito”.¹⁵⁶

Agrega que la importancia procesal de tal desplazamiento es decisiva al obligar al juez a considerar dentro de la comprobación del cuerpo del delito la voluntad dolosa o culposa en la acción u omisión del agente

El 3 de septiembre de 1993 el artículo en comento fue reformado, quedando como sigue:

*Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y **siempre que de lo actuado aparezcan datos suficiente que acrediten los elementos del tipo penal que se impute al detenido** y hagan probable la responsabilidad de este.*

Posteriormente encontramos la criticable reforma propuesta por el Ejecutivo Federal del 10 de diciembre de 1997, que no tuvo vigencia, la cual señalaba:

*Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y **siempre que***

¹⁵⁶ HERRERA Y LASSO, Eduardo. Garantías Constitucionales en Materia Penal. Cuadernos del INACIPE. Primera reimpresión 1984. Numero 2. México 1979 p.41.

de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad.

De lo que, de igual forma que el numeral 16 de la Carta Constitucional, este artículo 19, fue modificado en fecha 8 de marzo de 1999, reincorporando la figura de cuerpo del delito, como medio instrumental para un encausamiento penal, numeral que refiere:

*Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de sesenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran, 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 la responsabilidad del indiciado.*

Es decir durante el régimen presidencial de Carlos Salinas de Gortari, surgieron las reformas constitucionales de 1993 producto de dos iniciativas presentadas por diputados federales de LV legislatura, quienes propusieron cambios a los artículos 16, 19 20, 119 y la derogación de la fracción XVIII del artículo 107.

La reforma constitucional a los artículos 16 y 19 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993, cambiando en el citado numeral 16 el requisito de la declaración de persona digna de fe en que debía de aportarse la denuncia, acusación o querrela para poder librar una orden de aprehensión, **por la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal**; así mismo, en el artículo 19 se sustituyó la comprobación

del cuerpo del delito por elementos del tipo, para poder justificar el dictado de un auto de formal prisión.

En términos generales, no existió oposición a la iniciativa de la Cámara de Diputados durante el debate ante dicho órgano legislativo y quienes intervinieron, quienes sostenían que era una reforma de necesaria aplicación, al convertir lo que pudiera ser la homologación de un derecho sustantivo-adjetivo, como brazos articulados del estado que deben trabajar en conjunto.

Los cambios constitucionales provocaron posiciones encontradas en la doctrina, las cuales se acentuarían con la ulterior reforma a la legislación secundaria y la práctica forense.

El maestro, Ovalle Fabela comentaría: “la sustitución de un concepto procesal como el del cuerpo del delito por el concepto elementos del tipo penal, de origen netamente dogmático sustantivo, es innecesaria, pues si lo que se deseaba era precisar cuáles eran los elementos del tipo a que ya se referían los artículos 168 y 122 del Código Federal y Local respectivamente, bastaba con adicionar dichos preceptos legales, sin tener que modificar la constitución ni hacer la sustitución del concepto cuerpo del delito, la cual ha resultado sumamente confusa en la práctica”.¹⁵⁷

El 10 de diciembre de 1997, fue discutida la nueva iniciativa de reformas Constitucionales, la cual en su exposición de motivos refiere:

“En el año de 1993, se reformó la Constitución para reestructurar y fortalecer al Poder Judicial de la Federación. Si bien se han presentado avances significativos en materia de impartición de justicia, la procuración no se ha desarrollado en la misma proporción. Nuestro sistema de justicia penal se

¹⁵⁷ OVALLE FABELA, José. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentado. Octava edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1995. P. 174.

*sustenta en el binomio indisoluble de ambas materias. Corresponde a las procuradurías la investigación y persecución de los delitos y a los tribunales aplicar oportunamente la ley, la delincuencia ha venido humeando a índices alarmantes. Las causas del fenómeno delictivo son diversas, (el desempleo o subempleo derivado del periodo de crisis y austeridad económicas, el crecimiento de la población, la corrupción de los elementos que integran los cuerpos de seguridad pública, la impunidad de quienes delinquen y el rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción de la delincuencia), el estado requiere de nuevas herramientas jurídicas para actuar oportunamente; a la luz de la legislación actual las instituciones procuradoras de justicia encuentran serios obstáculos, para hacer frente a este fenómeno. Ciertos requisitos de la ley, pensados en su momento para enfrentar una delincuencia llena de sofisticación, que hoy despliega, limitan la actuación de la autoridad. Esta situación, se ha interpretado erróneamente como ineficacia promoción de la impunidad, es necesario revisar profundamente nuestras normas jurídicas y eliminar los obstáculos que hasta ahora han impedido que se actué con la oportunidad y severidad requeridas”.*¹⁵⁸

En la misma exposición se señala que la reforma de 1993 se contenía posiciones y teorías que han tenido existo en otras naciones, sin embargo hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano.

De igual forma, se dice que la iniciativa proponía flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión, indicando que será suficiente, que con la acreditación de la probable existencia de los **elementos objetivos del tipo penal**, así como la probable responsabilidad del indiciado para que obsequiara dicha orden de captura.

¹⁵⁸ Diario de los Debates de la Cámara de Senadores. Iniciativa del Ejecutivo. 10 de diciembre de 1997. P. 3, 4 y 5.

Similares argumentos se señalaron para modificar también el artículo 19 constitucional en su segundo párrafo, pero a diferencia del artículo 16 que exigía asediar únicamente la existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado en el libramiento de órdenes de captura; tratándose de un auto de término constitucional debían de acreditarse la **plena existencia de los demás elementos del delito**, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Conforme con la iniciativa de reforma de 1997, los **elementos normativos y subjetivos no tendrían la mínima importancia** para el dictado de una orden de aprehensión ya que esta únicamente exigía la comprobación de los elementos objetivos del tipo, lo que significa que el juzgador en actuaciones tan importantes como lo es privar de la libertad a una persona, tuviese que acreditar solo aquellos aspectos de la descripción típica que podemos percibir por la simple conocimiento, la parte externa de la descripción legal, las referencia a un movimiento corporal, a un resultado material y eventualmente, la calidad específica del sujeto activo y las modalidades de tiempo, modo u ocasión, si el tipo lo exige.

No se explica cómo se resolverían los casos de tentativa punible, considerando que al omitir el estudio de los elementos subjetivos y en consecuencia del dolo, sería imposible determinar con exactitud el delito imputable a determinada persona, en aquellas hipótesis en donde el aspecto material del delito es similar o idéntico y la clasificación legal del tipo dependa del fin perseguido por el agente, quedando al arbitrio del juzgador o a intereses ajenos, detener a una persona, pues hay conductas que en su aspecto externo son idénticas y lo único que puede distinguir una acción de otra, **son los elementos internos**.

Las críticas dirigidas al decreto en estudio provocaron que el senado de la República tras recibir la iniciativa presidencial y realizar un serie de consultas

sobre el particular, decidiera modificar la Carta Magna y eliminar definitivamente el Concepto “elementos del tipo” e introducir de nuevo el “cuerpo del delito”, previsto por la Constitución antes de ser reformada en 1993.

Por lo que eliminando el término elementos que integran el tipo y regresando al cuerpo del delito quedando así:

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

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

*Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresaran: el delito que impute al acusado; el lugar, el 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.*

La iniciativa fue aprobada en el pleno del Senado de la República el 1 de octubre de 1998 y en los mismos términos se aceptó sin modificaciones por la Cámara de Diputados el 10 de noviembre de 1998, en su calidad de Cámara revisora, haciendo propia la iniciativa.

Se aprobó por la mayoría de las Legislatura de los Estados y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación **del 8 de marzo de 1999**.

Posteriormente, el miércoles 18 de junio del 2008, se publica en el Diario Oficial el decreto que reforma y adiciona diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformas constitucionales tendientes a una supuesta procuración e impartición de justicia con fines garantistas y de un sistema acusatorio, o eso al menos señalaban sus propugnadores, que en su artículo único señalan:

Único. Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y OBREN DATOS QUE ESTABLEZCAN QUE SE HA COMETIDO ESE HECHO y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, ASÍ COMO LOS DATOS

QUE ESTABLEZCAN QUE SE HA COMETIDO UN HECHO QUE LA LEY SEÑALE COMO DELITO y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.¹⁵⁹

Reformas y adiciones, que aún no son palpables de aplicación, pues se imprime de imperativo, el requisito de una ley secundaria para la conducción de dichas reformas, dando sólo un plazo a la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias que no podrá exceder de ocho años, a partir del día siguiente de su publicación, a fin de expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios para incorporar el sistema procesal penal acusatorio, que hace velatorio el pacto federal.

2.2) PRINCIPALES REFORMAS CONSTITUCIONALES

I) REFORMAS DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993

Distintas y numerosas reformas ha tenido en su forma sistemática el llamado cuerpo del delito en su concepción constitucional, en donde ha implicado desde un ánimo de garantismo, hasta el exceso de flexibilidad procesal, de una menos cierta eliminación.

Es menester puntualizar que una de las reformas que hicieron más impacto de forma doctrinal y adjetivo, fue la reforma constitucional del tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, la cual, puso en tela de juicio dos sistemas dogmáticos, que contraponían en forma sistemática, la llamada teoría del delito.

¹⁵⁹ En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a diecisiete de junio de dos mil ocho.- **Felipe de Jesús Calderón Hinojosa**.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, **Juan Camilo Mouriño Terrazo**.- Rúbrica.

Fue aquella reforma con la cual, nuestro sistema jurídico punitivo, entraría a un verdadero órgano de defensa y protección hipotético, e base a estructuras lógicas reales y objetivos, que detentarían un menoscabo a un posible autoritarismo y además de postulados doctrinarios, ya antiquísimos en otras partes del mundo.

Bajo este tenor Arturo Zamora Jiménez, comenta “en las reformas de 1993 a la Constitución General de la República se incorporó el termino adecuado para hacer referencia a uno de los elementos más importantes de la conducta delictiva, me refiero a un elemento esencial del delito el llamado *tipo penal*, sobre esto, antes de la reforma citada era exigible para que se librara una orden de aprensión, o para decretar un auto de formal prisión que se justificara dentro del procedimiento correspondiente, el llamado cuerpo del delito con independencia de los elementos demostrativos de responsabilidad.

El concepto cuerpo del delito de cuño muy antiguo y de carácter eminentemente procesal, se sustituyo por uno de orden dogmatico y por tanto perteneciente al derecho sustantivo, concepto que ha sido denominado tipo penal a partir de la reforma constitucional que cobro vigencia en 1994.

Independientemente de las aportaciones de nuestra jurisprudencia al tratar de explicar cada uno de estos conceptos, resulta necesario acudir a la doctrina penal dominante para proporcionar un soporte actual y útil para el interprete de la norma con la finalidad de que en el ámbito de la procuración y administración de justicia se pueda brindar mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, tanto en el goce de sus derechos como en el ejercicio de sus libertades.¹⁶⁰

El legislador federal al proponer a reforma de 1993, consideró que los conceptos cuerpo del delito y tipo penal eran equivalente se llego a la determinación de suprimir el cuerpo del delito de la Constitución General de la

¹⁶⁰ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, Óp. Cit., P. 13.

República, por ser más útil a efectos de una interpretación jurisdiccional adecuada de las acciones y omisiones reputadas como delito.

Se creó así una expectativa errónea, porque no se reflexionó lo suficiente al sustituir de la Constitución un elemento procesal por uno de carácter sustantivo, es indudable que el tipo penal es un elemento dogmático perteneciente al derecho sustantivo, tanto es así que la doctrina dominante lo viene aceptando en forma pacífica y casi unánime en las corrientes más importantes del pensamiento jurídico penal de este siglo.

Luego de la reforma constitucional, se modificó el enjuiciamiento penal se sustituyó el elemento cuerpo del delito por el llamado tipo penal, lo que creó mayores confusiones a los intérpretes de la norma, toda vez que en la parte procesal donde se regula la forma de comprobación del hecho punible se incorporó un término de carácter sustantivo y se pretendió desarrollar con los elementos que le son inherentes.¹⁶¹

Por lo que lejos de solucionar, el problema que aquejaba a la sociedad mexicana, como lo era la impunidad y su consecuente índice de criminalidad, ya se adhería un problema más, como lo es el rebaso de las distintas teorías que circulaban en ese momento, sobre los encargados de una procuración e impartición de justicia.

En otras palabras, era confusa para todas las reformas constitucionales, no obstante que postulaban puntuaciones concretas de lo llamado, elementos del tipo penal.

Aunado, que muchos otros consideraban violatorio, dichas reformas en base de un principio de reserva, en la cual solo era competente de atribuciones y facultades legislativas, las distintas entidades federativas, pues al considerar el

¹⁶¹ Ibidem, P. 33.

cuerpo del delito y su necesaria comprobación, de índole necesariamente procesal, la cual se ajusta a un sistema de legislatura local.

Esto en el sentido indudable, que al introducir aspectos de naturaleza completamente dogmática, hacían nugatorio un supuesto sentido procesal, de modificación sustancial.

Pues al respecto se dice que “pues si bien es cierto que conforme al artículo 133 primera parte, de la misma Ley Fundamental Mexicana, se establece que la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que de ella emanen y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del senado, serán la Ley suprema de toda la Unión, no es admisible mal entender que cuando se menciona a las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella, pueda referirse a cualquier legislación creada por dicho ente, pues únicamente encuadran en dicho supuesto (como leyes emanadas de la misma constitución, en sentido estricto), las llamadas leyes reglamentarias de preceptos constitucionales, que son aquellas de las que sí puede aceptarse un nivel superior en cuanto al principio de jerarquía o supremacía constitucional, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de sostener que cualquier ley federal sería superior a la estatal (con la inaceptable consecuencia de aplicación preferente), solo por la naturaleza del órgano que la creó sin darnos cuenta de que la diferencia entre el orden de su aplicación, según el caso concreto, es un problema de competencia en razón del fuero (federal o común) y no de supremacía o jerarquía”.¹⁶²

Postulando, la disconformidad que arrojó, la reforma constitucional, quedando entre dicho sobre la legitimación que arroja el legislativo federal, y un posible vulneración a la estadía legislativa local.

¹⁶² CASTRO LUNA, José Nieves, El concepto de tipo penal en México, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2003, P. 80.

Agrega Castro Luna que respecto del derecho penal y procesal penal, encontramos por ejemplo, en la fracción XXI del citado artículo 73, que lo único que se menciona es que el Congreso de la Unión tiene facultad, para definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

De tal texto, comenta que se infiere, que el congreso de la Unión, está facultado para legislar sobre derecho penal y procesal penal, exclusivamente por cuanto se refiere a los delitos contra la federación o también llamados de jurisdicción ordinaria federal, en tanto que, por otra parte, de ello debemos colegir, que fuera de esa materia, no puede inmiscuirse en las facultades propias de cada entidad federativa de determinar, a su vez, y de acuerdo a su realidad social y cultural en función de sus fines comunitarios y colectivos de política criminal, las conductas antisociales consideradas como delito de orden común, las penas respectivas y el procedimiento necesario para su investigación, acreditamiento, enjuiciamiento y sanción.¹⁶³

Todo lo anterior, en atención a un sentido sistemático, orgánico constitucional, en plataforma normativa de los artículos 40, 73 Fracción XXI, 111, 115 y 124, de lo cual, ajustan a un principio de competencia originaria a las respectivas entidades federativas, y un delego de facultades a la federación, en amplio pronunciamiento de limitación legislativa y sin existir facultades implícitas.

Es decir, que la federación solo está facultado, en vista de lo estrictamente permitido por las respectivas entidades, sin poder excederse de este convenio político.

A lo que, bajo esta postura, no tiene facultades para poder inferir sobre formación hipotética de un régimen punitivo, de cada entidad, pues esta deberá,

¹⁶³ Ibidem, P. 82.

centrarse al aspecto cultural, social, económico y de política criminal, de cada entidad correspondiente.

Mateos Escobedo, señala que la materia penal ordinaria es competencia de las entidades federativas, con los únicos y específicos supuestos de excepción que la propia Constitución federal contempla en la Fracción XXI del artículo 73 y en el 111 párrafo quinto.¹⁶⁴

De todo esto, lejos de poder emprender una discusión de manera filosófica constitucionales sobre los atributos que contempla la federación, en síntesis de delegaciones o soberanía, lo más importante, es el anunciamiento que tuvieron los legisladores, en hacer palpable la necesaria importancia de lo llamado cuerpo del delito o tipo penal, no como conceptos plurívocos, o dogmáticos causales-finalistas, sino como una garantía de cúspide natural, como lo es la seguridad y legalidad jurídica, que asienta su espíritu, en la inteligencia de requisitos amalgamados en función adjetiva sustancial.

Al respecto, se arremetía que las legislaturas locales y sus consecuentes códigos punitivos, tenían que velar y observar de manera íntegra, sobre la redacción que contenía el postulado 168 del Código Federal de Procedimientos, contemplando de inconstitucionalidad, aquellos ordenamientos dispares, estimando una uniformidad, sobre los criterios políticos.

Bajo lo anterior, se considera que efectivamente, debe imperar una uniformidad de punición política, criminal y legislativa, pero que se forme de manera integral, y no con una sistémica al vapor, reformando una competencia derivada y facultativa, hacía un ámbito lleno de espíritu jurídico, y con una naturaleza formativa de justicia y equidad, con respeto entero de las principales garantías individuales, como lo es la legalidad.

¹⁶⁴ MATEOS ESCOBEDO, Rafael. Límites de las facultades federales para legislación en materia penal, año XI, Número 4, Criminalia, México 1945, P. 194.

Ahora bien, sobre el fondo que contenía la reforma constitucional, en su aspecto dogmático, Señala José Nieves Luna Castro, que indudablemente, los doctrinistas mexicanos, por más que tuvieran conciencia de la constante evolución de conceptos dentro de la dogmática jurídico-penal, se vieron siempre influenciados por los tratadistas positivistas tradicionales, además de que, el aspecto sobre el que pudieron realizar sus opiniones teóricas, no es otra cosa que la legislación penal mexicana indiscutiblemente basada en esos principios tradicionalistas y positivistas, de ahí que, por más que se 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 materialidad o desprovista de toda valoración.

De ahí que tampoco pueda desconocerse que el citado vocablo cuerpo del delito, tenía ya notoria compenetración en nuestro país y no únicamente dentro del ámbito doctrinario, judicial o jurisprudencial, sino incluso, y en cierta forma, entre las personas integrantes de la sociedad mexicana, ya que comúnmente se relacionaba con aquella parte material dejada como vestigio del hecho criminoso que la ley describía como delito.¹⁶⁵

A todas luces apreciable el problema conceptual, que existía sobre la figura cuerpo del delito, del cual se agravó con la llegada de la figura tipo penal, que aunque era ya de viejo nacimiento, no era vista de ese modo, en nuestro entonces sistema de procuración y administración de justicia.

De lo anterior se aprecia como el dictamen de las Comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, al narrar el proceso parlamentario, estipuló como finalidad que “no es exclusivamente el llevar al texto constitucional reformas que aprecien requisitos

¹⁶⁵ LUNA CASTRO, José Nieves, Óp. Cit. P. 93.

de forma, sino por el contrario, es buscar avances reales que se ajusten a la nueva realidad que vive nuestra sociedad, a fin de que se cuente con un arco jurídico, que exprese en equilibrio el goce de las libertades fundamentales del ser humano con el deber estatal de procurar y administrar justicia.

El objeto de los proyectos es el perfeccionamiento de nuestras garantías individuales, con la consecuente salvaguarda de los derechos humanos, en materia de procedimientos penales, considerando los ámbitos legítimos de actuación de la autoridad, tanto en la etapa indagatoria y persecutoria de los delitos, como en la etapa propiamente procesal de todo juicio de este orden, las propuestas de reforma se nutren de los múltiples debates que a lo largo del siglo se han generado en torno a este tema, y se observa que es innegable que en nuestros tiempos la sociedad nacional y la comunidad internacional se ha visto afectadas por nuevas conductas antisociales cometidas por organizaciones e individuos, que han hecho de esa labor ilegal, su modus vivendi, con el consecuente daño a los bienes individuales y colectivos de cuya salvaguarda depende una sana convivencia humana”.¹⁶⁶

Se desprende la loable pero mal lograda intención del constituyente del 93, la cual implicaba una mayor subsistencia del principio de seguridad jurídica, y su consecuente respeto de legalidad, la cual se vio arremetida, de impunidades que se hacía al descubierto a la luz de la opinión pública, lo cual se traducía en falta de coercitividad, a la comisión de un injusto.

El constituyente en su respectivo dictamen de la reforma de 1993, expresaba, con necesaria puntualización, lo respectivo del nivel probatorio o de acreditación, de lo que hasta ese momento se contemplaba como un hecho, o el llamado cuerpo del delito, que hasta ese momento solo era reflejado como aquellos

¹⁶⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2001, P. 7.

elementos materiales, en atención a la doctrina positivista y la jurisprudencia en vigor.

Esto en vista que el numeral 16 Constitucional nada decía de la figura cuerpo del delito, en el dictado de la orden de aprehensión, y solo limitaba sus requisitos, al debido requisito de procedibilidad, como lo es la denuncia o querrela, sobre el hecho castigado con pena corporal, y un necesario protesto con persona digna de fe y el artículo 19 del pacto federal, que como ya se menciono, estipulaba de manera confusa, solo elementos objetivos.

Por lo que ahora se pretendía acabar con la ambigüedad, de aquellos elementos, aptos de comprobación, que según el dictamen, ya eran necesarios de comprobación y estaban contemplados inclusive en el extremo 16, pero de una forma implícita, ya que si bien es cierto, que la medida probatoria estaba sujeta a una presunta responsabilidad, también lo es, que esa presunta responsabilidad, solo tiene sentido si existe un delito, como lo refiere la tesis:

Orden de aprehensión. Si los datos recogidos en la averiguación previa, son suficientes para juzgar si existe o no, el delito, debe estudiarse desde luego esa cuestión, porque es evidente que s de esos datos no se desprende la prueba del delito, mucho menos pueden desprenderse indicios de responsabilidad del acusado.¹⁶⁷

Consecuentemente, la reforma tenía que ir guiada de una clarificación legislativa, así como de equiparar a la orden de aprehensión los extremos de prueba que se exigen para un auto de formal prisión, aduciendo los mismos requisitos adjetivos y por ende de comprobación, estas dos figuras jurídicas.

Se pretendía, que esta reforma diera origen al nacimiento del engranaje optimo de procuración e impartición de justicia, al referir “se busca precisar

¹⁶⁷ Quinta Época, Tomo XXIX, Pág. 1501, Sequerra Judah y Coag.

conceptos que en lo procesal se vinculen de mejor manera con la teoría del Derecho Penal Sustantivo paraqué ambas ramas jurídicas actúen como brazos articulados de una misma política criminal del Estado Mexicano y no como teorías disasociadas, lo que en ocasiones ha generado distancias considerables, y hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal”.¹⁶⁸

En suma, la reforma del tres de septiembre de 1993, busco que se consagraran principio de altivez y garantías, en una cúspide constitucional, injertando en los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y el encausamiento penal, los elementos del tipo, así como su debida acreditación, pero que, dicha reforma fue interpretada de manera diversa, al espíritu que conllevaba.

Ajustando sus alcances, únicamente a tecnicismos legales, como lo es el de comprobación por acreditación, sin mayor implicaciones de fondo, lo cual se hace palpable con el instructivo del Procurador General de la República número 02/1993, fechado en 29 de septiembre de 1993, el cual asienta que “Por elementos del tipo penal se entenderán los que hasta ahora han dado contenido al cuerpo del delito, en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, por tanto, en todos los artículos del mencionado Código Federal que hacen referencia al Cuerpo del delito, esta expresión será considerada equivalente a elementos del tipo penal, pudiéndose citar después de esta última expresión entre paréntesis, la de cuerpo del delito.

De esta guisa, el maestro García Ramírez, explica como la reforma constitucional de 1993, tuvo grandes aciertos, pero también incurrían en costosos errores. Entre estos figura el nuevo régimen sobre los elementos del tipo penal, en donde la explicación que hubo del cambio se hizo recaer en dos órdenes de consideración, primero, la pertinencia de unificar os conceptos del sistema penal

¹⁶⁸ GARCÍA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, Óp. Cit., P. 14.

sustantivo y del sistema penal procesal, y segundo, la necesidad de combatir con mayor eficacia, a través de cambios normativos el avance de la delincuencia.

Por lo que considera que la primera razón no bastaba para sustentar el cambio, porque con este se abandonaba una noción procesal bien explorada, en la que se había llegado a un entendimiento suficiente generalizado, que podría caer por tierra, como sucedió, al sobrevenir una sustitución innecesaria, así como la segunda causa tampoco funcionó, pues la impunidad, fruto de la enorme carga que agobia la administración de justicia, o de la corrupción o la incompetencia en la investigación de los delitos, tiene mucho que ver en ese campo, mucho más desde luego, que el concepto cuerpo del delito.¹⁶⁹

A pesar de la lucha significativa, para poder llevar una dogmática penal, de seguridad jurídica, en un ámbito de procuración e impartición de justicia a nivel procesal, y sobre todo de unificar criterios, este tuvo un resquebrajamiento importante, pues, vertía sobre un enorme confusión, que soslayaba a un cambio nuevamente, que pudiera dar cauce al encuadramiento preventivo de encausamiento.

II) INICIATIVA DE REFORMA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1997

En atención de las reformas, producidas por los legisladores del 93, y del anunciado fracaso de asimilación de dichos cambios constitucionales, algunos doctos y juristas, se enfrascaron en la guía de reformas de la reforma.

Es decir, veían como la única forma de atraer, el tan anhelado sistema jurídico democrático, era con una imperativa, modificación de los requisitos básicos de aprensión y encausamiento, como si, la variación en el concepto, verdaderamente, sea motivo directo, de un sistema raspado y dolido.

¹⁶⁹ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, Óp. Cit., P. XXII.

Por lo que en vista de la creciente preocupación el Ejecutivo, envió una iniciativa de reforma, que contemplaría los puntos de acceso a un acreditamiento, investigador y procesal, que vería su repercusión en un nuevamente intento de flexibilizar, en supuestas aras del equilibrio evolutivo, que debe existir, entre los brazos articulantes del Estado, como lo, es la procuración y la administración de justicia.

Así, el ejecutivo federal presento al constituyente permanente un proyecto de reformas que narra el maestro García Ramírez, lejos de resolver esos problemas, hubiera contribuido a agravarlos de manera inadmisibles, esta iniciativa fuertemente autoritaria, fue la que quiso incluir en la Constitución, también, el juicio penal en ausencia.

Buscando limitar la exigencia, para fines de consignación, a los elementos objetivos del tipo penal, esta formula pretendía flexibilizar el ejercicio de la acción en un interés colectivo. Difícilmente podría imputarse al interés colectivo el desmontaje del Estado de Derecho a través de la reducción de libertades la exclusión de garantías, pues la palabra flexibilizar implica lisa y llanamente suprimir o retraer derechos.¹⁷⁰

Con la anuencia propia del salvaguardo al interés colectivo, se pretendía que se concretaran las iniciativas lanzadas por el ejecutivo, que alienaba, un espíritu autoritarista y de mengua a las garantías consignadas de forma sistemática en la narrativa constitucional, como lo es la seguridad y legalidad, bajo el amparo, de solo flexibilizar los requisitos, dejando su comprobación y acreditación en el encausamiento penal y como más grave, bajo una prisión preventiva, que hiciera posible un sano desarrollo del proceso y salvaguardo de una verdadera justicia.

Marcando la idea de la consignación penal, es de aspecto sistémico acusatorio y corresponde al juez sobre la resolución de los hechos, en otras

¹⁷⁰ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, Óp. Cit., P. XXV.

palabras, el órgano investigador, solo se tenía que limitar a poner a disposición de la discreción judicial los hechos, lo cuales invariablemente, se veían tendientes al esclarecimiento de los hechos, en una etapa procesal, de mediación y contradicción penal.

Lo cual era básico el rompimiento que pretendía hacer el ejecutivo, en busca de la disminución de las garantías ya enmarcadas, contemplando una posible fractura de derechos subjetivos, propios de un régimen democrático social.

En atención a todo lo anterior y en guisa de lo que se llamo la impunidad y creciente criminalidad, fue acogida por el seno legislativo la iniciativa que en su aspecto motivacional señalaba:

“En el año de 1994, se reformo la Constitución para reestructurar y fortalecer al poder judicial de la federación. Si bien se han presentado avances significativos en materia de impartición de justicia, la procuración no se ha desarrollado en la misma proporción. Nuestro sistema de justicia penal se sustenta en el binomio indisoluble de ambas materias. Corresponde a las procuradurías la investigación y persecución de los delitos y a los tribunales aplicar oportunamente la ley. La delincuencia ha venido aumentando a índices alarmantes. Las causas del fenómeno delictivo son diversas: el desempleo o subempleo derivado del periodo de crisis y austeridad económicas, el crecimiento de la población, la corrupción de los elementos que integran los cuerpos de seguridad pública, la impunidad de quienes delinquen y el rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción de la delincuencia, entre otras, el estado requiere de nuevas herramientas jurídicas para actuar oportunamente. A la luz de la legislación actual las instancias procuradoras de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente a este fenómeno. Ciertos requisitos de la ley, pensados en su momento para enfrentar una

delincuencia carente de la sofisticación que hoy despliega, limitan la actuación de la autoridad. Esta situación, se ha interpretado erróneamente como ineficacia y promoción de la impunidad, es necesario revisar profundamente nuestras normas jurídicas y eliminar los obstáculos que hasta ahora han impedido que se actúe con la oportunidad y severidad requeridas.¹⁷¹

También, añaden como punto de sensibilidad legislativa, la distancia dogmática, de divergencia y cultural, entre quienes han optado por una teoría causalista o finalista, y en la cual muchos de estos se ven inmersos en un sistema vidente volitivo, el actual contexto mexicano, no podía corresponder, a la evolución doctrinal de cada ente.

Haciendo necesario, una vez más, reformular todos y cada uno de los conceptos alienados a un normativismo punitivo mexicano.

Vertiendo sobre las reformas del año 93, en un tecnicismo exagerado, que conduce a un formalismo penal, en dimensión de choque con lo que sería la impunidad, convirtiendo la procuración de justicia, en un órgano de complicación y a escala académico.

Consecuente de todo lo anterior, solo lleva al razonamiento, para ellos lógico, de flexibilizar los elementos y requisitos de comprobación, para un ágil expedita procuración e impartición de justicia, indicando en su numeral 16 que para obtener una orden de aprehensión, solamente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal.

El extremo 19 de la Carta federal, exigía acreditar la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del delito.

¹⁷¹ Diario de los Debates de la Cámara de Senadores. Iniciativa del Ejecutivo. 10 de diciembre de 1997. Págs. 3,4 y 5.

Enunciado la llamada distinción probatoria de requisitos para una captura y un encausamiento, en el cual, para la primera, ni siquiera es necesaria la plena acreditación de los elementos objetivos del hecho o delito, sino que solo se limitaba a ceñir de la probable existencia de dichos elementos.

Dicha reforma que de forma gramatical refiere:

“La iniciativa a los artículos 16 y 19 propuestas, pretende evitar que la actividad del Ministerio Público y del Juez durante la fase de pre-instrucción, sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario. El proceso penal no debe estar limitado únicamente a la acreditación de la plena responsabilidad del inculpado, pues como se señaló anteriormente, es durante la averiguación previa y la consignación cuando se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo penal.”¹⁷²

Por lo que la iniciativa lanzada, restringidamente valoraba los elementos objetivos, como parte de una base de garantía en la consignación y su dictado constitucional, enfatizando sobre su grado de acreditación o comprobación, como sería en un primer momento, únicamente la probable existencia, y en espacio superior la plena existencia de dichos elementos de percepción sensorial, empujando la iniciativa que a la letra manifestaba:

Artículo 16. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionando cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos de tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado.

¹⁷² Diario de los debates de la Cámara de Senadores. Iniciativa del Ejecutivo. 10 de diciembre de 1997. Págs. 3,4 y 5.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo en el del delito que se impute al detenido y haga probable la responsabilidad de éste.

De esto, es apreciable como denota un sentido de disminuidos y casi nulos requisitos, pues atinaba a la probable, la plataforma, que contemple la pronunciada y agravada situación de privar de su libertad, a un también probable responsable.

Regino García, quedaba fuera de todo criterio lógico, esta iniciativa de reforma, pues era de menguado razón, el creer que de la librada y ejecutada orden de aprehensión, al dictado del término constitucional, cambie y existan elementos para pasar, de una probable existencia de los elementos objetivos a la plena existencia de los elementos objetivos.

Pues no existe sustento razonable que justifique lo contrario, lo cual a sus puntualizaciones fueron “en apariencia la reforma de este artículo es pasable, pero al relacionarla con el numeral 16 referido, resulta incongruente, pues es muy difícil suponer que el juzgador pueda cambiar su criterio consistente en haber tenido por probables los elementos objetivos del tipo al librar la orden de aprehesión, y ejecutada la misma, en tan solo tres días o seis en su caso, (previa aportación de pruebas de la defensa y solo de esta) establecer que dichos elementos se encuentran acreditados plenamente. Si ha sido librada una orden de aprehensión por elementos probables, es inconcuso que jurídicamente no existe medio alguno para reforzar tales elementos para darles el sentido de plenamente comprobados. Claro, la única manera, será el libre arbitrio judicial. He aquí el peligro potencial de la reforma”.¹⁷³

¹⁷³ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, Óp. Cit., P. 113.

Todo esto indicaba, como el ejecutivo por medio de esta iniciativa, pretendía descartar de todo estudio ministerial y de sombra doctrinal, el aspecto jurisdiccional, lo llamado, elementos normativos y subjetivos, específicos y por supuesto generales.

Es decir, articulaban una orden de molestia, suficiente para poder delimitar un libre tránsito y más aun de resguardo, aparentemente provisional e irónicamente precautorio, a la simple probable existencia de elementos materiales, de percepción directa por medio de los sentidos, llámese los movimientos de forma fenomenológica corporal, objeto material, circunstancias de tiempo, modo, lugar y también podemos incluir las calidades de los sujetos.

Por lo que elementos de gravísima importancia, como aquellos de valoración de forma cultural o jurídica, eran simplemente adversados para la consignación ministerial, en donde solo resta preguntar, que hay de aquellos delitos como el fraude, en el cual, es por demás todos los hipotéticos de antijuridicidad típica, como lo es un título nominativo y que alberga por demás decirlo, la imperiosa necesidad de conformación del concepto, solo enmarcado en una descripción legal, pero que queda sobrada y aún más atentatorio hacia la iniciativa constitucional su estructuramiento.

Y que decimos del encubrimiento por receptación, en el cual es un tipo de naturaleza normativa civil, al contemplar requisitos como la posesión o detentación, que solo se puede conformar con la inserción de un estudio de la legislación sustantiva privada, o que esperamos del robo, en el que es de menester señalamiento hacia, lo llamado mueble, que solo puede atisbarse de una figura, nuevamente civil.

Ahora, esto es más arropado de retrocesión, al dejar como punto negro de la reforma los llamados elementos subjetivos, ya no digamos genéricos, sino específicos, de suma importancia, como lo es la libertad, pues ya pretende con una

flexibilización de requisitos base, lo que podría ser sinónimo de presunción de la existencia de un delito, cual delito, el que quiera el órgano ministerial.

Pues, al no existir los elementos subjetivos, como saber sobre un ánimo de dominio y un ánimo de uso, sobre tentativa de homicidio o lesiones, y aún más sobre una excluyente de responsabilidad, como lo encierra el *animus lascivo*, en todos los delitos sexuales.

De igual forma, Sergio García Ramírez, prevé otra circunstancia, que es necesario analizar, ya que señala que todo el producto legislativo y de iniciativa ejecutiva, puede ser tendiente a lo que Jakobs define como un Derecho Penal del enemigo, al dejar en libre arbitrio de leyes secundarias, el sentido abstracto de un seguimiento y encausamiento penal.

Arremete, sobre la iniciativa que aparece en franco deterioro y menoscabo a un sistema garantista, justamente un año después de la llamada Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996, al manifestar que “el procedimiento relativo a la delincuencia organizada se sustraiga del régimen constitucional ordinario y solo quede sujeto a las disposiciones de la leyes secundaria. Con esto se consagraría en el propio plano constitucional la existencia de un doble sistema de enjuiciamiento, el ordinario, con plenas garantías, y el excepcional, con garantías recortadas. El riesgo de que esto ocurriera se vio desde la expedición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, como también he observado, insistentemente, desde 1996, año en que se inicio la vigencia de ese ordenamiento, cuyos principios pudieran elevarse al rango constitucional”.¹⁷⁴

Así pues, hace latente como en el año de 1997, y por la aun incipiente necesidad de lo llamado delincuencia organizada, refleja sobre una posible concreción de un derecho penal excepcional, lo cual deja muchas interrogantes,

¹⁷⁴ *Ibidem*, P. XXVII.

máxime de la ahora nueva reforma del 18 de junio del 2008, que parece un espejo aún más calcinado, acerca de la vituperación de garantías ontológicas.

III) REFORMAS DEL 8 DE MARZO DE 1999

La anterior iniciativa del ejecutivo de fecha 10 de diciembre de 1997, en forma aparente, no prospero, consagrándose por su presunto acercamiento a un sistema garantista, por parte de los Constituyentes.

Que es claro, cuando se menciona la palabra aparente, porque es una burla de pretender hacer creer que fue de divergencia conceptual, con la iniciativa del 97.

El dictamen que condujo a la reforma, hace palpable la función legislativa al secundario que reincorpore el cuerpo del delito, pero este, de una manera diferente a la formula ya conocida.

Ya que si bien es cierto en algún momento se interpreto y conceptualizo el cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del delito, encerrando solamente elementos de índole perceptible sensorialmente.

También lo es que con las reformas de 1983, el cuerpo del delito, había sido de evolución dogmatica, al definirse como los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, del cual es claro como armoniza elementos que hasta ahora pueden adherirse a objetivos, normativos y subjetivos.

El profesor Hernández Pliego, comenta que se incorpora la citada categoría del *corpus delicti* en los códigos adjetivos penales, solo que entendiendo por ella el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, que es, afirma, el concepto a rescatar e incorporar en el régimen aprobado en 1993, argumentando que esa era la

noción de cuerpo del delio prevaleciente antes de 1993, en que se introdujo la categoría elementos integrantes del tipo penal del delito de que se trate.

Esta afirmación del dictamen que se analiza no es exacta, porque de acuerdo con la exposición que hemos hecho, el cuerpo del delito ciertamente se concibió como el conjunto de elementos materiales objetivos de la infracción penal, pero ello ocurrió en la legislación procesal penal mexicana anterior a 1983, porque la situación vario sustancialmente a partir de esa fecha y hasta 1993, en que nuestros códigos de procedimientos penales federal y distrital, vigentes entonces, adoptaron como integrantes del cuerpo del delito, la formula que comprende todos los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal.

Precisamente ese conjunto de elementos, es el que integra el delito y es claro que la ausencia de alguno de ellos, no permite su existencia de manera que no habrá justificación legal para el libramiento de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, por ejemplo, si so se acreditaran los elementos integrantes del hecho delictuosos descrito en la ley.¹⁷⁵

Así bien, como una reflejo paralizante de la iniciativa de reforma de 1997, se eludió a las criticas, regresivas, autoritarias y vulnerante de garantías, al nuevamente, hacer creer que se retomaba el cuerpo del delito, pero que simplemente, aparcaba la constante determinación de una supuesta flexibilización a los requisitos para la orden de captura y de encausamiento penal.

De esto, se hace visible como solo se dio la vuelta a la iniciativa del 97, pues es de atenderse a la iniciativa de decreto de reforma a los artículos 16 y 19, quien en el apartado de antecedentes señala “en sesión celebrada por esta Cámara de Senadores el día 10 de diciembre de 1997, los ciudadanos secretarios de la misma,

¹⁷⁵ HERNANDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. El proceso penal mexicano, editorial Porrúa, México 2002, P. 374.

dieron cuenta al Pleno de la Propuesta que se describe en el proemio de este documento.

El presidente de la mesa directiva acordó dar el siguiente trámite: recibo y tórnese a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de justicia y de Estudios Legislativos, Primera sección.

En sesión celebrada en el mismo día, las Comisiones Unidas aprobaron integración de una subcomisión de senadores miembros de las mismas que presentarían un proyecto de dictamen.

Por decisión de las comisiones responsables de este dictamen se determino la realización de cinco foros regionales, para recabar la opinión de los ciudadanos interesados conocedores de estos temas.

“...Todas estas propuestas fueron debidamente valoradas por estas comisiones dictaminadoras y se han traducido en los cambios que las mismas proponen realizar a la iniciativa y que van desde cambio a la redacción de varios artículos de la iniciativa has ata supresión de la propuesta de modificación del artículo 20 constitucional, la solución de los problemas de seguridad pública, de procuración y de administración de justicia no pueden esperar más, la sociedad exige y demanda respuestas eficaces.

Pues a pesar de los esfuerzos recientes, la delincuencia ha crecido desmesuradamente, la lucha contra el crimen es una batalla que parece perderse, con justa razón la sociedad ve en el crecimiento desmesurado de la criminalidad, la mayor amenaza, no solo contra personas y patrimonios, sino contra la nación misma.

La violencia y la inseguridad no son fortuitas, existen factores sociales perfectamente identificables que las alientan, la impunidad, la corrupción y la ineficacia.

La impunidad generada por las fallas en nuestros sistemas de procuración y administración de justicia, que no castiga a la mayoría de las acciones delictivas. El resultado de ello es que los delincuentes prosiguen su actividad criminal, confiados y alentados porque actos antisociales difícilmente serán castigados.

La corrupción, que tiene sus raíces más profundas en el resquebrajamiento de la cultura de la legalidad y en la falta de incentivos institucionales, financieros y honoríficos para quienes decidan su vida a hacer cumplir la ley.

Por si esto fuera poco, el abandono en que por décadas se dejó a nuestros cuerpos de seguridad, no permitió su profesionalización y modernización; por ello, para la gran mayoría de sus miembros, las técnicas de investigación y prevención del delito son algo ajeno a su práctica cotidiana. Aunado a esto encontramos la falta de recursos materiales, los coloca en una marcada desventaja frente a los recursos y técnicas que utilizan las cada vez más modernizadas, organizaciones criminales, lo que genera una marcada ineficacia en sus acciones en contra de la delincuencia.

Sin embargo y a pesar de todo lo anterior para los senadores de la República nos queda claro que no se puede condenar a las nuevas generaciones a crecer en clima de violencia, en un espacio social donde impere la ley de la selva y donde los valores de la paz, la tranquilidad, la legalidad y la justicia se vuelven conceptos caducos y olvidados. Existe coincidencia en que se quiere, de una vez, sentar las bases de un nuevo y eficaz sistema de justicia, que contribuya definitivamente a consolidar nuestro Estado de Derecho.

En este orden de ideas, es imperante dar pasos decisivos en la lucha por alcanzar los niveles de seguridad pública que todos los mexicanos demandan, es el

momento de que el pueblo y gobierno, emprendan batalla principal por la defensa de las familias, de sus bienes y patrimonio. Debe ponerse un alto definitivo a la violencia que amenaza con apoderarse de vidas y personas.

El estado Mexicano necesita recuperar la capacidad de ejercer con eficacia la más elemental de sus funciones, que es brindar seguridad ciudadana, someter al transgresor al imperio de la ley y evitar que la violencia se encumbre como factor predominante de la vida social.

El análisis estadístico de nuestro sistema penal muestra una realidad alarmante, según un estudio realizado de las 232,821 averiguaciones previas iniciadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en 1996, únicamente se consignaron ante el juez el 10% y exclusivamente en un 3.8 % de los casos se logro una sentencia condenatoria.

En el ámbito federal, e el año de 1996, la Procuraduría General de la República inicio 74,030 indagatorias, de ellas, paso a disposición de los jueces únicamente a 8,940 probables responsables de delito, es decir, al 12% de los casos.

En el resto del país, las estadísticas de delitos denunciados, investigados perseguidos siguen los mismo parámetros, que de 1, 491,860 averiguaciones abiertas en 1996 por los agentes del ministerio público del fuero común, respecto de consignaciones con detenido, en promedio por entidades, solo llegaron a los tribunales aproximadamente el 10% del total, de conformidad con los datos proporcionados por las propias procuradurías de justicia estatales.

Datos más recientes proporcionados por el Secretario de Gobernación, Lic. Francisco Labastida Ochoa, en la ceremonia de presentación de la Cruzada Nacional Contra el Crimen y la Delincuencia. En esa ocasión afirmo que en 1997, se denunciaron ante agencias del Ministerio Publico un millón 490 mil delitos y muchos más no fueron denunciados. Se iniciaron un millón 330 mil averiguaciones previas,

pero solo fueron consignadas 249 mil. Se libraron 149 mil órdenes de aprehensión, pero solo se ejecutaron 85 mil. El número de delincuentes detenidos, es una proporción muy baja; en consecuencia el número de delincuentes que está libre, es muy alto.

Lo anterior representa las cifras sobre la albor formal de la justicia; sin embargo, además de tomar en consideración a quienes se procesa y sentencia, se debe tener en cuenta el número de delitos y de delincuentes que se quedan sin esclarecer o identificar, estas cifras son mayores.

Los delitos que se denuncian arrojan datos verdaderamente preocupantes sobre el grado de criminalidad no castigada y por tanto, sobre los niveles de impunidad particularmente, en la procuración de justicia en el país.

La conclusión es evidente, en México predomina la impunidad. De los delitos denunciados, únicamente un número muy pequeño se persigue y se sanciona; el resto, los delitos conocidos, que son muchos y los delitos desconocidos que son más, se quedan sin investigar y por ende, sin sanción.

Desde esta perspectiva, la impunidad debe atacarse frontalmente. El quehacer de las instituciones de seguridad pública debe enfocarse a que los delitos conocidos no se queden sin castigo, puesto que ello influye directamente en la población provocando una sensación de inseguridad; que es menester atender especialmente y con gran énfasis la insustituible área pública de la procuración de justicia.

Con las propuestas de la iniciativa en estudio, se busca atender la urgente necesidad de modificar la averiguación previa, con medios que hagan eficiente las tareas del ministerio público y de la policía investigadora.

Como se observa, la tarea por realizar es muy amplia. Las modificaciones constitucionales que hoy se propone aprobar representan un avance significativo, sin embargo apenas constituyen un paso para resolver la aguda problemática que afrontamos en materia de seguridad pública.

Muchas de las propuestas recibidas en los foros de consulta celebrados por acuerdo de las comisiones dictaminadoras, deberán necesariamente cristalizarse en la legislación secundaria. Dentro de los temas que deberán retomarse en un futuro próximo, está el analizar a fondo la naturaleza y el papel de la institución del Ministerio Público, que vive en la indefinición de funciones, porque no es propiamente policía, ni investiga, ni es instructor de causas. También es necesario equilibrar en el futuro el papel del acusado y la víctima en un proceso penal, ya que esta última prácticamente no tiene una protección jurídica, mientras que el presunto violador de la ley cuenta con un sinnúmero de recursos procesales de los que puede echar mano, para impedir la acción de la justicia.

Por ello para los senadores de la República se hace necesario revisar integralmente los procedimientos de justicia penal, más aún se hace necesario iniciar un esfuerzo legislativo extraordinario para analizar puntualmente todas y cada una de las instituciones y procedimientos de nuestra justicia penal.

Debemos consolidar nuestro sistema de justicia penal, sustentándolo en una verdadera cultura de la legalidad, que se promueva desde el estado, la impulse la ciudadanía y sea respetada por todos, gobernantes y gobernados.

Se debe dar un lugar de privilegio a las tareas de prevención del delito, para que en lugar de reprimir conductas antisociales, el Estado dedique sus mejores esfuerzos a promover valores positivos. Siempre será más barato construir una escuela que apilar diez prisiones.

Todo el diseño de nuestra política criminal debe comenzar con estudios serios de la criminalidad y sobre todo de las razones de la misma, para proponer reformas integrales que atiendan a los factores geográficos, étnicos, culturales, económicos que motivan las conductas delictivas.

Reformas artículos que se refieren a las garantías individuales de libertad demanda una reflexión profunda y la participación de un amplio espectro de opiniones.

Reforzar las facultades de la autoridad para combatir la delincuencia, también es esencial asegurar que el ejercicio indebido de tales facultades no vaya a crear condiciones que lesionen las garantías individuales. De otra manera dicho, conseguir el sabio equilibrio entre el interés público y los derechos subjetivos, es una cuestión vital como es la libertad de los mexicanos.

Por ello el senado de la República convoco a los estudiosos del tema y a la sociedad en general a analizar y debatir la iniciativa de reformas enviada por el Presidente de la República.

Se llevaron a cabo cinco foros nacionales en las ciudades Tijuana, Baja California, Villahermosa, Tabasco, Monterrey, Nuevo León, Guadalajara, Jalisco Y Mérida, Yucatán. Se conto con la participación de 70 ponentes, entre ellos, el Procurador General de la República, procuradores de justicia de los estados y del D.F.; funcionarios de procuradurías de justicia estatales; académicos; funcionarios de la Procuraduría General de la República; funcionarios de la Secretaría de Gobernación; miembros de organismos de protección de los derechos humanos; funcionarios del poder judicial; abogados postulantes y dirigentes de organismos de la sociedad civil.

Esas reuniones se convirtieron en puntos de expresión libre de las ideas, en los cuales los participantes pudieron manifestar abiertamente su sentir respecto a la iniciativa de reformas constitucionales que nos ocupan.

De esta manera, los Senadores tuvimos la oportunidad de escuchar opiniones muy clarificadas y de naturaleza diversa.

Tanto las críticas como las propuestas, han permitido a los legisladores que integramos las comisiones encargadas de formular el presente dictamen, ponderar de mejor manera las implicaciones y trascendencia de la iniciativa presentada, valorar y reflexionar en su exacta dimensión los propósitos en ella contenidos, en aras de lograr una procuración de justicia.

Fue sorprendente el número y la profundizada de las propuestas que se allegaron en estos foros. El análisis de cada una de ellas y su incorporación a la iniciativa, es un trabajo que enriqueció ciertamente el presente documento.

Por ello, el primer balance que podemos hacer de este proceso de consulta, es que la sociedad civil, los estudiosos de la materia y las autoridades responsables, tienen no solo un vivo interés sobre las iniciativas presidenciales, sino también perspectivas propias sobre como enfrentar el crimen.

En la lucha contra el crimen y por una legislación adecuada y eficaz es posible tener divergencias y, sin embargo, llegar a acuerdos. En efecto, es muy alentador que la pluralidad política del país se manifieste en participación seria, en discusión abierta, en un ánimo por lograr la más adecuada legislación posible para la nación, como creemos que ha sucedido con las consultas que las comisiones realizaron.

De manera independiente a la realización de estos foros al estudio realizado por las comisiones, la iniciativa presidencial de reformas constitucionales, fue

sometida al examen del Congreso Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, en donde los magistrados analizaron las propuestas de iniciativa, aportando a su experiencia conclusiones que enriquecieron nuestras consideraciones y resoluciones.

Así las judicaturas de las entidades federativas aportaron opiniones cuyo contenido refuerza el planteamiento de adecuar el marco jurídico para mejorar el ejercicio de la acción punitiva que garantice la preservación del estado de derecho.

Es de destacar también la reunión que llevaron a cabo miembros de las comisiones dictaminadoras con el pleno de la Conferencia Nacional de Procuradores de Justicia.

A esta reunión asistieron la totalidad de los titulares de los organismos encargados de la procuración de justicia a nivel local y federal, lo cual demuestra el interés de estos funcionarios de que se aprueben mejores instrumentos jurídicos que faciliten la tarea de combate a la delincuencia que llevan a cabo.

En esta reunión, los senadores tuvimos oportunidad de escucha de viva voz, algunas de las experiencias de los ciudadanos procuradores en la aplicación del actual marco jurídico que rigen el libramiento de órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión y los autos de libertad. También comentaron algunos puntos de vista sobre diversas propuestas de redacción que estas comisiones unidas han intentado en su afán de alcanzar consensos en esta difícil y compleja materia.

Las preocupaciones sobre las libertades de los ciudadanos y el respeto que merecen por parte del Estado, se introdujeron en el debate constitucional mexicano de manera temprana. Ya desde los debates de la asamblea constituyente que diera lugar a la Constitución de 1824, se deja ver la preocupación por establecer límites precisos al nuevo poder estatal que estaba engendrando. Si bien finalmente aquel

documento constitucional no llegó a incluir en su texto un catálogo de derechos individuales o de garantías de los gobernados frente al poder estatal.

Con mayor fuerza, el debate en torno a este tema reapareció a raíz de las discusiones que derivaron en el Acta de Reformas de 1847. Sin embargo, como es bien sabido, no fue sino hasta la expedición de la Constitución de 1857 cuando se introdujo, por primera vez en nuestra historia constitucional, un catálogo de derechos individuales o, como después se les denominó en nuestra tradición constitucional, de garantías individuales.

Como queda claro a partir del análisis de la parte orgánica de la Constitución de 1857, el constituyente de aquella época estaba bien consiente de la compleja relación y aun de la tensión permanente, entre el poder del estado y los derechos del hombre.

En aquella Constitución se hablaba de los derechos del hombre y de no las garantías individuales. La diferenciación entre los conceptos de derechos del hombre y garantías individuales proviene del proceso constituyente de 1842. El proyecto de la mayoría utilizó el título de garantías individuales en la sección dedicada a la protección de dichos derechos y el proyecto de la minoría señaló en su artículo quinto que la Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías.

Por su parte la Constitución de 1857, empleando el título de Garantías individuales, estableció también una diferencia entre derechos del hombre y garantías, al disponer en su artículo primero que el pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

Ahora bien, el artículo primero de la Constitución de 1917, declara que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozara de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Se ha discutido si la Constitución vigente ha operado un cambio de tesis en cuanto a la relación entre derechos y garantías. La duda surge debido a que en los documentos constitucionales de 1842 y 1857 se hacía referencia expresa por un lado, a los derechos del hombre y por el otro a las garantías, mientras que el aludido artículo primero de la Constitución vigente omite mención expresa a los primeros, limitándose a referirse a las segundas.

Sin embargo, la doctrina ha sostenido que el Constituyente de 1917 no desconoció la existencia de los derechos del hombre. En los debates mismos es posible darse cuenta de que los diputados constituyentes tenían muy claro que el origen o la fuente de las garantías individuales, eran los derechos del hombre. Pero ello no quiere decir que unas y otros sean equivalentes.

Entre ellos existe una relación de lo garantizado y la garantía. Los derechos del hombre, como conceptos generales y abstractos, como lo garantizado. Las garantías individuales son, la salvaguarda, no abstracta, sino concreta e individualizada, de aquellos derechos que todo hombre tiene, independientemente de su reconocimiento o no por el Estado. Las garantías individuales son relativas; y su relatividad depende de las circunstancias de lugar y tiempo, y de la situación histórica de una nación y de los problemas que ha de enfrentar como comunidad política.

En otras palabras, las garantías individuales, representan la medida en que el orden jurídico concreto garantiza los derechos del hombre, en un momento histórico determinado.

Así ha de entenderse el artículo primero de la Constitución de 1917, aunque no se haga mención expresa de los derechos del hombre. El hecho de que solamente haga referencia a las garantías no significa que los derechos del hombre se desconozcan. Al contrario por las razones expuestas, dicho artículo ha de entenderse en los mismo términos tratados por el constitucionalismo mexicano desde 1842, es decir, vinculando íntimamente la idea de garantías con el concepto de derechos del hombre, pero, aún así, haciendo la diferenciación entre ellos, en razón de que cumplen una función distinta: unos son lo garantizado, mientras que las otras son la garantía proporcionada por el orden jurídico e históricamente determinado.

Por ello es que el texto mismo del artículo primero de la Constitución vigente prevé la posibilidad de que las garantías sean más amplias o más restringidas, o incluso suspendidas. Debemos concluir, por lo tanto, que los derechos del hombre, como conceptos abstractos genéricos, no pueden restringirse ni suspenderse, pero sí las garantías individuales.

Las condiciones para su restricción o incluso suspensión habrán de ser definidas por la propia Constitución, en virtud de las circunstancias específicas del lugar y del tiempo; con base en los problemas y necesidades que enfrenta la nación en un momento histórico determinado. Ese no otro es el sentido del artículo primero constitucional, que de esta manera resuelve la tensión entre el carácter absoluto, que por necesidad lógica tienen los derechos naturales del hombre y la necesidad práctica de resolver los problemas de los hombres que viven en cada vez más complejas comunidades políticas.

La reforma constitucional que hoy se propone aprobar a este pleno, se inserta perfectamente en la lógica del constitucionalismo mexicano trazada desde 1824 en materia de derechos del hombre y de garantías individuales. En el tiempo y el espacio del México de hoy; e el momento histórico actual, en el cual nuestra sociedad enfrenta enormes problemas relativos a la seguridad pública, nos vemos

obligados a proponer una serie de modificaciones que si se restringe el alcance de algunas garantías establecidas a favor de quienes sean sujetos a un proceso penal, son imprescindibles para atacar de manera frontal a la delincuencia; así como para acabar con la impunidad que tanto daño causa al tejido social.

Por ello, aunque es verdad se considero a los derechos del hombre como de importancia suprema para la vida personal de todos los individuos que forman parte de la sociedad, también es cierto que estos derechos del hombre, tal y como los definió y los desarrollo el constituyente de 1857, pueden limitarse y restringirse.

Es importante hacer notar, para los efectos del presente dictamen, que detrás de cada una de las limitaciones a las garantías de los gobernados, siempre habremos de encontrar algún interés superior de la sociedad. El orden público, la moral, la paz social y la seguridad de los demás ciudadanos, la justa distribución de la riqueza, son los valores supremos que, para el constituyente, han justificado restricciones a las garantías constitucionales. Solo algún interés superior de la sociedad puede justificar la relativización de las garantías que, como individuos, quisiéramos todos fueran lo más amplias posibles, pero que como miembros de una sociedad que aspira a la seguridad, el orden y la paz social, debemos convenir en limitar, para asegurar una mejor convivencia.

Este es precisamente el dilema que se plantea a la sociedad mexicana en los tiempos que corren, en un momento de la historia nacional en que la delincuencia amenaza con ampliar su radio de acción hacia ámbitos antes insospechados. Un momento en el cual la delincuencia ha tomado como rehén a la sociedad mexicana, que no cuenta con todos los instrumentos indispensables para hacer frente a esta inusitada situación. Un momento en que la sociedad reclama al estado, acciones prontas, decididas y expeditas para poner un alto a la creciente inseguridad pública y a su principal promotora, la impunidad.

La reciente consulta nacional nos ha convenido de la importancia de dar pasos muy firmes para asestar golpes certeros y definitivos a esos flagelos que son la delincuencia y la impunidad. La consulta fue amplia y totalmente abierta. En ella participaron todos los sectores de la sociedad, como se explico antes, preocupados por la creciente inseguridad que se ha apoderado de algunas regiones o ciudades del país. El clamor generalizado es, en suma, cerrar todos los resquicios que infortunadamente hoy permiten la burla a la justicia y la evasión del castigo.

El clamor generalizado no es sino una manifestación de la situación de emergencia que viven algunas partes del país en materia de seguridad pública. En atención a dicho clamor y a dicha exigencia, las Comisiones que formulamos la presente propuesta de dictamen de reforma constitucional, consideramos necesario adecuar nuestra norma fundamental al interés social, que en estos momentos exige un combate efectivo y certero contra la criminalidad y la impunidad.

En la exposición de motivos, el titular del Ejecutivo Federal afirma su compromiso fundamental de contribuir a mejorar substancialmente el sistema de justicia en nuestro país.

Más adelante, destaca las primeras acciones emprendidas para fortalecer las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia, como los únicos medios para garantizar la vigencia del Estado de Derecho. Entre ellas recuerda la profunda reestructuración del poder judicial federal, que empieza a reflejar mejores resultados, aunque la procuración de justicia no ha corrido por la misma ruta.

Ante esta situación, se afirma la necesidad de poner en sincronía ambas instituciones, impartición y procuración de justicia. Solo así, expone, se podrá acceder a mejores condiciones de vida, convivir en armonía y seguridad, y generar confianza en la actuación de las autoridades.

Nos recuerda la responsabilidad de las Procuradurías como las encargadas de la persecución de los delitos y la captura de los delincuentes; sin embargo, sus tareas se destacan ante el desfase de los preceptos normativos, las difíciles circunstancias socioeconómicas en las que se encuentra el país, así como la presencia y recursos de la delincuencia organizada.

Insiste en como las instituciones encargadas de la procuración de justicia encuentra en la legislación actual serios obstáculos para hacer frente a la delincuencia, que no se actúa para combatir esa realidad y como todo ello genera una franca desconfianza pública.

Por todo eso, recalca la exposición de motivos, hay la urgente necesidad de incluir las condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia en beneficio de la sociedad.

Así bien en base al artículo 16 se reconoce que este precepto desde su consagración en el texto de Querétaro de 1917 no había sufrido reforma alguna, sino hasta 1993, cuando a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se les exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión.

El balance de los cuatro años de aplicación del precepto en comentario, se dice, es que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, por tecnicismos formales, presuntos delincuentes han logrado evadir la acción de la justicia; vale recordad aquí las cifras asentadas, porque en 1997 tampoco se observó mejoría, pues de todas las averiguaciones previas consignadas ante autoridad judicial, se obsequiaron ordenes de aprehensión en menos del 20 por ciento; esto sin tomar en cuenta las magras cifras de consignación que hacen las procuradurías como se ha explicado antes y cuya tendencia se mantuvo en 1997.

Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad.

De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este precepto para obtener una orden de aprehensión. Solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado. Finalmente insiste en que esta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos del gobernado tutelado en las garantías individuales, pero además permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

Ahora bien por lo que hace al numeral 19, se puntualiza que también en 1993 se reformó el precepto que nos ocupa a fin de hacer patente la garantía de seguridad jurídica a favor del inculpado precisando la materia del debido proceso penal a través del auto de procesamiento o de término constitucional.

Con dicha reforma se sustituyó el concepto de cuerpo del delito por el de elementos del tipo penal, lo que provocó que para dictar un auto de formal prisión se debían acreditar todos los elementos del tipo penal (objetivos, subjetivos y normativos), así como la probable responsabilidad del indiciado.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su parte, precisó en un largo listado, lo que conforma los elementos del tipo penal, cuyo tenor cita ilustradamente el Ejecutivo.

Es en estas circunstancias que la presente iniciativa propone que para el libramiento del auto de formal prisión, se acredite la plena existencia de los

*elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado...*¹⁷⁶

De todo esto, se asienta con una realidad social y jurídica, como efectivamente los altos índices de criminalidad y de impunidad, ha hecho un verdadero espejismo una procuración e impartición de justicia, en la que solamente se preocupan por una demagogia de equidad, inexistente y espontanea de fantasía.

Pues es claro, que efectivamente la impunidad ha embargado todos y cada uno de los ámbitos de sistematización y esquematización social, no hay duda que la masa probatoria no crea en las instituciones y aún más que hagan todo lo posible por pisotearlas, pero, ¿es verdad que se deba a una modificación en un postulado constitucional de tintes teóricos?

La respuesta, es en obvio, que contempla una serie de situaciones de verdadero entendimiento histórico, político y cultural, y que el concepto de la comprobación, sumaria o integral, de un hecho constitutivo del injusto o del acreditamiento de los elementos del tipo, va en una escala, técnica jurídica, la cual rebasa la cruel opinión de ser la causante de un exacerbado índice de criminalidad.

Claro que se tiene que acceder a una serie de facilidades instrumentales de integración ministerial, pero jamás en vituperio de un sistema garantista, que vela por un real modelo humano, que es de ímpetu loable, su respeto.

El órgano ministerial, debe verse inmerso a una conjugación real de entendimiento y dirección de la policía a su encargo, propia de investigación a lo que contemplen como delito, pues es de absurdo investigar, algo inexistente y decir que se le tiene que flexibilizar la indagatoria de lo desconocido.

¹⁷⁶ INICITATIVA DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN LOS ARTICULOS 16, 19, 20, 22 Y 123 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, APROBADA EN EL PLENO DEL SENADO DE LA REPUBLICA EL PRIMERO DE OCTUBRE DE 1998 Y POR LA CÁMARA DE DIPUTDOS EL DIEZ DE NOVIEMBRE DE 1998, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL OCHO DE MARZO DE 1999.

Es inarmónico que refieran que se debe de adecuar los papeles del acusado, con el de la víctima, pues este primero, contempla con diversas prerrogativas, que echan luz para evadir su atribuibilidad, cuando estas prerrogativas, que se ven embestidos los llamados acusados, devienen de un derecho natural, que se ha positivado, de forma histórica a nivel del pacto federal, sino inclusive en base a una serie de ordenamientos internacionales, del que México ha suscrito y ratificado, que se ocupan de las mínimas obligaciones que debe respetar cualquier estado garantista con fuerza subjetiva punitiva, en vista de un derecho universal, ontológico y de esta manera poder efectivamente equilibrar una facultad represiva estatal, con verdaderos respetos a las garantías más básicas, como lo es la legalidad.

Pues es claro como las cartas magnas, que han albergado nuestro sistema político jurídico, han visto puerta clave en los derechos mínimos de contemplación, del cual, los han conceptualizado como de forma universal e inmutable en el tiempo, pero que cada estado soberano, incluye en su forma orgánica, los derechos que estos van a catalogar, como de máxima cúspide, denominándolos garantías individuales, concediéndolos, otorgándolos, reconociéndolos y respetándolos, en un tiempo y momento histórico determinado.

La cual hace una verdadera disyuntiva, pues como contemplar un derecho humano fundamental, universal e indestructible, sin el reconocimiento y respeto, del poder punitivo.

En otras palabras, es posible que la razón como máxima de pertenencia del ser, pueda ser otorgada, no en base a un aspecto inmerso natural, sino reconocido de manera política, solo si, se ajusta a los intereses de los posibles factores reales del poder.

Inadmisible es que se vea con buenos ojos un concepto tan alejado, de sentido lógico, pues los derechos humanos, jamás pueden ser concedidos por parte

de la soberanía estatal, si no solo respetada, y decir lo contrario, trae aparejada la antesala del autoritarismo que no contempla límites.

Ahora bien, por lo que respecta a las limitaciones que supuestamente debe de existir a las garantías, en atención a el orden público, la moral, la paz social y la seguridad y que además han justificado las restricciones a las garantías, esto es inadmisibile, pues claro es que el interés de la colectividad, debe imperar sobre la individualización subjetiva del derecho, claro es que el orden publico y social, debe verse protegido, ante cualquier prerrogativa personal.

Pero en el caso que nos ocupa, son facultades potestativas que se dan de manera abstracta sobre un grupo de igual forma no definido, como debe ser una norma protectora, y que es parte también de un sistema postulatorio, que debe velarse de igual anuencia que otros grupos, como lo es son denunciantes o querellantes.

Es decir, las garantías de las victimas u ofendidos, deben resguardarse con el mismo recelo, como las de los indiciados y posibles infractores e incluso como sentenciados y reos, lo cual se ve como hacen un argumento en falacia, que haga justificable, su casi anunciada vituperación de garantías.

Similarmente, el contexto de reforma constitucional que se narro, insiste que las instituciones encargadas de la procuración de justicia encuentran en dicha legislación, serios obstáculos para hacer frente a la delincuencia, la cual hace, que no se actué con la oportunidad y la severidad requerida, y que trae aparejado un sentimiento social que las autoridades no actúan para combatirlo.

Lo cual nuevamente, se alimenta de falacia argumentativa, pues en primer lugar y de forma histórica, se ha contemplado, como desde 1812 en la Corte General y Extraordinaria de la Nación Española, requería como elemento básico una información sumaria sobre el hecho, ¿Cuál hecho?, pues el hecho delictivo.

En otras palabras, para que pueda encausar a un posible o probable delincuente, es de menester lógica la existencia de un delito, la cual es interpretada desde 1812, más de cien años antes de la teoría del tipo de Beling, como el hecho.

Queda claro, que se necesita, señalar que hecho o delito, es el que se va a investigar, y lo único que realmente hizo la reforma de 1993 fue enlistar, como una receta de cocina, los elementos necesarios, de acreditación.

Los mismos que ya eran necesarios de observación desde la Constitución Española, y claro, también contemplando tintes dogmaticos, en lo que respecta al dolo y la culpa y su ubicación sistemática en la teoría penal.

Pero que no son la causa del mal entendimiento de la reforma constitucional penal, por parte del órgano investigador, y aún más de la creciente criminalidad e impunidad existente.

Y que en relación a todo esto, se propuso, que solo fuera suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, por lo que hace al numeral 16, justificando tan aberrante propuesta, bajo la aseveración que la medida conserva plenamente el equilibrio ente la acción persecutoria de un delito y los derechos del gobernado tutelado en las garantías individuales, y que además iba a hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

Lo cual deja sin aliente toda expectativa y esperanza de evolución sistémica penal, pues ya hablar en esos momento de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, es ya ofensivo a un ordenamiento que se hace llamar, garantista democrático y social, pues ya los elementos objetivos del tipo penal, estaban completamente superados desde la reforma de 1983, al hacer exigible la integración de los elementos de la conducta descrita que la ley señale como delito,

es decir, elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos; y que además solo exija su probable existencia, es ya fuera de criterio jurídicamente razonable.

Así como el artículo 19 Constitucional, quien solo superaba al anterior, en el sentido de haber puesto en relieve la acreditación de la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal, que si bien supera al anterior artículo en la acreditación de manera plena, es ya en obvio de repetición involutiva y regresiva.

De todo esto trajo como consecuencia que se reformaran los ya mencionados artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedando de la siguiente forma:

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

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

*Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresaran: el delito que impute al acusado; el lugar, el 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.*

La iniciativa fue aprobada en el pleno del Senado de la República el primero de octubre de 1998 y en los mismos términos se aceptó sin modificaciones por la Cámara de Diputados el diez de noviembre de 1998, en su calidad de Cámara revisora, haciendo propia la iniciativa.

Además, fue aprobada en la mayoría de las entidades federativas, en sus respectivos órganos legislativos, así que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el ocho de marzo de 1999.

Bajo este tenor, si bien es cierto, que fue superado con creces la iniciativa planteada en el año 1997, así como la postulada en la iniciativa de reforma de 1999, también lo es, que ya la figura cuerpo del delito, no volvería a ser la misma.

Pues, explicaban como la figura cuerpo del delito, solo lo contemplaban elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del delito, así como los normativos en el caso que se requiera y que los elementos subjetivos, solo es necesario mencionarlos, esto en términos de las subsecuentes leyes secundarias a dicha reforma constitucional de 1999.

Es decir, moldeaban una redacción casi idéntica, que la tan aberrante iniciativa de diciembre de 1997 y la de 1999, pero de manera disfrazada y en estela de garantismo, ciertamente inexistente, pues ya se ponía de lado las discusiones teóricas penales, dando pauta a motivo de comprobación y acreditamiento de los distintos elementos de integración, intentando con esto facilitar el trabajo de la procuración e impartición de justicia, a costa de vulneración de derechos subjetivos de índole natural.

IV) REFORMAS DEL 18 DE JUNIO DEL 2008

Ahora bien, por lo que hace a la última y actual reforma constitucional del miércoles dieciocho de junio del 2008, en la cual, en un postulado acusatorio y de tintes de una nueva agenda de la nueva justicia penal, fue el resguardo de la reforma constitucional.

En la cual hace estandarte de una modernizada metodología de concreción punitiva, como lo son los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, mediación, continuidad, contradicción y por supuesto de un supuesto garantismo penal, eran los básicos de la reforma.

Misma que enmascara un cuerpo normativo represivo, autoritario y regresivo, a la luz de los postulados, aparentemente necesarios de altivez temporal históricamente hablando, que soslaya sobre un derecho penal de enemigo, vacilando sobre su promoción oficial.

Y que se observa, claro está, que enfoca muchos extremos, a la procuración e impartición de justicia, en concreto en el tema a tratar, con epicentro de involución o degradación, a un principio humano de legalidad, en un ya superado estado democrático de derecho, lo cual se justifica al siguiente tenor:

“...Este dictamen es producto de un intenso debate y retoma aportaciones de todos los que participaron en él, convencidos de que era urgente y necesaria una reforma integral al sistema de procuración e impartición de justicia penal que permita a todos los actores de dicho sistema cumplir con mayor eficacia su labor, que genere los incentivos necesarios para que cada uno de ellos rinda cuentas y garantice que todos los ciudadanos (víctimas e imputados) accedan a un sistema de justicia más eficaz y equitativo. Esta reforma permitirá al Estado mexicano dar una respuesta adecuada a la grave crisis que atraviesa la justicia penal y que todos los actores sociales reconocen.”

De manera general, durante el presente análisis y estudio se identificaron tres problemas centrales, a saber:

- 1. Que el sistema de procuración e impartición de justicia penal tiene serios problemas operativos y de diseño, y que no cumple con sus funciones.*
- 2. Que existe una crisis en la seguridad pública que amenaza al Estado mexicano en su conjunto, en particular aquella generada por la delincuencia organizada.*
- 3. Que se carece de una indispensable coordinación entre los poderes y los órdenes de gobierno -federal, estatal y municipal- para enfrentar el problema de la seguridad pública y para mejorar el funcionamiento de la justicia penal. Esto es particularmente grave en el ámbito de las policías.*

El consenso sobre la existencia de estos tres grandes problemas permitió definir con claridad los objetivos de la reforma. Estos son los siguientes:

- 1. Una reforma que permita un tránsito ordenado, gradual y viable al sistema acusatorio.*
- 2. Un sistema eficaz para combatir a la delincuencia, en especial aquella que tiene el carácter de organizada.*
- 3. Un sistema penal que garantice el debido proceso, la presunción de inocencia, asegure los derechos de las víctimas y proteja a los ciudadanos de los abusos de la autoridad.*

A partir de estos objetivos, y antes de entrar en el análisis detallado del contenido de la reforma, es posible exponer los grandes ejes que articulan la reforma constitucional

Un primer asunto es el establecimiento de un sistema penal acusatorio basado en los principios de contradicción, concentración, inmediación, continuidad y presunción de inocencia y que asegure un equilibrio procesal entre las partes, defensa, acusación y ofendidos. La implementación de este sistema supone un cambio de envergadura para todos los actores que participan en la operación del sistema. Por ello, se estimó conveniente establecer un periodo amplio de transición, que permitiera que cada entidad federativa genere un programa de reforma de acuerdo con sus necesidades y características propias

Estándar de prueba para librar órdenes de aprehensión

Estas comisiones unidas coinciden en la propuesta de adoptar un sistema de justicia penal, de corte garantista, con pleno respeto a los derechos humanos, que fomente el acceso a la justicia penal de los imputados, así como de las víctimas u ofendidos, como símbolo de seguridad jurídica, para evitar que las denuncias o querellas sean archivadas por el Ministerio Público. Este objetivo exige un nuevo arreglo en el diseño del procedimiento penal. De esta manera, se asegura un control judicial integral en todo el procedimiento, se limita el empleo de la prisión preventiva y se construyen mecanismos que reducen significativamente los alcances de la averiguación previa. Por otro lado, se racionalizan las puertas de entrada al sistema con el objeto de agilizar el acceso al control judicial.

De esta manera, es preciso establecer un nivel probatorio acertado para la emisión de la orden de aprehensión, que constituya el justo medio entre el legítimo derecho del imputado de no ser sujeto de actos de molestia infundados, pero también su derecho fundamental a que la investigación de su posible participación en un hecho probablemente delictivo se realice ante un juez y con todas las garantías y derechos que internacionalmente caracterizan al debido proceso en un sistema de justicia democrático, y no de

forma unilateral por la autoridad administrativa, que a la postre sería quien lo acusaría ante un juez con un cúmulo probatorio recabado sin su participación o sin una adecuada defensa, y el interés social, de sujetar a un justo proceso penal a los individuos respecto de los que existen indicios de su participación.

Por lo que se estima adecuado racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el Ministerio Público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión, de manera que baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señala como delito y exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, para el libramiento de la orden mencionada; elementos que resultan suficientes para justificar racionalmente que el inculcado sea presentado ante el juez de la causa, a fin de conocer formalmente la imputación de un hecho previsto como delito con pena privativa de libertad por la ley penal, y pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa en un proceso penal respetuoso de todos los principios del sistema acusatorio, como el que se plantea.

El nivel probatorio planteado es aceptado, porque en el nuevo diseño procesal rige el control judicial, el valor de lo actuado en la averiguación previa es muy limitado y la prisión preventiva se construye como una medida de carácter excepcional. Bajo este nuevo esquema, no es necesario mantener un nivel probatorio tan alto como el vigente para solicitar la orden de aprehensión, en razón de que el Ministerio Público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido, ya que en ese caso, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la averiguación previa y fortalecer la relevancia del proceso penal y particularmente el juicio.

No hay un riesgo de que esta reducción del nivel de prueba necesario para la emisión de la orden de aprehensión sea motivo de abusos, porque

existen amplios contrapesos que desalentarán a quienes se sientan tentados de ello, en razón de que el proceso penal será totalmente equilibrado para las partes y respetará cabalmente los derechos del inculgado, de manera que si se obtiene una orden de captura sin que los indicios existentes puedan alcanzar en forma lícita el estatus de prueba suficiente, sin temor a dudas se absolverá al imputado, al incorporarse expresamente en nuestra Constitución, principios como el de presunción de inocencia, el de carga de la prueba y el de exclusión de prueba ilícitamente obtenida. Dicho de otra manera, sería contraproducente para el Ministerio Público solicitar la orden de aprehensión sin tener altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio, en razón de que ya no tendrá otra oportunidad de procesar al imputado. Al mismo, tiempo el sistema permite realizar un mejor control judicial de la investigación al garantizar que todos los elementos que ésta arroje serán ponderados en el juicio a la luz de un efectivo principio de contradicción.

Al respecto, estas comisiones unidas coinciden con la propuesta referida , toda vez que se considera procedente mitigar el cúmulo probatorio actual que el juez debe recibir del Ministerio Público para expedir una orden de aprehensión, de manera que los datos aportados establezcan la existencia del hecho previsto en la ley penal y la probable participación (en amplio sentido) del imputado en el hecho, y no ya la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado, que exige valorar las pruebas aportadas desde el inicio del proceso y no en el juicio, que es donde corresponde.

Al igual que en el caso del artículo 16 constitucional, en la nueva redacción del artículo 19 constitucional se prevé modificar el estándar probatorio para el libramiento del auto de vinculación a proceso. La razón de ello es fundamentalmente la misma que ya se expuso en su oportunidad al abordar el artículo 16. En este punto habría que agregar que el excesivo

estándar probatorio que hasta ahora se utiliza, genera el efecto de que en el plazo de término constitucional se realice un procedimiento que culmina con un auto que prácticamente es una sentencia condenatoria. Ello debilita el juicio, única fase en la que el imputado puede defenderse con efectivas garantías, y fortalece indebidamente el procedimiento unilateral de levantamiento de elementos probatorios realizado por el Ministerio Público en la investigación, el cual todavía no ha sido sometido al control del contradictorio. La calidad de la información aportada por el Ministerio Público viene asegurada por el control horizontal que ejerce la defensa en el juicio, en tal sentido, no es adecuado que en el plazo de término constitucional se adelante el juicio. El objetivo de la medida es asegurar que en el juicio se defina efectivamente la sustancia de la causa penal y otorgar a la defensa el derecho efectivo de contradecir a la acusación...”.¹⁷⁷

Por lo que en fecha 18 de junio del dos mil ocho, se publicaron las reformas constitucionales para quedar de la siguiente manera:

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

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

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta

¹⁷⁷ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública, y de Estudios Legislativos, Segunda; respecto a Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública.

responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

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.

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Ningún indiciado 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; este 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, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, 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 concluirla, 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.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las

víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

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 estos 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.

Artículo 19. *Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la

protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso 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 vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, 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.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación 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 investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Todo mal tratamiento 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... ”¹⁷⁸

Bajo el siguiente tenor, se atiende como fueron configurados los dispositivos concernientes a las garantías inmersas del apartado de la aprehensión y la nueva vinculación a proceso, de una garantía de seguridad y legalidad inmersas en el hipotético constitucionales 16 y 19.

Donde la sustancia de las ordenes inmersas del órgano jurisdiccional, van en una constatación de un régimen plausible de probable y solo probable presunción, que deja al descubierto la necesidad del constituyente de salvaguardar la corrupción o en el mejor de los casos, la incompetencia, de los encargados de la procuración e impartición de justicia, siendo efectivamente brazos articulantes de creencia jurídica, faltante en todos los aspectos, de anuencia técnica e investigadora.

En otras palabras constituyen de una forma eufemística, el supuesto acceso de un sistema de corte garantista, con un supuesto pleno respeto a los derechos humanos, dando una forma distorsionante de la principios constitucionales.

Como lo es la seguridad y legalidad, al poner de relieve como, imperan de todas formas, llevar al proceso penal, cualquier tipo de conducta, con todas las implicaciones que esto conlleva, haciendo la nostálgica creencia de la presunción de inocencia y por supuesto un proceso acusatorio y de contradicción.

Pero, realmente ¿esa es la solución?, o tratan solamente de apaciguar, una opinión pública, que ha impuesto la responsabilidad y deterioro de nuestro actual sistema de procuración e impartición de justicia.

¹⁷⁸ DECRETO por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, miércoles 18 de junio de 2008.

¿Cuál es el enfoque que realmente necesitan rescatar nuestros legisladores?, cuestionamientos, que serán prorrateados o perfeccionados, en un plazo de ocho años, los cuales, veremos el proyecto transformado en realidad.

Bajo este tenor, el ámbito de real modificación se constituye en un régimen probatorio y de acreditación en la solicitud de captura y de ahora vinculación a proceso, en el que es de menester, concretizar el nivel de comprobación que debe de existir para la pretensión buscada.

En el que se rescata un supuesto justo medio, del indiciado, de no verse repercutido en actos de molestia, que lógico es tener una fundada preocupación a que ningún individuo, sea impuesto de una investigación y una posible privación de su libertad.

Pero atemperan este mal necesario, con la anuencia que, se verá disminuida y en respeto a sus garantías, si la investigación es realizada ante el órgano jurisdiccional.

Es decir, saben y puntualizan que existe la necesidad de proteger el respeto a un gravísimo acto de molestia, como lo es la privación a la libertad, pero de una forma de rebuscada y justificante, señalan que la mejor manera de salvaguardar los derechos más básicos de molestia, es traspasando ese acto de molestia.

Ya que la comprobación anteriormente requerida de la investigación ministerial, es flexibilizada, para que puedas conducir, realmente una garantía de defensa y de legalidad, ante el órgano jurisdiccional, ya vulnerada la mínima legalidad, que se ha visto embargado el ya tan mencionado acto de molestia.

Por lo que, dicha reforma estima conveniente, racionalizar la exigencia probatoria ha simples datos, que se ha cometido un hecho y de esto, pueda ejercer

plenamente su derecho a la defensa en un proceso penal respetuoso de todos los principios del sistema acusatorio.

Empero ¿qué datos son necesarios?, ¿habrá datos más importante que otros?, respuesta que ha sido reservada para una legislación secundaria que contemple, la información que es necesario contener para una orden de aprehensión y vinculación al proceso.

Y de igual forma, refieren los legisladores, que dicha fórmula vierte lo infalible de su configuración, al atrapar todos las aristas necesarias, para el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y adversarial, en total equilibrio de las partes y los derechos del inculpado, ya que ahora sí, se puede confiar en nuestros impartidores de justicia, de una resolución completamente apegada a legalidad y de contemplación de principios más básicos, que como lo dicen los constituyentes, *“desalentarán a quienes se sientan tentados de ello”*, ya que inclusive *“sería contraproducente para el Ministerio Público solicitar la orden de aprehensión sin tener altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio”*, por lo cual, no pueden arriesgarse la representación social, de realizar una acción de remisión, por que la autoridad judicial, será implacable con esto.

Lo cual, claro es que vierte en una falacia argumentativa y justificante, porque en primer lugar los, principio por los cuales ahora sí, el órgano jurisdiccional haría imposible una orden de aprehensión o vinculación a proceso injusta, se fundamentan en la *“presunción de inocencia, el de carga de la prueba y el de exclusión de prueba ilícitamente obtenida”*, principios que no son nada nuevos, ni novedosos, pues ya existían en nuestro sistema de justicia penal recogido en artículos constitucionales como el 21, 102 y por supuesto de pactos internacionales, debidamente firmados y ratificados de forma positiva, como lo es el Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, en su artículo 8 y el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos en su numeral 14, en los que son claros sobre el tema de presunción de inocencia y por supuesto la carga probatoria.

Por lo que ¿cuál sería otro motivo?, para creer que el Órgano ministerial, no se viera tentado a solicitar una orden de captura y de vinculación a proceso, cuando no tiene los datos suficientes para llegar a una no solo plena culpabilidad, sino al extremo de acreditar que ha sucedido un delito.

En suma, el Ministerio público va a consignar todo, sea o no delito y el juzgador va de igual forma, vincular todo, sea o no delito, y que la opinión pública y estadísticas, se vean satisfechas, de ahora sí, cumplir con un estado que no da pauta a la corrupción e insuficiencia técnica y científica de los que procuran la justicia y administran esta.

3) REFORMAS PROCESALES RESPECTO CUERPO DEL DELITO.

3.1 LAS REFORMAS ADJETIVAS DEL CUERPO DEL DELITO EN NUESTRO PAÍS.

En el transcurso de las legislaciones que han sido imperativas en nuestro actual sistema de justicia penal, se ha visto inmerso de las por supuestos códigos o leyes de naturaleza adjetiva, que importan las reglas de consecución procesal o procedimental de un derecho sustantivo y perene, que en consecuencia ha puesto en relieve las reformas, derogaciones y abrogaciones de los multicitados instrumentos normativos.

Bajo este tenor, las leyes secundarias, se implementan de una subsunción de una norma cúspide, como lo es la Carta Federal de protección garantista a los derechos humanos, y de naturaleza orgánica a un estado de derecho democrata social.

Por lo cual, los normativos procesales deben de verse inmersos en un postulado concurrente congruente con los básicos constitucionales, que den pauta a una protección de los derecho más fundamentales y a una protección de los subjetivos emanados de la fuente estructural del ordenamiento mexicano.

En atención a esto, los códigos adjetivos punitivos que han regido los lineamientos secuenciales de nuestro estado, también han sido participe de la ya tan revolucionaria discusión sobre los postulados de captura y de encausamiento, haciendo la discusión sobre el tema, que se maneje cual ha sido, es y será los basamentos teóricos, dogmaticos y positivos de consecución para un impositivo sancionador.

De lo cual hemos de recordar, que la preocupación (lógica), de cuáles son los requisitos indispensables *sine cuan non*, para un acto de molestia tan relevante como lo puede ser la aprehensión y una instrucción penal, con todos las consecuencias que atrae, como lo es una estigma social y desde luego la privación de la libertad, no son consideraciones simples y de un escrutinio sencillo, pues parten de una sistemática, que debe no solo de aplicarse, sino de interpretarse, entenderse y razonarse.

Así bien es requerible, hacer una acepción histórica y postuladora de lo que ha sido el atino del sistema mexicano procesal para un hipotético de captura y de procesamiento.

La Real Tribunal de la Acordada del año de 1776 creó unas reglas dirigidas a los tenientes comisarios para instruirlos en la comprobación de lo que actualmente conocemos como cuerpo del delito, principalmente tratándose del homicidio, las lesiones, el robo y de la violación.

En el homicidio se requería el reconocimiento del juez la certificación especificando el sitio y la postura que tenía el cadáver, las heridas o golpes que le notare, expresando su número y tamaño y el instrumento que produjeron la muerte del susodicho. Se debía describir en su caso, el instrumento con el que se cometió el delito y el juez podía llamar un cirujano, o a falta de este un barbero o curandero inteligente para verificar si las heridas o golpes habían sido. En similares circunstancias se precedía respecto de lesiones, requiriendo el reconocimiento y constancia del cuerpo herido, toando declaración del hecho al herido, expresando el perito con claridad si las heridas deben de considerarse, en caso como mortales.¹⁷⁹

¹⁷⁹ HERNANDEZ MARTINEZ, Roberto. Desarrollo histórico del concepto cuerpo del delito. Anales de jurisprudencia. Año 3. No. 210. México, 1992. P. 266.

El robo se acreditaba con el testimonio de quienes les consta la existencia de las cosas y su falta posterior, pues sobre este fundamento podía seguramente averiguarse quien era el ladrón.

Otros de los delito era el de violación que se conocía como “*delito de forzar mujer virgen; por lo común, a la fuerza a ocultas, es difícil justificarla con testigos, no obstante, siempre han de examinarse los que puedan dar razón de ella, y por demás, era su constancia, se ha de hacer, que una, o dos matronas o inteligentes, reconozcan a la mujer forzada y declaren si, según su inteligencia está o no violada; que en caso necesario, la reconozca, y declare también un cirujano; y por ultimo, que se caree la misma mujer con el reo asentando con toda individualidad, si en su cara se mantiene en lo mismo, si él lo niega y las razones y señas de convencimiento que el uno al otro arguya*”.¹⁸⁰

Con posteridad a la independencia, rigieron los derechos e instrumentos procesales propios a la Colonia, esto ya que la legislación penal mexicana era casi nula y solo hasta una verdadera consolidación de índole político, era como surgiría la adopción de un sistema más actual a las forma de gobierno y una tendencia punitiva que se creara de idiosincrasia nacional, como paso hasta después de la Constitución de 1857, así, el Estado de Veracruz fue el primero que puso en vigor códigos en materia civil, penal y de procedimientos el 5 de mayo de 1869.

Consolidada la independencia se expidió el 15 de junio de 1869, la Ley de Jurados en Materia Criminal, para el Distrito Federal. En esta se estableció la creación de tres promotores fiscales quienes tenían el deber de promover todo lo conducente a la averiguación de la verdad en los procesos criminales.

¹⁸⁰ Ibidem, P. 267.

El 4 de febrero de 1871, se nombro una comisión para la redacción del Código de Procedimientos en materia Criminal, en congruencia con el Código Penal previamente elaborado.¹⁸¹

Después de múltiples revisiones y ya bajo la presidencia de Porfirio Díaz el 26 de octubre de 1880, se promulgó el Primer Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, en el que se precisaron las normas aplicables a los encausamientos de índole penal.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880 mismo que no precisó el contenido de cuerpo del delito, sin embargo, estableció en varios artículos las reglas para su comprobación en su Capítulo IV, llamado de la comprobación del cuerpo del delito, en los artículos 121 y 157, señalando también el derecho de defensa, la inviolabilidad del domicilio, la libertad bajo caución, etc.¹⁸²

Este consagraba la comprobación de la existencia de un hecho u omisión que la ley reputa delito, como la base del procedimiento, según se desprende de los artículos 121 y 157 del citado ordenamiento legal.

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

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

¹⁸¹ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, Óp. Cit., P. 83.

¹⁸² AVILA NEGRON Santiago, Óp. Cit., P. 202.

Durante junio de 1981 se reformo la anterior legislación adjetiva en donde se especifican las atribuciones de Ministerio Público y estableciendo en lo que interesa, en sus numerales 121 y 122 lo siguiente:

Artículo 121. La base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho o la de una omisión que la ley reputa delito; si ella no puede haber procedimiento ulterior

Artículo 122. Todo juez que adquiriera conocimiento de que se ha cometido un delito, si el objeto material sobre el cual ha sido cometido existe, deberá hacer extender una acta en que se describan minuciosamente los caracteres y señales que presenten la lesión, o los vestigios que el delito haya dejado, el instrumento o medio que probable o necesariamente haya debido cometerse, y la manera en que se haya hecho uso del instrumento o medio para la ejecución del delito. El objeto sobre que este haya recaído, se describirá de modo que queden determinadas su situación y cuantas circunstancias puedan contribuir a indagar el origen del delito, así como es de gravedad los accidentes que lo hayan acompañado. Esta acta se llama de descripción.

El código de procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales del 6 de junio de 1894, derogó el anterior y sustituyo el numeral 121 anteriormente transcrito al cambiar la redacción y establecer lo conducente, que deben practicarse las diligencias tendientes a comprobar el cuerpo del delito, **teniendo siempre implícita la presunción de dolo** y continuando en términos generales con la regulación precedente. Se crea una regla de comprobación general para todos los delitos, señalando que cuando no se tenga prueba especial, se justificarán comprobando los elementos que lo constituyen, contenido esto en el artículo 104 del código de procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales que justificaba el cuerpo del delito.

Por su parte el artículo 83 señalaba que cuando el objeto, materia del delito exista, se describirá minuciosamente expresando con toda claridad los caracteres, señales o vestigios que el delito haya dejado, el instrumento o medio con que probable o necesariamente haya podido cometerse y la manera como aparezca que se ha hecho uso de ese medio o instrumento.

El código Penal de 1871, en su artículo 9, indicaba: siempre que aun acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito.

Es decir para comprobar el cuerpo de un delito concreto, afirma Franco Sodi, “quería la ley adjetiva de fines del siglo pasado que se comprobaran todos los elementos que lo constituían, materiales o inmateriales, puesto que al citar el artículo 9 del Código de 71, estaba indicando claramente que debían comprobarse, para estimar acreditado el cuerpo del delito, no solo los elementos materiales, sino también el inmaterial dolo, en los casos en que la ley exigía expresamente su comprobación.”¹⁸³

El Código Federal de procedimientos penales de promulgación el 16 de diciembre de 1908 y comenzó a regir el 5 de febrero de 1909, se conservó la implicación de apreciar como base del procedimiento penal “el hecho u omisión que la ley reputa como delito”, agregando que una vez “que estén justificados los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo defiende la ley penal, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito”, de acuerdo al numeral 107 del citado ordenamiento.

¹⁸³ Franco Sodi, Carlos. El procedimiento penal mexicano, editorial talleres gráficos de la penitenciaria del Distrito Federal, México 1937, P. 241

Posteriormente el 15 de diciembre de 1929 se expidió un nuevo Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dio preferencia a las reglas especiales de comprobación estableciendo en su artículo 263 que todos los delitos que por ese Código no tuvieran señalada una prueba especial, constitutivos, según la definición que de ellos haga el Código Penal.

De lo cual es claro como el cuerpo del delito, en su aspecto procesal sustancial, es ya estructurado como una esencia del tipo, no porque tendencias o teorías (casualistas o finalistas) lo hayan importado, sino por cuestiones estrictamente lógicas, de lo que se busca y permite para llevar un encausamiento penal.

El código de procedimientos penales del distrito federal y Territorios Federales de 1931, recogieron el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al determinar que el cuerpo del delito está constituido por los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso conforme a la ley.¹⁸⁴

Los cuales en sus artículos 94 y 122 señalan:

Artículo 94. Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta que levante, recogiéndolos si fuere posible;

Artículo 122. El cuerpo del delito que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.¹⁸⁵

Por lo que de estos numerales enunciados Rafael de Pina comenta al respecto que “se desprende el concepto legal de cuerpo del delito, que lo

¹⁸⁴ BERMUDEZ MOLINA, Estuario Mario. Del cuerpo del delito a los elementos del tipo, Editorial Procuraduría General de la República, México 1996, P. 21.

¹⁸⁵ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales.

configura como los vestigios o pruebas materiales de la infracción penal; los tratadistas no ha llegado a elaborar un concepto del cuerpo del delito que haya sido generalmente aceptado. Existe, por el contrario, una gran variedad de pareceres en torno a lo que debe entenderse por cuerpo del delito, por lo que se dice que es el resultado del delito, los instrumentos que sirvieron para realizarlo, más su objeto material, el conjunto de sus elementos materiales, todo lo que acusa la existencia del delito, las huellas o rastro del delito.¹⁸⁶

El código antes apuntado expresaba en el artículo 297 como requisito para dictar la formal prisión **la comprobación de sus elementos**.

Ya el 23 de agosto de 1934 se promulgó un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales con múltiples mejoras en materia probatoria y mayor orden sistemático, producto de una Comisión presidida por el Procurador General de la República, Emilio Portes Gil. En la exposición de motivos se dice que sirvió de base para la redacción al sistema acusatorio y no el inquisitivo, en atención a que aquél es el que está consagrado por el artículo 21 de la Constitución. Este ordenamiento siguió en gran medida el concepto del Código Distrital, estableciendo: *“el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal”*.¹⁸⁷

Por lo que bajo este tenor Rivera Silva se pronuncio y puntualizo que *“lo expresado por la ley ha permitido que algunos autores creen que para la comprobación del cuerpo del delito no se necesita demostrar la existencia de elementos subjetivos, valorativos, de relación, etc., sino únicamente los que se perciban por los sentidos. Esta interpretación es falsa, pues por*

¹⁸⁶ DE PINA, Rafael. Código de procedimientos penales para el Distrito y Territorios Federales. Anotado. Editorial Herrero. México, 1961. P. 61.

¹⁸⁷ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando, Óp. Cit., P. 88.

materiales debe de entenderse todo lo que es materia de la definición del delito. Si únicamente se comprobaran los elementos materiales, se llegaría en algunas ocasiones a la absurda posición de apreciar a sujetos por actos completamente lícitos además de que en otras, no se podría precisar el delito por el cual se va a seguir proceso, en virtud de que los elementos materiales de varios delitos son idénticos, como sucede en el homicidio y en el parricidio.

Ahora bien acudir al concepto de tipo para precisar el concepto cuerpo del delito no es visible una solución al problema, en la medida en que ello trascendiere al ámbito procesal, todos los debates que al respecto se han desarrollado en la dogmática penal. Hace hincapié en que la polémica se reduce ante quienes piensan que es suficiente la prueba de la parte externa de la acción que puede captarse por los sentidos, y quienes por el contrario, estiman que es necesario acreditar los elementos normativos y subjetivos del tipo, además de una tercera posición que considera que debe de demostrarse en todo delito intencional que el autor obró con dolo.¹⁸⁸

Este ordenamiento legal precitado, en su artículo 161, señalaba como requisito para dictar un auto de formal prisión y en lo conducente, que esté comprobada la existencia del cuerpo de un delito que merezca pena corporal.

Posteriormente, en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se determinó que el cuerpo del delito era la base del procedimiento penal, y se volvió a definir alejándose de la idea preponderantemente objetiva, pues por

¹⁸⁸ RIVERA SILVA, Manuel. Óp. Cit., P.165.

reforma de fecha 27 de diciembre de 1983 publicada en el Diario Oficial de la Federación, se estableció en el segundo párrafo de dicho numeral que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando **se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, abarcando tanto el aspecto objetivo del tipo, como los normativos y subjetivos.**

El Código Federal de Procedimientos Penales por reforma de fecha 19 de noviembre de 1986 publicado en el Diario Oficial de la Federación modificó el primer párrafo del 168, dejó intocado el segundo párrafo que se refería al concepto del *corpus delicti* y agregó en tercer párrafo con relación a la probable responsabilidad quedando de la siguiente forma:

*Artículo 168. El Ministerio Público, con la intervención legal de sus auxiliares, la policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procura ante todo que se **compruebe el cuerpo del delito** y la presunta responsabilidad del inculpado como base.*

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

Esto atiende a una verdadera sistemática doctrinal de lo llamado cuerpo del delito, del que parte ya no de un concepto plurívoco, abstracto, engañoso o confuso, sino de un entendimiento evolutivo del concepto base de requisito procesal y de captura, y como ya lo dije con antelación, sin partir de cuestiones propias de una teoría o dogma del momento, sino del simple raciocinio de necesidad garantista.

Autores como Díaz de León decía que “si como elementos del cuerpo del delito se incluyera, a la manea de los finalistas en el tipo, el dolo, la culpa y aunque la antijuricidad, se llegaría a la aberración procesal de que la consignación o el auto de formal prisión equivalieran a una sentencia definitiva y el cuerpo del delito al delito, pues, comprobados todos estos elementos, por el órgano persecutor durante la averiguación previa o por el juez durante la pre-instrucción, prácticamente se convertiría al órgano jurisdiccional casi como observador en el resto del proceso, al cual solo correspondería fijar el quantum de la pena en base al reproche y a la peligrosidad del autor del cuerpo del delito; esto es, constitucional procesalmente hablando, el cuerpo del delito únicamente es prueba de la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo defina la ley penal, significando ello, primero, al hablar de conducta, que el proceso tiene por objeto acciones humanas contempladas de un hecho típico de un mínimo de elementos establecientes de su relevancia jurídico-penal; en este sentido, pues, cuerpo del delito es de alguna manera también descripción de la conducta prohibida por un determinado y específico tipo penal (aspecto subjetivo), que desde luego no todos los tipos lo contienen. En segundo lugar, en esta definición se hace referencia, además del aspecto subjetivo, a los elementos integrantes del hecho delictuoso (aspecto objetivo), representados, normalmente, por la consecuencia resultante como producto de la acción.¹⁸⁹

Por reformas publicadas el 10 de enero de 1994 se modificaron tanto el Código federal como el distrital en sus numerales 168 y 122 respectivamente, sustituyendo el vocablo cuerpo del delito por **elementos del tipo**, como base del ejercicio de la acción, y a su vez la autoridad judicial examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

¹⁸⁹ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales Comentado, Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1991. P. 158.

1. la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.

2. la forma de intervención de los sujetos activos.

3. la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

De igual forma, se acreditará si el tipo lo requiere:

- Las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- El resultado y su atribución a la acción u omisión;
- El objeto material;
- Los medios utilizados;
- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- Los elementos normativos;
- Los elementos subjetivos específicos, y
- Las demás circunstancias que la ley prevea.

Por su parte el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal reformado en 1999 a partir de las reformas constitucionales del mismo año, señala:

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

*El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite **el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito; en los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como***

elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito”.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado por publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de mayo de 1999, modificó nuevamente su texto respecto a lo que debemos entender por cuerpo del delito, rescató nuevos elementos, como son los normativos y deja de lado la consideración anterior de que solo se tomaban en cuenta los elementos materiales para quedar de la siguiente forma:

“El ministerio Público acreditara el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial a su vez examinara si ambos requisitos esta acreditados en autos.

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

Aquí vemos la disparidad entre lo que es el cuerpo del delito en la legislación federal con la de fuero común, la cual a palabras del maestro Carlos Barragán Salvatierra, es más completa la primera.¹⁹⁰

A su vez la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 28 de enero del 2005, publica en la Gaceta Oficial el decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código De Procedimientos Penales Para El Distrito Federal, que en su artículo único señalan:

¹⁹⁰ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos. Óp. Cit. P. 367.

Se REFORMAN: los artículos 36 ; **122, párrafos segundo y cuarto:** 308 ; 309: 311 ; 317 : 318 ; 322; 329 ; 389 al 403 ; 425, primer párrafo ; y 549 ; se CAMBIA LA DENOMINACIÓN del Capítulo IV del Título Tercero; se ADICIONAN : los artículos 36, con párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto ; 309, con un párrafo segundo ; 320, con un tercer párrafo ; y 434 bis ; y se DEROGA: **el artículo 122, párrafo tercero ; para quedar como sigue :**

Artículo 122. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

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

Por lo que de esta manera quedo eliminada la definición del cuerpo del delito como los elementos objetivos y normativos del tipo penal por “los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal” y con ello se hace más intensa la discusión.

I) CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Ya una vez expuesto la directriz que torno los principales sistemas adjetivos de la legislación mexicana, sobre todo lo conducente a los ordenamientos de los cuales se ha visto inerte una discusión más airada, en atención a la aplicación que nos constriñe, como lo es el Código Federal de Procedimientos Penales y el

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en la cual fueron de un origen único y llevados por una senda de similitud estrecha, pero que en últimas épocas han variado, de forma contundente sobre aspectos de una personalidad propia al federal y distrital.

Ahora hay que hacer un pronunciamiento de lo que encierra las reformas últimas de aspecto puntual, que sea posible la comprensión de lo que ha derivado en las nuevas formas procesales y sobre todo lo que vendrá en atención del llamado nuevo sistema de justicia penal, de índole acusatorio y supuestamente protector de las garantías más básicas.

Por lo cual partimos del punto de entronque en el cual se hizo público la discusión teórica, dogmática y sobre todo política, de lo que han puesto en relieve sobre el cuerpo del delito, elementos del tipo, tipo y datos de la existencia del hecho, como lo es las numerosas reformas constitucionales de los numerales 16 y 19.

Al respecto vemos de forma primaria como con la adopción del cambio constitucional, se afectó el concepto tradicional del cuerpo del delito, tan arraigado en la legislación, teórica y práctica debiendo puntualizarse que los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, también fueron modificados en 1994, para equiparar los contenidos del tipo penal, señalando de forma detallada estos elementos que tanto el Ministerio Público, como el juez, a su tiempo, deberían acreditar para el dictado de las resoluciones que a cada uno competen legalmente.

De esto se aprecia como la Cámara de Diputados elaboró el respectivo dictamen por las Comisiones Unidas De Gobernación Y Puntos Constitucionales De Justicia de la citada cámara del que se destaca:

“...Resulta de gran importancia practica el contenido que la iniciativa le asigna al artículo 168, pues de manera muy clara señala cuales son los elementos que integran el tipo penal, así como la forma de determinar la probable responsabilidad.

Tanto doctrina como jurisprudencia en materia penal han tenido diversidad de criterio por lo que hace al concepto y a los elementos del cuerpo del delito y no obstante que en la publicación en el diario oficial de la federación del 27 de diciembre de 1983, fue reformado el párrafo segundo del artículo 168 del código federal de procedimientos penales así como el 122 del código de procedimientos penales para el distrito federal, con lo que se estableció que el cuerpo del delito se integra de los elementos del tipo penal, el probable no se aclaró mucho sobre todo para quienes aplican la ley, pues cada quien ha tenido un criterio distinto respecto de lo que es el tipo penal y de lo que son sus elementos, porque la ley no lo precisa. De ahí la importancia del nuevo contenido del artículo 168, que sirve para orientar al fiscal y a la autoridad judicial, ya sea para los efectos del ejercicio de la acción penal o bien para la orden de aprehensión o los autos de formal prisión y de sujeción a proceso. Del listado de elementos típicos destaca, por una parte, los que son constantes en todo tipo penal y, consecuentemente, que en todos los casos serán analizados, como son los señalados en las tres fracciones del párrafo primero; mientras que en el segundo párrafo se señalan aquellos que se irán analizando según lo requiera el tipo en particular. La regulación que se propone, además de establecer mayores exigencias a los órganos del Estado, proporciona sin duda mayor seguridad jurídica...”¹⁹¹

Por su parte la Cámara de Senadores soporta sobre las reformas que deben de cohabitar de forma secundarias con las reformas constitucionales creadas, en donde se expuso:

¹⁹¹ Diario de los debates de la cámara de diputados, año III numero 26, sesión del 20 de diciembre de 1993, pág. 3483.

La puntual aplicación de las nuevas disposiciones sustantivas requiere de un adecuado tratamiento de las mismas en los códigos adjetivos. De ahí la importancia de la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Mas allá de las adecuaciones terminológicas “elementos del tipo penal”, por “cuerpo del delito”, o dolo y culpa por intención e imprudencia la reforma en materia procesal implica importantes adecuaciones en materia de competencia, habida cuenta la conexidad de los delitos y las razones de seguridad que han sido analizadas previamente; las reformas en materia de averiguación previa, las cuales incluyen y determinan con precisión las funciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial; las reformas en materia de instrucción, la cuestión de fondo relativa a los elementos del tipo cuya probable responsabilidad; el aseguramiento de bienes; el aseguramiento del inculgado; la regulación mas precisa en materia de prueba, sobreseimiento y recurso de impugnación”.¹⁹²

Estas reformas procesales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de enero de 1994, advirtiendo al respecto que obedecieron a la necesidad de adecuar la normatividad secundaria a la Constitución, por una parte, y a fijar con claridad cuales debían considerarse como elementos esenciales y cuales como eventuales o accidentales del tipo penal, ello habida consideración de las distintas concepciones doctrinales existentes sobre el punto y de una vez para poner punto final a las disquisiciones acerca de si el tipo debía estructurarse solo con elementos materiales, objetivos, de carácter descriptivo o bien si en su composición también deberían quedar incluidos los elementos subjetivos, como lo es el dolo y la culpa y los normativos cuando el tipo los reclamare.

En los citados artículos 122 del Código de Procedimientos Penales distrital y 168 del Federal, quedo señalado acerca de los elementos integrantes, los cuales

¹⁹² Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios legislativos de la Cámara de Senadores, p. XLI.

unos eran de observación o acreditación necesaria o esencial y otros de forma eventuales o los que fueren necesarios siempre cuando el tipo legal a estudio los estimase.

Por lo cual, se hacia un distinguo sobre los elementos inspeccionados, que apetece sobre requisitos, o superlativos en calidad sino como elementos que eran parte común de todos cada uno de los tipos del englobe sistémico punitivo mexicano.

Ya que su observancia como elementos del tipo eran requeridos de forma completa por todos los abstractos penales, de lo cual el Órgano Investigador, tenía que cumplimentarlos y acreditarlos de forma fehaciente.

Existían otros elementos que no son de menor validez u observancia que los anteriores, son de igual situación comprobatoria, solo que existen alguno tipos que no los contempla y que es de forma ilógica la imperatividad de acreditar algo inexistente, pero que no lo era y no lo es para algunos, que siguen realizando ejercicios mentales de altísima energía, para poder forzosamente, configurar estos elementos eventuales y solidarios en solo algunos normativos.

De esta forma, el artículo 168 y 122 del Código Federal de Procedimientos penales y distrital respectivamente y que en redacción se situaba de la misma manera señalaban:

*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 delictuosos, según lo determina la ley penal.** Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este código.*

Aunado a esto con las reformas publicadas en fecha 10 de enero de 1994, el artículo 168 y 122 del Código Federal de Procedimientos penales y distrital respectivamente, que igualmente comparten la misma redacción señalaban:

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

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

Asimismo, se acreditarían, si el tipo lo requiere: las calidades del sujeto activo y del pasivo; el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; el objeto material; los medios utilizados; las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; los elementos normativos; los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley prevea.

De esto se colige como elementos esenciales:

- 1) La existencia de la correspondiente acción y omisión y la lesión o en su caso el peligro sufrido por el bien jurídico, lo que acrece sobre un movimiento voluntario vidente, activa u omisiva.

Moisés Moreno sinteriza cabalmente las ideas sobre este elemento típico, diferenciando la concepción que de la conducta tienen las corrientes doctrinarias, del modo siguiente: “para afirmar la existencia de la acción o de la omisión, es decir, de la conducta humana, habrá que analizar todo lo que le da contenido, ese contenido, que no está expresamente señalado en la ley, se determinará según el criterio teórico que sobre el concepto de acción se adopte; es decir, dependerá del

concepto de acción que se maneje, que puede ser el concepto causal o el final de la acción.

Conforme al primero resaltarán la corporalidad y la voluntariedad como componentes, pero en él la voluntad solo es tomada en su aspecto externo como manifestación de la voluntad, es decir, en su función de factor causal, desprovisto del contenido de la voluntad; de ahí que se diga que, según esa concepción, la acción no es más que un mero proceso causal ciego, carente de sentido.

De acuerdo al segundo, en cambio, aparte de los componentes externos, también es integrante esencial de la acción el contenido de la voluntad, es decir, la finalidad; por lo que, según esto, la voluntad no se reduce a ser un simple factor causal, desencadenante del proceso corporal, sino un hecho de dirección, y la acción ya no es un mero proceso causal ciego, sino un proceso vidente, de sentido”.

Concluye, expresando que resulta por ello “conveniente precisar el concepto de acción a seguir, porque de él se derivan consecuencias importantes para el contenido que corresponde a los diversos elementos del delito (sobre todo para el concepto y estructura del tipo penal y de la culpabilidad) y para el tratamiento de otros problemas (como el del error, de la tentativa, autoría y participación, entre otros) siendo el concepto final de acción el que aquí seguimos, tanto por ser el concepto que más se ajusta a la concepción del hombre (que es el destinatario de la norma) como un ser libre y capaz y como un fin en sí mismo, cuanto por tratarse del concepto que responde mejor a los nuevos contenidos que ahora manejan la ley sustantiva y la procesal, sobre todo por lo que hace a los elementos del tipo penal y de la culpabilidad...”¹⁹³

¹⁹³ MORENO HERNANDEZ, Moisés. Política Criminal y Reforma Penal, Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXIV, Número 1, Enero-Abril, Porrúa, México, 1998, Página 193.

2. La forma de intervención de los sujetos. Aplicándose una teoría de la autoría y participación, y conforme los artículos 13 Código Penal Federal, 22 del Código Penal para el Distrito Federal en donde se establecen la diferenciación que doctrinalmente se hace entre los autores materiales, intelectuales y coautores (autoría) y los autores mediatos, cómplices, instigadores y encubridores (participación), al expresar:

“son autores o partícipes del delito:

Los que acuerden o preparen su realización;

Los que lo realicen por sí;

Los que lo realicen conjuntamente;

Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito;

Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

3. La realización dolosa o culposa de la conducta, que hace referencia el elemento subjetivo del tipo; a la forma que en cada caso adopte la culpabilidad.

De todo esto el Ministerio Público debía de acreditar fehacientemente estos tres elementos, los cuales serían necesarios para todos los hipotéticos penales, que no podían soslayar de forma alguna sobre la elusión de probar.

A su vez vía Jurisdiccional Federal, se estableció que al resolverse judicialmente sobre la orden de aprensión y los autos de formal procesamiento, debían acreditarse las circunstancias o modalidades atenuantes o agravantes. Como lo señala al respecto la tesis jurisprudencial que al rubro señala:

*Orden de aprehensión, deben precisarse las circunstancias agravantes o atenuantes del delito, de acuerdo con la reforma al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el diario oficial de la federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres.*¹⁹⁴

Entre los elementos eventuales, se señalaron:

A) Las calidades de los sujetos. Toda vez que hay algunos tipos que requieren alguna calidad específica en el sujeto activo o pasivo, para la configuración técnica jurídica del postulado a estudio, como lo señala el artículo 173 y 125 del Código Penal para el Distrito Federal, haciendo claro, la necesidad de incorporarlo a la investigación y acreditación cuando el tipo lo requiere, como lo es tratándose de servidores públicos o en el delito de retención o sustracción de menores en donde se figura sobre ascendiente, descendiente, cónyuge o pariente colateral, o los homicidio en razón de parentesco, el cual requiere que para la integración contemplen una relación ascendente o descendente, consanguíneo en línea recta.

B) El resultado y su atribuibilidad a la conducta. Este requisito precisa de la asunción del nexo que une al sujeto con su acto.

C) El objeto material. Que es sobre quien recayó la conducta delictiva, pudiendo ser una persona o cosa

D) Los medios de comisión. Donde algunos tipos exigen que el resultado se hay impuesto en calidad de algún medio u instrumento como lo es la violencia física o moral, engaño etc.

¹⁹⁴ Fuente: semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: VII, abril de 1998, Tesis: 1ª./18/98, Pág. 155.

E) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. Esto es respecto de algunos abstractos, cuando requieren que sean realizados en cierto lugar o tiempo, o con motivo de alguna ocasión o modo concreto.

F) Los elementos normativos. Aquellos tipos penales respecto de los cuales resulta indispensable una valoración del juez de índole jurídica o cultural.

G) Los elementos subjetivos específicos, acerca de los tipos que requieren cierto dolo especial, distinto del dolo, como los ánimos, intenciones, propósitos y que sin ellos no solo se distraería la atención sobre un determinado hecho, sino inclusive se colman de atípicos.

H) Las demás circunstancias que la ley prevea.

Es decir, contemplan como los tipos al ser unitarios y complejos requieren ciertos elementos de acreditación, que permitan la real y debida configuración de lo que esbozaría para la sujeción o formal procesamiento, así como la orden de captura, en donde podrían ser necesarios solamente los tres primarios básico, o verse envueltos en todos, como lo es los elementos de apreciación sensorial objetiva y materia, de apreciación cultural y jurídica, volitivos generales y específicos.

La jurisprudencia también modifico su aspecto jurídico por lo que hace al formal procesamiento, encerrando para ello también el estudio de las agravantes, calificativas o modificativas, concerniente y visible en la tesis jurisprudencial que al rubro señala:

Auto de formal prisión, la jurisprudencia cuyo rubro es auto de formal prisión, no deben incluirse las modificativas o calificativas del delito en el, quedo superada por la reforma del artículo 19 de la constitución política de los estados

unidos mexicanos, publicada en el Diario oficial de la federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres.¹⁹⁵

Como era de esperarse, comenzó a existir críticas sobre esto externando sobre la formalización, concurrente en el pliego de consignación o la solicitud para la orden de captura, que hacían imposible conllevar dicha solicitud a un perfeccionamiento factico y teórico por parte del Órgano Investigador, lo cual traducía en un incremento de impunidad, lo cual a la vista del sector social, era consecuente a la reforma constitucional y procesal existente.

Además ya satanizaban las reformas de basamento procesal, empeñándose a referir que eran atentatorias de una verdadera procuración e impartición de justicia, ya que supuestamente había confusión, de aquellos requisitos que imperaban en la constitución y en los códigos secundarios.

Haciendo visible la ineficacia técnica, con la extrema necesidad probatoria, así como el desconocimiento histórico procesal de la estructura de requerimiento procesal.

Pues ya el código procesal federal y distrital de 1984 aludían de manera categórica, a la demostración de todos los elementos del tipo y no solo a los objetivos o materiales, al señalar, “que el cuerpo del delito se tendrá pro comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal”.

De lo cual, estos elementos que hacían anunciados los artículos 168 y 122 de los códigos adjetivos, ya habían sido básicos para el encausamiento, asentando sobre su debida comprobación, como medio de garantía y seguridad jurídica.

¹⁹⁵ Tesis por contradicción numero 42/96, jurisprudencia 6/97, modificativa del criterio sustentado en la jurisprudencia por contradicción.

Así que el cambio loable y único que pudo ceñirse la reforma es sobre hacer un listado, de los elementos de integración y acreditación, distinguiendo entre los generales y eventuales, pero ya requeribles desde legislaciones anteriores.

Luego entonces, no existió una depuración procesal de fondo que hiciera consecuente la distracción técnica jurídica de la procuración e impartición de justicia, que arremetiera sobre un exacto cumplimiento a sus funciones, concretándose sobre la discusión del supuestamente nuevo concepto de elementos del tipo penal.

De esta forma solo limitaron y conceptualizaron de manera uniforme la anterior legislación de 1984, de la cual se esquematizaban ,cuales elementos, eran los que generantemente se admiten como elementos objetivos o materiales, cuales los subjetivos y finalmente, cuales los normativos del tipo penal, haciendo una cabal enumeración de ellos, para acabar con la confusión que antes de ello existía, con respecto a que se debía entender cuando la ley procesal penal hablaba de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal,

En base a las críticas expuestas, y como una visión complementaria a la nuevas reformas constitucionales, se vio dislocada la secuencia que expresaban aquellos lineamientos de configuración, abriendo paso nuevamente a la figura llamada cuerpo del delito, pero ahora de una forma abrasiva, aberrante e involutiva de lo que ya había formado fuerza dicho concepto.

Ya que mediante reformas publicadas en el diario oficial de la federación de fecha 8 de marzo de 1999, se reincorpora de nuevo en los artículos 16 y 19 del pacto federal, la categoría cuerpo del delito.

Dicho dictamen que condujo a la reforma, instruye al legislador secundario para que incorpore la citada categoría del corpus delicti en los códigos adjetivos penales, solo que entendido por ella malamente como “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituían la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente ‘por la ley penal’”, que es el supuestamente el concepto a rescatar e incorporar, argumentado que esa era la noción de cuerpo del delito prevaleciente antes de 1993, en que se introdujo la categoría elementos integrantes del tipo penal del delito de que se trate.

Esta reforma francamente responde al menoscabo subjetivo que fue imperativa en la serie de debates en torno a la reforma constitucional, la cual provino de iniciativas del ejecutivo de fecha 1997, las cuales solo asemejan la política demagógica que alientan las discusiones constitucionales, del cual e inclusive mostraban como una presunta comprobación de los elementos objetivos, lo cual, obviamente no parte de un sistema causalista, finalista ni funcionalista, sino de una política criminal, aberrante, populista y demagógica.

Configuraron el supuesto cuerpo del delito, nuevamente en la constitución y en las respectivas leyes procesales, como el conjunto de elementos materiales u objetivos de la infracción penal.

Concepto ya superado, pero en vituperio no solo a las formas más básicas de respeto hacia la legalidad, sino inclusive a la memoria, hicieron valer que ese era el concepto recuperado, real y aceptado por toda la doctrina, teoría y sistema, por lo que es el concepto añadir en nuestra legislación mexicana, y que solo este haría posible la integración de los llamados brazos articulantes en procuración e impartición de justicia, no dejando duda sobre el ahora sí, nuevos sistema de justicia.

Por lo que el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos penales, cuya reforma apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de mayo de 1999 señala:

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

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

Pero a su vez, y siguiendo un verdadero sentido de armonioso criterio punitivo y garantista, la legislatura distrital reforma el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuyo cambio se publicó en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de mayo de 1999, establece:

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

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

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

El legislador secundario en el orden común, rescato el verdadero concepto de la figura instrumental de índole procesal y de características de legalidad, en aversión a la iniciativa constitucional, los debates y exposición de motivos, de las nuevas reformas constitucionales, haciendo imperar sobre el verdadero sentido que atrae el basamento estructural del cuerpo del delito, sensibilizando sobre un verdadero sistema legislativo de un sistema de derecho democrata social.

Por lo cual contemplo como aspecto normativo la integración del conjunto de elementos integrantes del tipo penal, o sea, los materiales u objetivos, pero de requeridos la figura típica, deberán probarse también los subjetivos y los normativos.

Contrastado el código federal, que solo cristaliza como integrantes del corpus delicti, al conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera, como si los elementos objetivos del tipo, encontraran la adversidad teórica con los elementos normativos.

Dejando a un lado los elementos subjetivos específicos, solamente refiriéndose a estos en su artículo 134, también reformado según publicación en el Diario oficial de la Federación de fecha 18 de mayo de 1999 manifestando:

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

No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público Federal podrá ejercer la acción penal en los

términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustarán a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente código.

Señalando como parte de comprobación aquéllos elementos de aspecto sensorial objetivos y los que requieren de una valoración cultural o jurídica según el caso, limitando a solo mencionar sin exigir la prueba de los elementos subjetivos del tipo penal, generando inseguridad jurídica por la merma de los derechos humanos del inculcado, eliminando aspectos teóricos, lógicos e históricamente necesarios.

Todo lo cual hacía ver sobre el retroceso, que dirigen de forma inclusive constitucional, hacia un supuesto flexibilización de requisitos, que no es otra cosa que la antesala de un derecho penal del enemigo que anuncia sobre el aseguramiento procesal, de cualquiera que se le impute un delito, sin colegirle sobre su participación, pero peor aún, sin demostrar que efectivamente existe un delito para el formal procesamiento.

Posterior a esto, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 28 de enero del 2005, publica en la Gaceta Oficial el decreto que reforma nuevamente el artículo 122 del Código De Procedimientos Penales Para El Distrito Federal, para quedar así:

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

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

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

En donde retoma el concepto de cuerpo del delito de la legislación de 1984, aplicando como bien lo es, el enunciativo de encuadramiento a un ámbito preliminar, los aspectos normativos y subjetivos que el tipo requiera, haciendo mayor énfasis, al concepto ya estudiado de cuerpo del delito, que escapa a un sistema doctrinal, causal, final o funcional, sino a una estructura normativa de aspecto ontológico de seguridad y legalidad jurídica.

Igualmente en fecha miércoles dieciocho de junio del 2008, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las nuevas reformas constitucionales respecto, los numerales 16 y 19 entre otros, volviendo a centrar la discusión nuevamente, sobre la figura cuerpo del delito, y su ahora modificación a lo llamado “datos sobre la existencia del hecho”, como requisito para la orden de aprehensión y la vinculación a proceso.

Sujetando dichos postulados, a una ley secundaria que haga factible la aplicación de estos nuevos criterios, correspondiendo a cada legislación la incorporación de estos dispositivos, para la concreción de las reformas constitucionales en un ámbito de aplicación.

Por lo cual, aún estamos en espera de dichas reformas adjetivas secundarias, que entrañen los conceptos a estudio, emanados de la carta federal, pero que al respecto ya han soslayado algunos sus criterios, de postular sobre dichas reformas procesales.

De las cuales se emprende de Iniciativa con Proyecto de Decreto que expide el Código Procesal Penal Federal, del Diputado Federal Integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional Cesar Camacho.

El cual en su exposición de motivos y en lo referente a las formas de aprehensión y detención del imputado, se esboza que:

Para el libramiento de órdenes de aprehensión se exigen los mismos extremos previstos en la reforma constitucional, incluido el nuevo estándar consistente en que obren datos que establezcan el hecho señalado por la ley como delito. Dado que ese estándar es el mismo que se establece para vincular el imputado a proceso.

Asimismo señala que este nuevo estándar para vincular a proceso es un concepto procesal y no de la teoría del delito. La expresión datos que establezcan la existencia del hecho viene a sustituir a la categoría de cuerpo del delito que, al decir del profesor Julio Maier, es uno de los remanentes más virulentos del modelo inquisitivo. La determinación sobre la existencia de esos datos se desprende no de la discusión dogmática sobre la existencia del delito, la cual tendrá lugar en el juicio propiamente dicho, sino en la presentación de indicios que permitan razonablemente suponer la existencia del hecho y la probable participación del imputado en el. Se trata de un juicio de probabilidad, no de existencia del hecho.

De lo cual deja mucho en descubierto, sobre el hacer creer falazmente que el cuerpo del delito, o simplemente los requisitos de existencia para el formal procesamiento, deben de ser presuntos o probable, lo cual obviamente parte mucho del ambiente que quiere crear en base a dichas reformas constitucionales.

Y que como parte integrante de cuerpo garante de seguridad pública, incorpora a su iniciativa, lo vituperante de lisos y llanos indicios que permitan razonablemente suponer la existencia del hecho.

Por lo cual en el artículo 242, 243 de su iniciativa para un Código Procesal Penal Federal es referente a la aprehensión, de lo cual dicha iniciativa señala que:

Artículo 242. A solicitud del Ministerio Público, con el fin de formular la imputación a aquellas personas cuya comparecencia pudiera verse demorada o dificultada, el juez podría ordenar la aprehensión del imputado para que sea conducido a su presencia, sin previa citación, cuando exista denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y la probable participación del imputado, de conformidad con lo previsto por el artículo 271 de este código.

Artículo 243. El Ministerio Público podrá solicitar el libramiento de una orden de aprehensión contra el imputado. Para tal efecto hará una relación de los hechos que le atribuya, sustentada en forma precisa en los registros correspondientes que exhibirá ante la autoridad judicial y expondrá las razones por las que considera que se actualizaron las exigencias señaladas en el artículo anterior.

Así como en lo tendiente a la llamada vinculación a proceso, que en sus artículos 264, 271 iniciativa para un Código Procesal Penal Federal, señalan:

Artículo 264. En la audiencia correspondiente, después de haber verificado el juez que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del proceso penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, ofrecerá la palabra al Ministerio Público para que este exponga al imputado el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador, salvo que este sea menor de edad, víctima de violación o de un secuestro y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección.

El Ministerio Público deberá justificar la solicitud de vinculación a proceso con datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito.

Artículo 271. El juez, a petición del Ministerio Público, decretará la vinculación del imputado a proceso siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- I. Que se haya formulado la imputación;*
- II. Que se haya dado al imputado oportunidad para declarar;*
- III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos que establezcan la existencia del hecho delictivo y la probable participación del imputado en el delito de que se trate. Se deberá precisar también el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución;*
- IV. No se encuentre demostrada una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de delito.*

Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Iniciativa con Proyecto de Decreto que expide el Código Procesal Penal Federal, Con fundamento en los artículos 71, fracción II; 72 y 73, fracción XXX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 55 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General.

Por su parte la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos, de una manera más congruente, de un sistema de derechos cívicos, en vista de principios más básicos como lo es de contradicción, legalidad y seguridad jurídica, hacen los abstractos de lo llamado Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, el cual en su artículo 186 respectivo a la orden de aprehensión señala:

Artículo 186. El juez a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar la aprehensión de una persona cuando:

- a) Se ha presentado denuncia o querrela de un hecho que el Código del estado señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participo en su comisión. **Se entenderá que existe un hecho delictivo, cuando los datos de prueba revelen razonablemente los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera;** y*
- b) Existan elementos suficientes para sostener, razonablemente, que su comparecencia pudiera verse demorada o dificultada.*

De igual forma en su extremo 300, en lo conducente sobre los requisitos para vincular a proceso al imputado de dicho Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, señala:

Artículo 300. El juez decretara la vinculación a proceso del imputado siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Que se haya formulado la imputación e informado de su derecho de declarar o abstenerse de hacerlo al imputado.*
- b) Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se establezcan datos de prueba que permitan establecer*

razonablemente la existencia de un hecho o hechos que las leyes del Estado califiquen como delito y la probabilidad de la autoría o participación en el hecho del imputado. Se entenderá que existe un hecho delictivo, cuando los datos de prueba revelen razonablemente los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera.

Por lo cual se abren criterios y se perfilan posturas, de lo que se debe de interpretar ahora por “datos sobre la existencia del hecho”, si debe de aplicarse de forma presunta o probable, si es un estudio de forma preliminar pero completa sobre el hecho de investigación, y dejar el proceso a la plena responsabilidad.

O simplemente comprendemos que cuerpo del delito, elementos del tipo o datos del hecho, son parte integrante de un sistema de garantías públicas de índole procesal, incorporadas a una ontología de legalidad, sustantiva adjetiva.

3.2 LEGISLACIÓN ADJETIVA VIGENTE

Como es bien sabido el sistema legal mexicano, consta de una República Federal, que ha sido inmersa de facultades, pero conservando cada entidad federativa conserva su autonomía y para muchos su soberanía, en el cual ya es redundante el concepto que es facultativo de la federación, lo estrictamente concretado para ellos.

Cada ente político, consta con un sistema propio legislativo, que cultiva sobre las reglas punitivas, procedimentales y procesales, sobre su núcleo de gobierno, haciendo participe, solamente por cuestiones de ley cúspide, la observación de la Constitución Política.

Necesaria de observación y de control, desarrollándola y protegiéndola, aún sus derecho legislativos, por lo cual, se ven inmersos en cada una de las reformas políticas al ordenamiento de la unión federal, simetrizando sobre su fuente y desenvolvimiento.

De lo cual, se observa como también la garantía de legalidad y seguridad jurídica, inmersa en una norma procesal, es de seguimiento eludible por parte de las legislaturas locales, haciendo postular sobre su inserción en sus distintos ordenamientos.

Pero al ser, el basamento de integración estructural para la captura o procesamiento, un instrumento de índole cambiante no solo en el transcurso del tiempo, sino de forma interpretativa jurídica y doctrinaria.

Este también, se ve en ese mismo reflejo en las legislaturas de las entidades federativas, implicando criterios por demás cambiantes, que responde al pensamiento político, que han dado lugar a ello y a los órganos de control constitucional.

Por lo cual el origen, evolución y aplicación de lo que podemos llamar requisitos primarios de procesamiento, han visto una morfología muy distinta en el pensamiento positivo mexicano, de lo cual se aprecia y en concreto sobre estos requisitos en tintes de lo que en sus respectivos Códigos de Procedimientos Penales de cada entidad federativa, así como el Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social en lo referente al estado de Puebla que en esencia se establecen:

AGUASCALIENTES

Artículo 183. El Ministerio Público y la Autoridad Judicial, en su caso, deberán procurar ante todo que se comprueben los datos que acrediten el cuerpo del delito que corresponda y la probable responsabilidad del

inculpado como base del ejercicio de la acción penal y del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos que constituyan la materialidad del hecho establecida en la descripción típica correspondiente contenida en el Código Penal.

BAJA CALIFORNIA

Artículo 281.- Requisitos para vincular a proceso al imputado.- El Juez, a petición del Ministerio Público, decretará la vinculación del imputado a proceso siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- I. Que se haya formulado la imputación.*
 - II. Que el imputado haya rendido su declaración preparatoria o manifestado su deseo de no declarar.*
 - III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprenda la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado en el delito de que se trate.*
 - IV. No se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación.*
- Se entenderá por cuerpo del delito al hecho en que se manifiesten los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal, así como los elementos normativos, cuando la figura típica de que se trate lo requiera.*

BAJA CALIFORNIA SUR.

Artículo 324.- por cuerpo del delito se entiende la existencia de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera, los elementos subjetivos deben acreditarse como parte de la responsabilidad penal.

la probable responsabilidad del inculpado se acredita cuando los elementos probatorios existentes permitan suponer, objetivamente, que este participo en la comisión del delito actuando con dolo, culpa o preterintención y no se encuentre acreditada en forma plena alguna de las causas que excluyen o extinguen la responsabilidad previstas en este código.

CAMPECHE

Artículo. 132. El cuerpo de los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos objetivos que constituyan la materialidad de la figura delictiva.

CHIAPAS

Artículo. 124. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito. Dichos elementos son:

La correspondiente acción u omisión;

La lesión o el peligro a que hubiere sido expuesto el bien jurídico penalmente protegido;

La forma de intervención del o los sujetos activos;

El resultado ya sea formal o material;

El nexo causal; y

Si el tipo legal lo requiere; la calidad en los sujetos; medios comisivos utilizados; Las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión y los elementos normativos.

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

CHIHUAHUA

Artículo 280. El Juez, a petición del Ministerio Público, decretará la vinculación del imputado a proceso siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- I. Que se haya formulado la imputación.*
- II. Que el imputado haya rendido su declaración preparatoria o manifestado su deseo de no declarar.*
- III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprenda los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participo en su comisión.*
- IV. No se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación.*

El auto de vinculación a proceso únicamente podrá dictarse por los hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación, pero el juez podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el ministerio público al formular la imputación, en dicho auto deberá establecerse el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución de tales hechos.

COAHUILA

Artículo 272. Para ejercitar la acción penal por un delito determinado, el Ministerio Público deberá acreditar el cuerpo del delito y reunir datos bastantes que hagan probable la responsabilidad penal del inculpado.

Por cuerpo del delito se entenderá la concreción histórica de los elementos del tipo penal que sean materiales o descriptivos y normativos, con inclusión de la culpa en su caso; considerados de manera impersonal.

COLIMA

Artículo 278. Para ejercitar la acción penal, será suficiente que el Ministerio Público acredite la existencia del cuerpo del delito de que se trate y establezca la probable responsabilidad del inculpado; y la autoridad judicial, a su vez, examinará dentro del término que establece el artículo 19 de la Constitución General de la República si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende la demostración de todos los elementos materiales que integran la infracción.

DURANGO

Artículo 138. El Ministerio Público y el tribunal en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

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

GUANAJUATO

Artículo 158. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, para darle curso al proceso.

Para efectos de este código, se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal.

GUERRERO

Artículo 63. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y el Tribunal, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Artículo 64. El cuerpo del delito correspondiente se tendrá por comprobado, cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la Ley señala como delito. En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del delito.

HIDALGO

Artículo 384. El cuerpo del delito se integra por los elementos constitutivos de la conducta típica que se desprende de la descripción legal del delito que se trate, y se comprobará por cualquiera de los medios probatorios que permita la ley.

Artículo 385. Para tener por comprobado el cuerpo del delito, el juzgador, o en su caso el ministerio público, deberán tomar en consideración:

- I. La existencia de una acción u omisión, realizada voluntariamente;*
- II. La lesión del bien jurídicamente protegido o, en su caso, el peligro en que ha sido colocado;*
- III. Que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sea atribuible a tal actividad o inactividad humana realizada voluntariamente;*
- IV. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión;*
- V. El objeto material y sus características;*
- VI. Los especiales medios de realización;*
- VII. Las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión;*
- VIII. La calidad o número de los sujetos activo o pasivo;*

*IX. Los especiales elementos subjetivos en el autor, distintos del dolo; y
X. Las demás circunstancias específicas que el tipo en particular prevea.
El elemento previsto en la fracción IV sólo será exigible cuando el delito de que se trate admita la forma de realización culposa; los señalados en las fracciones V a X serán considerados cuando la descripción de la conducta típica así lo requiera.*

JALISCO

Artículo 116. El ministerio público deberá durante la averiguación previa, acreditar el cuerpo del delito de que se trate. Por cuerpo del delito, se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito.

ESTADO DE MEXICO

Artículo 185. No podrá librarse orden de aprehensión sin orden judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho delictuoso sancionado con pena privativa de libertad y obren datos de prueba que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participo en su comisión.

El hecho delictuoso es la circunstanciación fáctica de la descripción típica conforme a sus elementos objetivos, subjetivos o normativos.

Se entenderá por dato de prueba la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aun no desahogado ante el juez que se advierta idóneo, pertinente y, en su conjunto suficiente para establecer razonadamente la existencia de un hecho delictuoso y la probable participación del imputado.

MICHOACAN

Artículo 35. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos requisitos son los siguientes:

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

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y,

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

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

MORELOS

Artículo 137. Para acreditar el cuerpo del delito y de la responsabilidad penal, se establecerá la adecuación de los hechos investigados con la descripción típica contenida en la Ley, considerando todos los datos que ésta previene; el carácter doloso o culposo de la conducta del inculpado y la intervención que éste tuvo en los hechos que se le atribuyen, bajo cualquiera de las formas de autoría y participación que el Código Penal reconoce.

NAYARIT

Artículo 130. El ministerio publico acreditara el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la accion

penal; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

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

NUEVO LEON

Artículo 150 Bis. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por el Código Penal vigente en el Estado. Tratándose de la orden de aprehensión y detención, del auto de formal prisión y del auto de sujeción a proceso, deben incluirse los elementos subjetivos o valorativos que en su caso deban considerarse integrantes de la figura penal y las modalidades o circunstancias modificativas del delito.

OAXACA

Artículo 24. El ministerio público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

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

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

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

PUEBLA

Artículo 83. El Ministerio Público deberá durante la averiguación previa, acreditar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; respetando en todo momento los ordenamientos Constitucionales; a la Autoridad Judicial, por su parte, le corresponderá analizar si ambos requisitos se acreditan en autos.

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

En el caso en que la descripción legal incorpore algún elemento subjetivo o interno, será necesario acreditar el mismo.

QUERETARO

Artículo 246. Se tendrá por acreditado el cuerpo del delito, cuando se comprueben los elementos constitutivos del tipo penal del delito de que se trate, por cualquier medio probatorio que admita la ley.

QUINTANA ROO

Artículo 71. El tipo penal se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos que constituyan el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

Por elementos del tipo penal se entenderán los que hasta ahora han dado contenido al cuerpo del delito; por tanto, en todos los artículos de este Código que hacen referencia a este concepto, ésta denominación será considerada equivalente a elementos del tipo penal.

SAN LUIS POTOSI

Artículo 107. *El Ministerio Público aportará los datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del inculpado.*

El cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, salvo en los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

SINALOA

Artículo 170. *El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.*

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

El cuerpo del delito deberá acreditarse plenamente. Para la acreditación de la probable responsabilidad bastara prueba indiciaria.

SONORA

Artículo 164. El Ministerio Público acreditará la existencia del cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal.

TABASCO

Artículo 137. Para comprobar los elementos del tipo y de la responsabilidad penal y formular, en consecuencia, las resoluciones que procedan, se establecerá la adecuación de los hechos investigados con la descripción típica contenida en la ley, considerando todos los datos que esta previene; el carácter doloso o culposo de la conducta del inculpado, y la intervención que este tuvo en los hechos que se le atribuyen. Asimismo, se descartara la existencia de causas que excluyan el delito o extingan la pretensión punitiva. Para ello, el ministerio público y el tribunal actuaran conforme a las reglas probatorias contenidas en este código.

TAMAULIPAS

Artículo 158. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad penal del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal. La autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del hecho que la ley describe como delito.

TLAXCALA

Artículo 62. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso. Estos elementos materiales se probarán con cualquiera de los medios de prueba establecidos por la ley.

VERACRUZ

Artículo 178. El Ministerio Público acreditará la existencia del cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal; la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del hecho previsto como delito por la ley, salvo aquellos que para su comprobación corpórea se aplique regla especial.

YUCATAN

Artículo 255. El ministerio público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción persecutoria; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están justificados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

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

culposa de la acción u omisión. Asimismo, se acreditaran, 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.

ZACATECAS

Artículo 172. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal. La autoridad judicial examinará si ambos requisitos se acreditan en la indagatoria.

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.¹⁹⁷

Bajo este contexto, se aprecia como los distintos ordenamientos adjetivos, configuran de una forma diversa sobre lo aun llamado cuerpo del delito (en nuestra legislación local y federal), muchas de estas legislaciones sujetándose a lo contemplado en el cuadro adjetivo federal, absorbiendo solamente los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho.

Otros homologándose al criterio llevado por el código adjetivo distrital, sobre la existencia del hecho, contemplando elementos objetivos, normativos y subjetivos.

¹⁹⁷ <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/33/1006/181.htm?s=>

Unos más llevando dicha figura a un aspecto de comprobación más elevada, sujetando este requisito de basamento procesal, a la integración de los elementos del tipo, inclusive en lo que hace al elemento dolo y culpa, dividiéndolos como se hacía, en elementos generales y eventuales del tipo que los requiera.

Por lo cual, vemos como la disparidad de conceptos embalsama nuestro actual sistema de justicia, en donde una simple fracción divisoria espacial, podrían llevarnos a un régimen de legalidad y otro a un encausamiento de probable y presuntos indicios de datos sobre la existencia de algo que se parece a un delito.

Y solo es cuestión de tiempo para las reformas a estos dispositivos procesales e inclusive un cuadro marco de normatividad adjetiva o aún más la unificación de criterios políticos que se ciñan sobre los hipotéticos punitivos sustanciales y procesales, que se ajusten a las reformas de índole constitucional, que hagan permisible llevarnos de la mano a la modernidad, que digo modernidad, al nuevo y desarrollado sistema de justicia acusatorio y garantista.

3.3) JURISPRUDENCIA

La adjudicación que ha tomado como suya, la figura conceptual de instrumentación de una orden de captura o del procesamiento, que ha figurado el órgano de control constitucional, a involucrado una interpretación de una diversidad de criterios.

Solventando aspectos que responden en un momento histórico o de los criterios absorbentes de aplicación constitucional, involucran conceptos que parten de una implicación meramente procesal o inclusive de un sentido teórico.

Los sentidos dispares responden a la conceptualización que inculca una armonía positiva de la legislación mexicana, que como parte integrante de la redacción legal, se ha visto inmersa en un estudio de lo que ha dado pie a la formación del concepto cuerpo del delito y en muchos casos de los elementos del tipo penal.

Apreciando lo que atestigua a la formación de los criterios base que alientan la precisión de criterios, que pudieran ser bastos para la formación de una homologación conceptual, simetrizando directrices claves que impregnen la seguridad y certeza jurídica.

Empero a esto, y en atención a todas y cada una de las divergencias en criterios, han puesto en relieve sobre la ineficacia de criterios postulatorios jurisdiccionales, que han implicado que se vierta de solo dogmatico los precedentes formulados.

No obstante, debemos de asistir a una configuración real de dicha figura que anuncien de forma relevante la incorporación de una interpretación que se realice, con el criterio de realmente eliminar lagunas o antinomias sobre dicho aspecto.

De todo esto hay que precisar los criterios que ha sustentado el órgano federal de control constitucional, las cuales forman de manera global sobre lo impreso en la guía de concepto.

Encontrando el flujo normativo, de una interpretación argumentativa sobre el concepto, respondiendo a un momento histórico y espacial, como lo disipa en cuanto lo relativo a esta figura, de una manera distrital, que al respecto se ciñe:

CUERPO DEL DELITO, SU COMPROBACIÓN EN SENTENCIAS DEFINITIVAS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La interpretación armónica y sistemática del artículo 122 de la ley adjetiva penal (reformado el veintiocho de enero de dos mil cinco), con los numerales 15, 16, 18, 22 y 29 (éste a contrario sensu) del Nuevo Código Penal, ambas legislaciones para el Distrito Federal, permite afirmar que el cuerpo del delito recepta de manera íntegra el contenido dogmático del tipo penal, tanto objetivo como subjetivo, pues el primer dispositivo establece que dicha figura procesal se comprobará cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, sin hacer distingo de elemento de alguna naturaleza; a su vez, dispone que los componentes de la responsabilidad penal son antijuridicidad y culpabilidad, elementos que deberán estudiarse a título probable en las órdenes de aprehensión y autos de plazo constitucional, de esta manera con mayor razón deberán analizarse al dictar sentencia definitiva, porque es en esta resolución en la que tienen que acreditarse a plenitud dichas figuras procesales que contienen al delito mismo, de tal manera que los dispositivos 1o. y 72 de la legislación procesal invocada, no rigen sobre la materia en examen.¹⁹⁸

A mayor abundamiento, en identidad jurídica, pero de forma federal, el órgano de control se ha sometido al siguiente supuesto:

CUERPO DEL DELITO, SU COMPROBACIÓN EN SENTENCIAS DEFINITIVAS (LEGISLACIÓN FEDERAL).

La interpretación armónica y sistemática del artículo 168 de la ley adjetiva penal federal, con el numeral 15 (a contrario sensu) de la legislación sustantiva de la misma materia y fuero, permite afirmar que el cuerpo del delito recepta los elementos objetivos descriptivos y normativos del tipo penal, pues el primer dispositivo establece que por dicha figura procesal se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera, a su vez, dispone que los componentes de la responsabilidad penal son la intervención del sujeto activo, la comisión dolosa o culposa y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o de inculpabilidad, elementos que deberán estudiarse a título probable en las órdenes de aprehensión y autos de plazo constitucional, de esta manera con mayor razón deberán analizarse al dictar sentencia definitiva, porque es en esta resolución en la que tienen que acreditarse a plenitud dichas figuras procesales que contienen al delito mismo, de tal manera que los

¹⁹⁸ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Agosto de 2005 Página: 1584 Tesis: I.2o.P. J/22 Jurisprudencia.

dispositivos 4o. y 95 de la legislación procesal invocada, no rigen sobre la materia en examen.¹⁹⁹

Es decir, fricciona claramente los instrumentos de procesamiento y captura, a la figura relativa a sus ordenamientos adjetivos propios de cada régimen, haciendo vidente sobre su divergencia en contenidos y requisitos, del cual como se ha visto en el transcurso del presente estudio, fueron nacientes de una misma legislación, que ha perdido una homologación legal, atribuyendo criterios distintos, permeando nuevamente en la discusión de los integrantes de una figura procesal sustantiva.

Pero ahora, realmente encuentra sentido jurídico este último resquicio de elementos puramente objetivo y normativos, con exclusión de los subjetivos, o solo aplica a un criterio meramente forma y positivo, de lo expuesto por los legisladores federales, en vista de las reformas constitucionales y la anterior exposición de motivos, así como las iniciativas previas a estos, de teleología propia a un sistema de procesamiento total de criterio popular, basado en una política criminal de estadísticas y no de seguridad pública sustantiva y garantista, al respecto encontramos la siguiente tesis:

CUERPO DEL DELITO. FORMAN PARTE DE ÉL LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DISTINTOS AL DOLO.

De la interpretación armónica y sistemática de los preceptos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 15, fracción II, del Código Penal Federal, se desprende que los elementos subjetivos específicos distintos al dolo forman parte del cuerpo del delito, en primer término, por encontrarse contenidos en la descripción típica (cuando así se observe de la misma), al igual que los elementos objetivos y normativos; en segundo lugar, en virtud de que los aspectos que integran la probable responsabilidad versan exclusivamente sobre la participación dolosa o culposa del indiciado en el injusto, la existencia de las causas de licitud y las excluyentes de culpabilidad. En este orden de ideas, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, esas

¹⁹⁹ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario, Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Agosto de 2005, Página: 1879, Tesis: I.2o.P.104 P, Tesis Aislada.

ultraintenciones -como se les conoce en la dogmática penal-, deben analizarse por los tribunales como elementos del cuerpo del delito; sin embargo, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, los elementos subjetivos específicos distintos al dolo no requieren acreditarse a plenitud, toda vez que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de dichos elementos, deben analizarse por el juzgador con posterioridad al dictado de tales determinaciones.²⁰⁰

Del cual vemos, como realmente el órgano constitucional, sabe sobre la importancia, y aún mas, sobre el deber de incluir los elementos subjetivos específicos distintos del dolo, en los respectivos encausamientos penales y ordenes de aprehensión, integrando en su tesis sobre esta circunstancia, pero ya en la narrativa de dicha resolución, nuevamente declina sobre la exigencia de este elemento volitivo, constriñéndolo a que realmente son parte integrante del cuerpo del delito, pero que a su vez y en mi opinión, temerosos y tibios, enuncian que no obstante a esto, no se deben de acreditar, toda vez que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de dichos elementos, deben analizarse por el juzgador con posterioridad al dictado de tales determinaciones.

Lo que parece completamente contradictorio, pues la constitución en su momento aplicable era clara en tenerse que acreditar completamente el cuerpo del delito, y si como lo expone, este órgano de control constitucional, los elementos subjetivos distintos al dolo, son parte del cuerpo del delito, luego entonces, deben ser materia de acreditamiento pleno, para la conformación legal del instrumento procesal, llamado corpus delicti, y resulta absurdo, decir lo diverso, como lo emula la tesis antes señalada.

Asimismo, dichos órganos constitucionales, han encontrado en sus resoluciones el criterio, en el cual señalan, que contienen un mismo sentido dogmatico punitivo, la expresión elementos del delito a los elementos del tipo penal, por lo que mucho antes de la reforma de 1993, ya eran necesarios de observación y por supuesto de una debida comprobación.

²⁰⁰ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y

su Gaceta, XIII, Mayo de 2001, Página: 1117, Tesis: I.6o.P.20 P, Tesis Aislada.

Consecuentemente, porque esa involución que basándose en expresiones de una adaptación teórico penal, han hecho aparentar, que no debemos responder a modas dogmáticas del extranjero, para la conformación de un sistema teórico punitivo, teniendo que regresar a una figura como la de cuerpo del delito, pero con un concepto y requisitos distintos de los que ya se conocían y que eran propios de una evolución garantista sin que responda a motivaciones externas y extranjeras, haciéndose notar en la siguiente tesis jurisprudencial:

ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL, EL TERMINO ELEMENTOS DEL DELITO A QUE ALUDIA EL TEXTO DEL, ANTES DE LAS REFORMAS DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993 Y EL TERMINO ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO, A QUE ALUDE A PARTIR DE DICHA REFORMA, PARTICIPAN DE LA MISMA NATURALEZA.

Si bien es cierto que el anterior texto del artículo 19 constitucional establecía que para dictar un auto de formal prisión debían precisarse y analizarse los elementos materiales del delito y que en el texto actual del referido artículo 19 constitucional se habla de elementos integradores del tipo penal, no menos cierto es que esos términos (materialidad del delito y elementos integradores del delito), participan de la misma naturaleza, es decir tienen el mismo significado, tan es así que el texto actual del artículo constitucional en comento de cualquier modo obliga a la autoridad judicial a precisar y examinar los elementos materiales del tipo penal del delito de que se trate.²⁰¹

Por lo cual encontramos, el aberrante sentido de contraer y retraer el criterio normativo de una figura ya conceptualizada, y que responde a un sentido de seguridad y legalidad, más que uno procesal, que si bien se inmersa en un criterio adjetivo, adquiere un tinte de sustancial, y que no hace falta una elaborada teoría del delito o un cumulo de precisión sistémica sobre la adecuación de los elementos en cada uno de los puntos corporales de dicha figura, pues responde a un mundo de criterio jurídico de víspera constitucional naturalista, pues cualquier

²⁰¹ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, II, Septiembre de 1995, Página: 519, Tesis: XVII.2o.4 P, Tesis Aislada.

sistema jurídico de acepción garantista, lo adaptará a su sistema, pues es parte de su conformación, el cual inclusive sería puente de plata sobre la conformación política, democrática y social.

Ahora solo resta, esperar los criterios legislativos de los llamados datos de la existencia del hecho, que son fuente de la última reforma constitucional, que se verá reflejada en los ordenamientos secundarios respectivos.

Bajo el tenor de una reforma que solvete la razón histórica del cuerpo del delito, y sus distintas acepciones, puntualizando, como la interpretación judicial debe de inculcar sobre un criterio a la luz natural y no por medio de una tutela política, de antesala autoritaria.

3.4) HOMOLOGACION DE CRITERIOS NORMATIVOS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

De acuerdo a nuestro actual sistema de gobierno, México es constreñido como un ente federativo, que en su artículo 40 Constitucional establece que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y sobraños en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unido en una Federación.

El Federalismo contempla un ánimo de unión o pacto, mediante una organización de una comunidad jurídica compuesto por varios estados donde resaltan los derechos de libre determinación y codecisión de los miembros que la integran.

Así como un sistema de división de poderes en una comunidad nacional, de acuerdo con el cual el gobierno federal y los estatales se encuentran cada uno, dentro de un ámbito o esfera de acción coordinada e independiente.

Esta unión va a ser el resultado de un pacto entre varios estados soberanos que cediendo esa soberanía primaria, deciden formar con ella un ente supranacional por encima de ellos, quedándose solo con ciertas facultades y competencias en determinadas materias perfectamente señaladas o delimitadas en el pacto federal que se contienen en la Constitución Política.

Por lo cual mientras más amplia es la competencia de los órganos centrales de la Federación, más restringida es la de los órganos locales, es decir, la de los Estados miembros.

De acuerdo a este sistema de competencias, cada entidad de la República tiene facultad de otorgarse su propia legislación, como lo es la punitiva, tanto sustantiva como procesal, esto incrementa el problema de inseguridad derivado de la aplicación, a nivel constitucional, de un concepto plurívoco susceptible de reputar diversos contenidos de acuerdo con las distintas concepciones dogmáticas existente en el campo de la teoría del delito.

Como lo refiere Jorge Carpizo, tradicionalmente esta facultad de las entidades federativas ha sido respetada por la Constitución Federal, de manera que cualquier sugerencia de unificación legislativa suele calificarse como una tendencia centralizadora en perjuicio de las entidades federativas que para algunos representa un ataque al sistema federal.²⁰²

Consecuentemente se encuentra el campo de competencia de distintos ordenamientos jurídicos, como lo es el federal y el local, mismos que deben de cimentar sus criterios en seguimiento del pacto constitucional, encontrándose el

²⁰² CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales, quinta edición, editorial Porrúa, México 1996, P. 142

sistema de funcionamiento de la distribución de competencias en el Estado que da equilibrio

Pero que la idea de un contrato político federal descansa sobre una diversidad de ideas de derecho, que no puede ser real más que en la medida en que estas ideas se complementen, se respalden mutuamente, porque entonces la organización federal habrá alcanzado su objetivo.

Es dable concretar, que para conllevar un sentimiento de pacto federal, las legislaciones deben dar paso a una unificación de criterios que vean embargados los espíritus más profundos del pacto de unión, preceptuando una verdadera homologación de hipotéticos que lleven a la aplicación de criterios robustos culturales, aunado a la certeza y seguridad jurídica que propugna un Estado legalista de cometido social.

Destacando que un sistema posiblemente de unificación o de coordinación de criterios sancionadores, no violenta en nada la autonomía y control político de cada entidad federativa, respetando los límites de su respectiva competencia ejecutiva y judicial.

De esto, el maestro Alcalá-Zamora y Castillo señala que la existencia de múltiples códigos genera situaciones de desigualdad en el país, en los países en donde se ha realizado la unificación se ha producido un gran adelanto en la doctrina científica, citándose a Brasil como ejemplo de unificación de códigos procesales; al existir diversos códigos, de cualquier forma suelen coincidir en múltiples aspectos, razón que justifica la unificación; el régimen federal no

necesariamente presupone la existencia de múltiples códigos pues existen varios países federalistas con Código único.²⁰³

Así vemos como en materias como la laboral e inclusive como la tributaria, echa mano de un sistema de formación global de sus entes sustantivos o en su caso de un sistema coordinado de facultades competenciales, aliando cometidos para el precepto teleológico comunal de esfuerzos compartidos.

Es decir, nada impide intra o meta-constitucionalmente hablando, el encrustamiento de un instrumento sustancial y adjetivo punitivo, pues inclusive vemos como la naciente expresión de una carta política de la unión, se vierte en el sentido de compaginación normativa, que sea imperativa en la colindancia territorial estatal, en el cual inclusive se ha tratado de hacer valido este postulado, solo que de una forma indirecta, pues el criterio del numeral 133 constitucional refleja la creación de regla máxima.

De igual forma el proceso de control constitucional, vierte el sentido de un respeto a la fuente primigenia, e inclusive un control difuso inobservado y nulificado por muchos, demuestran la idea de una misma interpretación lógica.

Claro está que nada de esto es suficiente y aun más contradictorio en muchos casos, tendiendo que llevar instrumento como acciones de inconstitucionalidad, controversias y jurisprudencia por contradicción, denotan como la disparidad de criterios que sustentan una inseguridad normativa.

²⁰³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Unificación de Códigos procesales mexicanos tanto civiles como penales, Revista de la facultad de Derecho de México, tomo X, números 37-40, 1960, pp. 297-304.

En suma la llave que podría someter la homologación de criterios, se alienta en el numeral 73, fracción XXI de la Constitución, en el cual faculta al Congreso de la Unión a legislar en una instancia penal, en donde se apreciara las figuras delictivas o el trazamiento legislativo de una conducta punitiva, su debida sanción, certidumbre en plazos términos, medios y formas cautelares y por supuesto la necesidad de contar con un concepto único sobre el contenido de los elementos del tipo penal, cuerpo del delito o requisitos primarios de procesamiento y uno de los medios para lograrlo sería la citada unificación.

4) REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL CUERPO DEL DELITO EN UNA GARANTIA DE LEGALIDAD DE IMPACTO PROCESAL.

4.1) GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL.

Las garantías que resguarda el Pacto Federal, ha sido una estela de proyecciones básicas concernientes, de un sistema democrático simétrico de legalidad.

Esto es, en un criterio jurídico procesal y sustantivo, pues es claro el enramado de lo que encierra los distintos normativos constitucionales, que dispersan y agrupan en si las relaciones ente gobernantes, como representantes del estado y gobernados

Ya que todo acto de autoridad, emanado por esencia del Estado y desempeñando por los diferentes órganos autoritaritos estatales creados por el orden de derecho, tiene como finalidad inherente, imponerse a alguien de diversas maneras y por distintas causas, afectando a alguna persona moral o física en sus múltiples derechos.

En otras palabras, el ente representante o el Estado en sí, por ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de un criterio subjetivo que ha sido salvaguardado para y en facultad del Estado, pero con la limítrofe de aquellos auspicios de naturaleza constitucional y humana, como los son las garantías individuales.

Donde la mayoría de las veces es inexistente el uso garantista que se da de dicho poder, solo cubriendo las necesidades e intereses de la autoridad que lo ejerce, llevando sus pretensiones de una forma arbitraria, ocultando un criterio de legalidad y por supuesto de certeza jurídica.

Dentro de un sistema en que impere el derecho, bien bajo un carácter normativo legal, esas afectaciones a lo naturalmente concedido, debe obedecer a determinados principios previos, llevar ciertos requisitos, sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería validada desde el punto de vista del derecho.

Ese conjunto de modalidades jurídicas que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente, desde un punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos y condiciones constituyendo por antonomasia las garantías de seguridad jurídica.

Las cuales implican, una amarrada accesión de circunstancias previstas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria, que genera una afectación a la validez de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el de sus derechos subjetivos.

Por eso, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, y que no sea permeable el respeto a esa serie de instancias requisitorias, se verá vulnerada a la luz de una garantía cúspide, como lo es la certeza jurídica.

Permitiendo suponer que dentro de la seguridad jurídica, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la máxima expresión jurídica, se manifiestan como la sustancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles exigibles al Estado y a

sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos. Esta obligación estatal y autoritaria es de índole activa en la generalidad de los casos tratándose de las diferentes garantías de seguridad jurídica, o sea, que el estado y sus autoridades deben desempeñar, para cumplir dicha obligación, actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para la afectación que sea jurídicamente válida.

Esto como bien es sabido, que a diferencia de la obligación postulatoria de la autoridad de hacer solo lo formal y materialmente autorizado para hacer y por supuesto en pleno respeto de las ontológicas naturales y constitucionales de respeto humano, las cuales deben de ser veladas y protegidas en cualquier estado democrático legalista como el nuestro.

Pues solo permitiría el fin de respeto al marco de derecho estatal, tocando a todos la lucha por el respeto al único cuadro de hacer ver nuestras pretensiones alcanzadas o defendidas sin ser prolijos en la lucha.

Por eso que las debidas garantías son el punto de enlace de un estado demócrata social garantista a un autoritarismo fascista dictatorial, del cual no se puede involucionar y retrotraernos a ese ámbito, y de esto siendo la seguridad jurídica uno de los más importantes elementos de todo régimen democrático.

Integrándose con la concurrencia del orden impositivo, facultades, prerrogativas punitivas, en el caso en concreto, y por supuesto los subjetivos básicos imperativos al principio de juridicidad, del cual la autoridad debe verse sometido a lo expresamente concedido, y en pleno respeto de la consecución de un proceso justo y expedito, conforme a las formalidades esenciales y circunstanciales.

4.2) GARANTÍA DE SEGURIDAD EN SU EXACTA APLICACIÓN A LA LEY PENAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

El numeral 14 de la Carta Magna, como principal expositor de la congruencia establecida entre un Estado punitivo y un orgánico garantista, vuelcan la mirada con rigidez y soltura, sobre el hipotético 14 constitucional, pues es este artículo quien encierra en su parte medular las ideas más liberales de aspecto político y jurídico, del cual parte, como puente de plata, las no menos importantes garantías subsumidas en la constitución.

Si bien la parte constitucional en su aspecto “humano” -solo en antítesis de lo administrativo- engloba todo un sistema de garantías, de las cuales no es óbice ser alterada ninguna, todas estas se verían nulas o eclipsadas, ante la falta de un principio de legalidad, que dé certidumbre a las acusaciones de la autoridad.

De las cuales solo se verían como un ordenamiento marco inservible, en donde se contempla el derecho sustancial pero no la forma de ejercerlo, necesitando por supuesto aquel medio de protección que impregne de contundencia aquel engranaje bicéfalo, sustantivo-adjetivo, que hiciera posible aquel pacto de convivencia.

Así bien, dicho extremo 14 constitucional, entabla distintos principios que hacen posible, este aun vituperado estado de derecho, y al respecto, es de ímpetu narrativo, puntualizar el primer de los principios tocantes a dicho artículo, como lo es la garantía de irretroactividad.

Garantía que está concebida en el primer párrafo del artículo 14, constante del **principio de Irretroactividad**.

Esta sinuosa garantía se vislumbra como conflicto de leyes en el tiempo, o sea, que se traduce en determinar, en presencia de dos leyes, una anterior, que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, positiva, arremetiendo sobre la interrogante de cuál de las dos debe regir sobre este hecho.

La retroactividad legal importa por necesidad lógica, la supervivencia de la ley derogada o abrogada, para regular la materia, sobre la que la ley nueva o vigente pretende operar.

Por ende, la referencia hacia el pasado de una ley actual no en todo caso se ostenta como aplicación legal retroactiva, sino solo cuando se menoscaba dicha supervivencia de la norma jurídica que debe seguir conservando su validez, no obstante su derogación o abrogación.

Puntualizando sobre la importancia del tema, que es determinar en que momento puede ser aplicada una ley anterior o la puesta en vigencia, constriñendo en su aspecto más formal sobre la aplicación o no de otra ley, fuera de vigencia, afectando sobre la supervivencia temporal de una norma anterior.

Toda disposición regla tienen ha sucumbido y tiene que hacerlo sobre una vigencia determinada en cuanto al tiempo, desde que se crea, hasta que se deroga o abroga expresa o tácitamente por una norma nueva, perfilándose a regular todo tipo de acto hecho o especificación que entraña el espíritu de esa hipótesis, llevando al caso en concreto sobre la pureza de logro.

Entonces, a partir de que entra en vigor, rige para el futuro, dotada de validez de regulación respecto de todos aquellos actos que se susciten hacia el futuro

En consecuencia lógica una norma no debería ser aplicada con anterioridad a la vigencia que se espiritualiza su contexto normativo, pues aun no era

contemplada para ello, engrosando la certeza jurídica que debe proscribir en un estado de derecho en plena sustancia de garantías, ya que aquellos actos anteriores deben versar sobre el imperio de la ley antigua.

Es decir la retroactividad envuelve la posibilidad de aplicar sobre actos anteriores a la vigencia de una ley, efectos reguladores, sobre dicho acto anterior impidiendo la supervivencia reguladora de dicha norma anterior, o bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente.

Por su parte, la irretroactividad estriba en que una ley es deónticamente imposible normalizar sobre actos que hayan tenido lugar, antes de que adquiera fuerza de regulación.

Ahora bien, en la cuestión meramente teórica podemos ver como dicho principio de irretroactividad es de fácil entendimiento, pero ya en un caso específico en su arrojo pragmático, se vuelve de difícil trato.

Para constatar si una ley adolece de retroactividad, se tiene que tomar en cuenta la naturaleza del objeto de regulación. Una norma es retroactiva cuando se aplica a un hecho simple y ya consumado con anterioridad a su vigencia, esto es, a un acontecimiento que no genera consecuencias jurídicas que tenían verificativo dentro del periodo de formación de la ley y que se ha realizado plenamente con antelación a este.

Pero por lo general, todo suceso, aunque sea instantáneo en su realización plena, produce variados efectos jurídicos que pueden realizarse durante la vigencia de una ley que aun no regía en el momento en que aquel tuvo lugar.

Hay multitud de actos que involucra fuentes de derecho, para ciertos sujetos interesados, que no es momentánea, sino que, por el contrario, se prolonga permanentemente durante un lapso determinado. Puede acontecer que

mientras subsista esta situación o estado jurídico, entra en vigor una ley que los regule diferentemente a la formación instituida por la ley anterior.

Acerca de esto, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “el análisis de retroactividad de las leyes conlleva el estudio de los efectos que una precisa hipótesis jurídica tiene sobre situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos por los gobernados con anterioridad a su entrada en vigor, verificándose o derechos, es decir, ante un planeamiento de esa naturaleza el órgano de control del constitucionalidad se pronuncia sobre si una determinada disposición de observación general obra sobre el pasado, desconociendo las mencionadas situaciones o derechos, lo que implica juzgar sobre el apego de un acto materialmente legislativos a lo dispuesto en el artículo 14 constitucional.”²⁰⁴

No obstante, la Constitución permite que una ley se aplique de forma retroactiva, siempre que ella no cause perjuicios al gobernado.

En torno a esto, el Pleno del más altivo Tribunal de la República puntualizo que “la Constitución General de la República consagra el principio de la irretroactividad cuando la aplicación de la ley causa perjuicio a alguna persona; de donde es deducible la afirmación contraria, de que pueden darse efectos retroactivos a la ley, si esta no causa perjuicios”.²⁰⁵

La cuestión de la irretroactividad, irroga sobre un conflicto de leyes en el tiempo, pues lo que se trata de dilucidar es que incidencia puede tener una ley nueva sobre situaciones jurídicas o derechos que se generaron bajo el imperio de una ley anterior, que adquiere la calidad de abrogada. La resolución de este

²⁰⁴ Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XII, agosto de 2000, tesis 2ª. CXI/2000, p.376; CD-ROM IUS: 191300.

²⁰⁵ Apéndice al semanario judicial de la Federación 1917-1995, t VI, parte SCJN, tesis 464, p. 309; CD-ROM IUS: 394420.

problema es de fundamental importancia para la seguridad jurídica de los gobernados, a quienes la aplicación retroactiva de una ley podría ocasionarles perjuicios de diversas especies.

Junto con la figura de la retroactividad existe la de la ultra actividad, por cuya causa una ley, pese a haber sido derogada o abrogada, aun se aplica a hechos o actos que se producen después de que la nueva ley entra en vigor, pero respecto de los cuales deben ser regidos por la anterior, lo que implica que para ellos todavía es vigente.

Por otra parte, y de forma sistémica es de menester constancia observar sobre el otro principio que abriga el numeral 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual fue tomada bajo la tutela de la **garantía de Audiencia**, integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, como lo es el de que se siga juicio; que tal juicio se sustancie ante los tribunales previamente establecidos; que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento y que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

En esto, la suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido esta garantía individual como el derecho que tienen los gobernados no solo frente a las autoridades administrativas y judiciales sino también frente al órgano legislativo, de tal manera que este quede obligado a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga los interesados se les dé la oportunidad de defenderse es decir de rendir pruebas y formular los alegatos n todos aquellos casos en que puedan resultar afectados sus derechos.²⁰⁶

²⁰⁶ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 157-162 Primera Parte, P. 305; CD-ROM IUS: 232480.

Los titulares de esta garantía son todos los sujetos activos de las garantías individuales, de conformidad con el primer párrafo del artículo primero constitucional en cuanto a los bienes protegidos, son, siempre según el multicitado párrafo del artículo en estudio, a vida, la libertad, la propiedad, las posesiones y los derechos de los gobernados.

Como ya se ha pronunciado en el presente texto, las citadas disposiciones que engloban y encierran el actual artículo 14 constitucional, versan sobre cuatro aspectos, que el pleno de la Suprema Corte de Justicia las ha indicado de la siguiente manera.

1.- que la privación se realice mediante juicio, eso es, a través de un procedimiento que se efectúa ante un órgano estatal; tal procedimiento significa una serie de etapas que concluye una resolución que dirime una controversia.

2.- que el juicio sea seguido ante los tribunales previamente establecidos; por tribunales no solo se entienden aquellos órganos que pertenezcan al Poder Judicial y que normalmente desempeñan la actividad judicial, sino a cualquiera que realice una función materialmente jurisdiccional, decir, que aplique normas jurídicas generales a casos concretos en controversia.

3.- en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que se manifiestan principalmente en el derecho de defensa y en la facultad de aportar pruebas.

4.- que la privación se realice conforme a las leyes expedidas con antelación al hecho.²⁰⁷

²⁰⁷ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 26 Primera Parte, P. 96; CD-ROM IUS: 233681.

Estas garantías se traducen en una obligación, que el Estado debe cumplir, pero tales actos deben ser privativos, tal como lo estableció el dicho supremo tribunal, que “en los términos del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Federal, la audiencia previa a la emisión del acto de autoridad y el debido proceso legal, como garantías del gobernado son de observancia obligatoria únicamente tratándose de actos privativos, sea de la vida, de la libertad, de propiedades, posesiones o derechos de los particulares, mas no es así cuando se trata de actos de molestia que no tengan la finalidad de privar al afectado de algunos de sus bienes o derechos, pues tales actos se rigen solamente por la garantía de seguridad jurídica”.²⁰⁸

En el juicio previo a que se tiene derecho antes de que proceda un acto de privación, se deben observar las llamadas formalidades esenciales del procedimiento, la Suprema Corte de Justicia ha definido las formalidades de que se habla del siguiente modo “son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica se traduce en los siguientes requisitos: la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa: la oportunidad de alegar y el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.”²⁰⁹

Por otra parte, se alista en esta serie de garantías como útil inscriptor, en el contenido de expresión sobre la seguridad y certeza jurídica, lo conocido como la **exacta aplicación a la ley** que se puede hacer visible, bajo el criterio que, en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por

²⁰⁸ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 157-162 Tercera parte, P. 15; CD-ROM IUS: 238355.

²⁰⁹ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. 53, mayo de 1992, tesis P.LV/92, p. 34; CD-ROM IUS: 205679.

mayoría de razón, pena alguna que no esté decretado por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

Dicha garantía de exacta aplicación a la ley, es visto como un prisma de luz bajo el principio de legalidad que se enuncia *nulla poena, nullum delictum sine lege*, estableciendo la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: el delito y su pena.

Consecuentemente, un hecho cualquiera, que no ese reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete, dicho principio de legalidad, en la estimación delictiva de un hecho humano, no se contiene expresa y directamente. Sin embargo, por inferencia jurídica, a través de la interpretación del concepto legal de delito, podemos considerarlo involucrado en la mencionada disposición constitucional.

Efectivamente, de acuerdo con el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, que tiene el carácter de ordenamiento federal para los delitos de este orden, delito es todo acto y omisión que sancionan las leyes penales. Por ende, para que un hecho lato sensu constituya un delito, es menester que exista una disposición legal que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquella, el acto o la omisión no tiene carácter delictivo. El artículo 14 constitucional en su tercer párrafo, remite, a través del término delito, al concepto legal de hecho delictivo contenido en el artículo 7 del Código Penal, así como a los ordenamientos penales materiales de índole local, según el caso.

En suma, para que un hecho determinado sea considerado como delito y como motivo de aplicación de una pena a la luz de dicho precepto de la Constitución, se necesita que exista una ley que repute a aquel como tal, o sea, que haya una disposición legal para que le atribuya una penalidad correspondiente.

Además, el principio de legalidad en materia penal no solo ostenta el aspecto indicado en cuanto a la concepción delictiva de un hecho, sino incluye el tema perteneciente a las penas. De conformidad con tal postulado, bajo este segundo carácter, está prohibida la aplicación de una sanción penal si no existe alguna disposición legal que expresamente la imponga por la comisión de un hecho determinado.

Es decir y en justificación de un estado de derecho de naturaleza garantista atiende sobre la imperiosidad de contemplar el tipo o delito en sí, para un posible enjuiciamiento o procesamiento vislumbrado desde un aspecto formal, pues cumple sobre la rectitud toral de anunciar, cuales conductas imprimen una violentación al poder estatal y al orden social en el más extenso sentido de la palabra, culminado sobre un postulado que sienta las bases de una antijuridicidad anticipada, la cual, se contemplara en el injusto que vulnera el bien jurídico tutelado, o en una postura más moderna, tendiente sobre una política criminal, la cual atenderá sobre el acto humano de realización fáctica mediante aquel nexo de copula con el acto o su respectiva evitabilidad, y por supuesto la penalidad o sanción reprochable que sienta sobre su debida retribución.

Esta previsión, como se ha dicho busca salvaguardar la seguridad jurídica de las personas, a las que no se les puede considerar delincuentes sin que se haya probado que infringieron una ley penal vigente, como ahora también ya fue parte, la misma reforma constitucional del 18 de junio del 2008, del cual como muchos puntos, son innecesarios, pues la propia sistemática constitucional, tratados constitucionales y la dogmática, se han encargado de enfatizar, solo siendo estas reformas ociosas y obesas cargas a la constitución y a los demagogos que alimentan su ego con creaciones legislativas pseudo garantista, solo en un sentir populista.

Sobre esto, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia determino que la garantía de exacta alción de la ley en atería penal prevista en el tercer párrafo de articulo 14 e la Constitución Política de los Estados unidos mexicanos, se traduce en la prohibición de imponer penas por analogía o por mayoría de razón, pues la misión de una pena implica también por analógica, la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción a n caso que no está expresamente castigado por esta es decir, aquella imposición y aplicación por analogía es la que proscribe dicha garantía, a que la pena que se pretenderá imponer al hecho no penado en la ley, o tendría un existencia legal previa, violándose los principios nullum crimen sine lege y nulla poea sine lege; así mismo, es de precisarse que la mencionada garantía no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no éste decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trate sino que obliga también al legislador a que, al expedir las normas de carácter penal señale las conductas típicas y las penas aplicables con tal precisión que evite un estado de incertidumbre jurídica al gobernado y una actuación arbitraria del juzgador pro lo que la ley penal debe estar concebida de tal forma que los términos mediante los cuales especifique los delitos o las penales, sean claros precios y exactos a fin de evitar que la autoridad incurra en confusión ante la indeterminación de los conceptos y, en consecuencia, en demerito de la defensa del procesado.²¹⁰

Aplicar la analogía o la mayora de razón e atería penal entraña el riesgo de imponer penas que no sean proporcionadas a una conducta delictuosa, ubicándose este criterio como una relación de semejanza entre dos cosas distintas.

La analogía es un método de interpretación e integración de la ley que procede cuando se presentan dos condiciones como lo es la falta expresa de una

²¹⁰Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, julio de 2002, tesis 1ª. XLIX/2002, p. 58; CD-ROM IUS: 186431.

norma aplicable al supuesto concreto y la igualdad esencia de los hechos. En virtud de lo anterior, la analogía opera cuando ay una relación ente un caso previsto expresamente en una norma y otro no comprendido en esta pero que, por guardar similitud con aquel, puede revivir el mismo tratamiento jurídico.

Asimilando por eso que la interpretación de la ley por analogía se basa en la semejanza que debe existir entre un caso previsto y otro no previsto, no en la diferencia radical que medie entre ambos, dado que la ley deben colmarse en la inteligencia de que, donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición jurídica. El efecto que produce la analogía es que el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del conjunto de casos originalmente previstos por el legislador, siempre que se trate de supuestos similares a aquellos y que la razón legal.

Ahora bien, puede presentarse la circunstancia de que un caso concreto aparezca cuadrar con los factores que implicaron la motivación y el alcance de una norma jurídica, es decir, que ese caso concreto pudo haber sido regulado por una norma determinada. Entonces, si se nota que lo dispuesto por una norma podría recaer sobre el caso concreto originalmente no regulado, tal norma será aplicada a ese caso por mayoría de razón.

Cabe mencionar, que la garantía de la que se habla no se reduce solamente a los actos de aplicación de la ley, sino también a la ley misma, como lo establecido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P.IX/95, que señal “la interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en atería penalmente con se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cales especifique los elementos respectivos sean claros, y exactos. La autoridad legislativa o puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expedía, expresiones conceptos claros,

precisos y exactos, al prever las penas describir las conductas que señales como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.²¹¹

Por virtud del carácter de generalidad de una real de derecho en sentido material, la normación que esta establece se extiende a todos aquellos casos concretos entre los cuales exista una relación de identidad, o mejor dicho, de semejanza absoluta una ley se aplica, pues, a dos o más actos exactamente iguales en sustancia, sin que en esta aplicación puede hablarse de analogía.

Pues bien, la regulación analógica que una ley establece, se traduce en la circunstancias de que esta se hace extensiva en aquellos casos concretos que no están en ella previstos, pero que presentan con las hipótesis expresamente reguladas cierta similitud. Esta no debe ser absoluta, puesto que si así fuese, la ley normara los actos, hechos, relaciones o situación respectiva y no se aplicaría analógicamente, sino de manera exacta. La similitud entre dos caso reales debe existir en cuanto a ciertas y determinadas modalidades comunes a ambos.

La semejanza o similitud que sirve de base a la aplicación analógica de una ley, se encuentra entre dos o más casos reales, o mejor dicho, transcendentales a la norma aplicada. En consecuencia, para puede aplicar analógicamente una disposición legal, ha que constatar previamente la similitud entre la hipótesis prevista al caso no previsto bajo diversos aspectos que se establecen a *posteriori*.

En otras palabras la aplicación analógica de una norma jurídica consiste en referir el consecuente de una ley a un hecho concreto que presenta similitud o

²¹¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. I, mayo de 1995, p. 82; CD-ROM IUS: 200381.

semejanza con el antecedente legal. En efecto, toda regla de derecho en términos generales, un juicio lógico, compuesto de un antecedente y un consecuente.

Ahora bien, puede ser factible que un caso concreto encuadre cabalmente en el abstracto hipotético, esto es, existiendo una constante de naturaleza para en lo substancial como en lo posiblemente accidental, siendo esta la hipótesis de la aplicación exacta de la ley. Cuando, por otra parte, la discrepancia o divergencia entre dicho agente abstracto y el hecho particular puede ser atemperado a lo accesorio figurando aun la semejanza de utilidad práctica y sustancial, acallando sobre un criterio analógico.

Pero si dicha congruencia normativa arremete sobre una absoluta disfuncionalidad de apariencia sustancial o meramente accidental, es insostenible conculcarle el visible normativo, ya que esto arremetería sobre una falacia interpretativa y una indebida aplicación.

La ampliación por analogía, contrae por antonomasia el espíritu de la ley o legislativo, al ser este el conjunto de principios o actos que fueron motivo de inspiración y creación de la norma, el cual regula el abstracto figurado desde un concepto político jurídico, cuando estos motivos o causas señalados por la proposición lógica legal, ara prever la regulación respecto de la hipótesis prevista en la norma se encuentra en un caso afín a esta, entonces se concluye que el hecho, relación, acto o situación no previstos deben regularse en el sentido establecido por la ley para el objeto expresamente normado, idea que se enuncia en el principio donde exista la misma razón de la ley, debe existir la misma disposición.

Este preámbulo analógico se ve inserto en el punto culminas de la aplicación de la pena la cual estatuye sobre el factico que una ley, la cual contenga una determinada sanción penal, a un hecho que no está expresamente castigado por esta y que ofrece semejanza substancial, pero discrepancia en

cuanto a los accidente naturales, con el delito legalmente penado. Dicha imposición y aplicación analógica consiste una oposición flagrante al principio nulla poena sine lege involucrado en el párrafo tercer del artículo 14 constitucional. En efecto, según tal postulado, no se debe aplicar ninguna pena que no este expresamente decretada por una ley para un determinado delito. Pues bien, la apelación por analogía de una sanción penal supone la ausencia de una disposición legal exactamente aplicable al hecho de que se trate, por lo que habría que recurrir a una norma que, imponiendo cierta penalidad a un delito que presente semejanza bajo cualquier aspecto esencial con el mencionado hecho, pudiera hacerse extensiva a éste. Entonces, la pena que se pretende imponer al hecho no penado en la ley, no tendría una existencia legal previa, por lo que se violaría el aludido principio.

Toda ley está motivada por muy diversos factores de variada índole que en su conjunto consisten su causa final, puesto que los elementos de su misma motivación implican su objetivo. Sí mediante una ley pretende resolverse un problema económico, social o político, este sería la causa de su expedición, a la vez que su finalidad, ya que la tendencia normativa propendería a su solución.

Constando que, puede suceder sobre que un caso concreto revele los atributos de los factores de motivación y de teleología de una ley, genéricamente considerados, con mayores proporciones o mayor magnitud. Entonces, tomando en cuenta la causalidad final de la norma jurídica como vista a los atributos y la presencia de estos en el caso concreto, la regulación legal puede imputarse a este, lo que implica una aplicación por mayoría de razón.

Ahora la aplicación de una ley por mayoría de razón se subsume en elementos trascendentales o externos a la misma, que concurren en la integración de su causa teleológica, de tal manera que la existencia d ellos con mayores proporciones en un caso concreto origina la referencia normativa a éste. En cambio, la aplicación analógica se basa en elementos internos de la norma, como

son el antecedente y el consecuente abstractos a que se aludió, significando la proyección del consecuente legal al caso concreto que posee semejanza sustancial o esencial con el caso abstracto implicado en la norma. En otras palabras, mientras la aplicación por analogía exige la coincidencia de la hipótesis legal general con el caso individual desde el punto de vista de su esencia o substancia, pues de no ser así habría aplicación indebida, como ya se dijo, tratándose de la aplicación por mayoría de razón tal coincidencia no debe existir, siendo el hecho abstracto y el concreto totalmente diferentes en sí mismos considerados, tanto por lo que se ve al elemento sustancial como a las notas o cualidades accidentales principales. Por ende, basta que haya una concordancia en esencia entre el antecedente normativo y el caso individual, con naturales discrepancias accidentales, para que no se trate de aplicación por mayoría de razón, sino por analogía.

De todo esto, se ingesta como el numeral 14 constitucional, constituye fuente de certeza y validez jurídica que escudriña las demás garantías, aplicando su soltura constitucional, al referente de una protección a los derechos fundamentales, naturalmente reconocidos, y que junto de esto, el principio de exacta aplicación a la ley, es un referente de primer plano, para el tema que nos ocupa, al ser este, el que constriñe el acto de autoridad que se traslada a lo que sería la formal prisión, sujetamiento o vinculación del proceso, que si bien, alienta únicamente un inicial acto de futura determinación, la cual está inmersa en un numeral constitucional distinto, como es el 16 y 19 del Pacto Político, también, lo es que dicho acto, es de axiología característica de una exacta aplicación normativa, al tipo característico, que se integra de los elementos externos, normativos y subjetivos, de los cuales, impera un régimen adjetivo, de probanza necesaria y sustantivo, argumentativo y dogmático penal.

4.3) GARANTÍA DE SEGURIDAD EN CUANTO A SU CAUSA LEGAL DEL PROCEDIMIENTO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

El artículo 16 de de la Carta Magna, al igual que el numeral 14 antes señalado, es uno de los artículos que esbozan sobre la cualidad específica que entraña un estado garantista y que lo refleja, mediante normas del más alto interés de protección, ajustando en su ser, lo conocido nuevamente bajo el principio de legalidad, la cual atina sobre la protección que es embestido el ciudadano o gobernado de una posible afectación arbitraria, poniendo a salvo los intereses jurídicos de este, pudiendo hacer valerlo mediante un órgano de control constitucional, así como por lo muy pobremente respetado, que es el control difuso de la constitución.

Empero, dicha disposición, se ajusta inclusive de forma legislativa al encerrar normas e inclusive reglamentos, que hacen velar sobre el principio de legalidad y en el caso en concreto sobre los actos de molestia, registrando una debida tutela, que en algunos pocos pero sustanciosos, aun despotrican en su insulsa aparición, depreciando algún vestigio de garantía y legalidad.

Ahora bien, ya en discusión del numeral en cita, contiene varias garantías de seguridad jurídica, siendo como primer punto de estudio en su tendencia del respeto al acto de molestia en una parafernalia de simetría constitucional, como lo es el debido respeto de mandamiento escrito del acto de autoridad, concerniente a lo exclusivo del artículo 14 constitucional.

De lo que se aprecia, cómo dicho artículo 14 constitucional en cita programa sobre su eje una garantía de audiencia sobre actos únicamente privativos de un derecho, en cambio el numeral 16 constitucional supedita sobre la protección a todos los actos de molestia, que tienen mayor alcance extensivo de

protección en atención a los actos que se pueden incluir por la simple molestia, que los que nacen del artículo 14 constitucional.

Es decir, el artículo 14 constitucional es únicamente aplicable a un principio de audiencia con respecto a los actos privativos de un bien jurídico, que excluyen de protección a aquellos actos que por su naturaleza no son privativos, pero no por esto menos importantes, como lo son los actos de molestia que están tutelados en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Que va más allá, toda vez que al ser un acto de privación un segmento de cualidad gradual, aleccionado de altivez mayor, este debe de contener además de una formalidad previamente establecida, con los elementos esenciales del proceso, un contenido de legalidad que alienta el artículo 16 constitucional, debiendo contener, cuando se trate de actos privativos o de actos de molestia, la validez constitucional de los mismos debe derivar de la observancia de las garantías consignadas en los tres últimos párrafos del artículo 14 en sus respectivos, así como de las contenidas en el artículo 16 de dicho Pacto Federal.

Al respecto el maestro Burgoa señalaba que “los datos de autoridad que necesariamente deben supeditarse a las exigencias que establecen las garantías consagradas en la primera parte el artículo 16 constitucional, son todos los posibles marginales, pudiendo traducirse específicamente en los siguientes tipos:

- 1.- en actos materialmente administrativos que causen al gobernado una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes jurídicos, sin importar un menoscabo, merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho ni una imposición para el ejercicio de un derecho.

2.- en actos materialmente jurisdiccionales penales o civiles, comprendiendo dentro de este ultimo genero a los mercantiles, administrativos y de trabajo.

3.- en actos estrictos de privación, independientemente de su índole formal o material, es decir, en aquellos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera jurídica subjetiva de la persona o la aludida imposición.

Respecto del primer tipo indicado, los actos correspondientes solo deben sujetarse a las garantías implicadas en la primera parte del artículo 16 constitucional, mientras que los comprendidos en las otras dos especies señaladas, además de estar regidos por tales garantías deben ajustarse a lo dispuesto en los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 14 de la ley suprema, en los casos relativos".²¹²

El acto de molestia, como se ha venido refiriendo es una aplicación que hace una autoridad con el efecto de perturbar o afectar la esfera jurídica de los gobernados.

Advirtiéndose que este tipo de acto se manifiestan aun cuando la autoridad no pretenda privar de algún derecho a los gobernados, basta la simple afectación a alguno de los derechos de aquel, como lo son la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones.

Pudiéndose afectar sobre esto, no solamente la individualidad psicofísica, de forma material y corpórea, sino sobre sus intereses y derechos inherentes a la propia personalidad como la capacidad, entendido aquel quantum de la generación de derechos o cumplimiento de obligaciones, consumando sobre un criterio inherente de la personalidad jurídica, de acuerdo con esto, el acto de molestia, condicionado por las garantías que dicho precepto contiene, afecta a la

²¹²BURGOA, Ignacio. Las garantías individuales, Trigésima Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 2003, P. 575.

persona jurídica en caso de que le restrinja la mencionada capacidad, impidiéndole adquirir los derechos que se atribuyan a la personalidad genérica por modo abstracto o que sean inherentes a la determinada categoría general de sujetos, dentro de la que el particular se encuentre comprendido, involucrando en este contexto el propio en forma estructurada, el llamado domicilio.

El cual se aprecia como el lugar en que la persona tenga establecido su hogar, el cual no debe traducirse en el domicilio legal propiamente dicho, que es el lugar donde el individuo deja ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, sino en el domicilio efectivo, o sea, en el sitio donde la persona resida realmente, es decir, donde sea establecida su habitación, en cuyo caso la perturbación necesariamente debe recaer en los bienes y objetos que dentro de ella se encuentren, resaltando que es posible una confusión entre la afectación que conlleva los bienes insertos en ese, el cual caería también dentro del característico poder de hecho como lo es la posesión, ya que puridad de concepto el domicilio entraña el salvaguardo de periferia del convivencia mas intima.

Por lo que hace a los papeles, encierra el encabezado de una debida protección a los documentos, que hacen proclives el anunciamiento de un posible derecho o una obligación, las cuales pueden ser requisitadas, pero con un pleno sentido de certeza y legalidad, mas no como un medio de pesquisa arbitraria, que en cierta forma, pone un candado de difuso de la figura de aquellas visitas corrompidas.

Siendo palpable, para la anulación de que los representantes de la gobernabilidad o entes de autoridad se apropien como aves carroñeras de documentos que versen en una directa o indirecta afectación con el simple desenlace de un sistema encolerizado y vengativo.

De todo esto, una de las formulas que imperan la determinación de respeto en observancia de la seguridad jurídica que debe de ceñirse cualquier acto de

molestia sobre los bienes jurídicos ya señalados, es el tocante a la autoridad competente.

La cual concierne al conjunto de facultades con que la propia Ley Suprema inviste a determinado órgano del Estado, que como ya se ha dicho solo están facultados para lo previamente establecido, no pudiendo exceder de esto, sin que se vulnere dicho acto, y por ende sea la nulificación al ser chocante de principios constitucionales básicos, asimismo al respecto, se tiene entrelazada la figura de la jurisdiccional, del cual un orden normativo, principalmente orgánico o reglamentario, otorga a cierta autoridad

Estableciendo como, la legalidad se arroja una vez más como piedra basamental de un estado de derecho democrático social y garantista, la cual envuelve en una estela de protección el sistema de derecho positivo, del cual como ya se ha manifestado, sería nugatorio cualquier otro derecho, pisoteado a pasos gigantes, solo esperando la probidad y piedad.

Bajo este contexto, llega lo que ha satisfito al llamamiento jurídico de todo acto de autoridad, que se ha denominado bajo el rubro de la fundamentación, del cual, obliga que los actos que originen la molestia, deben basarse en una disposición normativa, que señale la situación concreta.

Donde las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite, en el cual las autoridades deben versar sobre las facultades expresas para actuar, o sea, que la emisión legal para desempeñar determinado acto de su incumbencia y que está este aleccionada en forma clara y precisa, imponiendo la obligación de que el órgano del Estado del que tal acto provenga, este investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica, que el propio acto se plantea en dicha norma, que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas, que contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyan.

Dicho numeral contempla como medio de congruencia con un sistema legal, la llamada **MOTIVACIÓN**, que implica la concreción del acto de molestia, con la norma jurídica, al caso particular, encuadrando dentro del marco general correspondiente establecido por la ley.

De esto se tiene que ajustar el acto de molestia, en justificación de una fundatoria de derecho previa, y que sea ajustable al hecho o situación en particular, aducir los motivos que justifiquen la aplicación correspondiente, motivos que deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades objetivas de dicho caso para que este se encuadre dentro de los supuestos abstractos previstos normativamente.

Esta constituye una verdadera obligación de la autoridad, de la cual debe reposar todos y cada uno de los actos, pues nada faculta la norma, si verdaderamente, no es aplicado y sustanciado al caso en particular, explicando debidamente y circunstanciadamente, los motivos lógicos jurídicos, sobre la cual existe ese basamento de interpretación sobre la situación fáctica.

Por lo cual, la seguridad jurídica, refleja el sentido de una previa y formalmente constituida hipótesis normativa, que construya el primer plano de un silogismo jurídico, que se verá conjuntado de forma armoniosa, con la adecuación hacia el supuesto específico, la cual debe ser de forma clara, ya que lo dispar, haría no solamente nulo de origen la actuación, sino aun mas violatorio de garantías, precisamente en una seguridad jurídica, que entrañaría un subterfugio de autoritarismo aberrante, debiéndose cumplir para esto, con un requisito formal, debiéndose esbozar las disposiciones legales, aplicables al caso en concreto y sus respectivos motivos, así como el hecho que esos motivos sean reales, ciertos y aplicables al acto.

La tesis que la jurisprudencia de la Segunda Sala del Máximo Tribunal explicó estas cuestiones fueron los siguientes para que la autoridad cumpla la garantía de legalidad que establece el artículo 16 de la Constitución Federal en canto a la suficiente fundamentación y motivación de sus determinaciones, en ellas debe citar el precepto legal que le sirva de apoyo y expresar los razonamientos que la llevaron a la conclusión de que el asunto concreto de que se trata, que las originan, encuadra en los presupuestos de la norma que invoca.²¹³

Además, el artículo 16 constitucional encierra en su ordenamiento, la circunstancia que dicho acto de autoridad debidamente fundado y motivado, conste de forma escrita, en exclusión de una metodología o instrumentación verbal, la cual y en sentido inherente a dicha disposición, vierte un modelo probatorio, que asemeje una posible impugnación ordinaria o constitucional así como las posibles responsabilidades a la violatoria de certeza jurídica, misma que será expedida por autoridad competente, la cual inclina en un aspecto que ya ha quedado narrado en el presente escrito, simplemente manifestando, que la competencia se derrama, en un reglamento o ley orgánica, que imprima de validez y facultades los actos que de ella emanen, y que por lo general, se sustenta en un acto de autoridad ordenadora y ejecutora, esta última que lleva o trata de realizar la orden registrada por su superior quien se estima como la ordenadora competente.

Aunado a que se tiene que esbozar los preceptos fundatorios de legalidad estrictamente aplicable al caso en concreto, puntualizándose los motivos que alentaron a la autoridad de imprimir dicho subjetivo específico, teniéndose que versar en un útil probatorio como lo es la escritura, se tiene que hacer del conocimiento previamente o simultáneamente, debiendo de constar fehacientemente, sobre el origen de dicho mandamiento, de lo cual el propio ordenamiento constitucional, utiliza la fuerza que tienen los gestos gráficos,

²¹³ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, vol. Parte III, Sección Administrativa, tesis 402, p. 666 CD-ROM IUS: 395330.

provenientes de la parte neuronal central, reflejada en un grafismo, identificable a un puño u origen individual, como lo es la firma autógrafa.

Por otro lado y no obstante que el presente texto, fue resumido sobre los aspectos propios del numeral 16 y 19 constitucional en referente a la orden de aprehensión y o detención, y el ahora vinculativo procesal, también formal prisión o sujeción, como piedra medular, es menester hacer un breve comentario, sobre las accesorias, pero no menores garantías que contextualizan este punto, como lo es sobre la detención que se hace al gobernado, la cual debe ser siempre mediante una orden, emanada de autoridad limitativamente judicial, pero que al respecto, y como ya se ha dicho cumpliendo entre otras circunstancias, anteriormente el cuerpo del delito y ahora solamente esos datos.

Lo cual ya fue turnado de información en el presente trabajo, solo agregando, la excepción a esta ya tan vituperada requisitoria, como lo es en la flagrancia que es la detención material, al momento de la ejecución del hecho incentivado de criminalidad, de la cual se ha instaurado distintas figuras que acompañan, en forma extensiva, esta figura, bajo el nombre de cuasiflagrancia y presunción de flagrancia o flagrancia equiparada, ya que dicha reforma en cuestión del 18 de junio del 2008, toma la figura de la cuasiflagrancia, la cual cualquier persona podrá detener al infractor o posible infractor en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, aludiendo a la bajo el título de flagrancia al momento de la comisión del hecho y el inmediato siguiente cuando se persigue al indiciado, reprobando los excesos en la regulación del concepto de flagrancia equiparada.

Siendo necesario como requisito que debe existir un registro inmediato de la detención, la cual resulta indispensable como medio de control que evite abusos de la autoridad, no solamente para una identificación del llamado indiciado.

La otra excepción se refiere a los casos urgentes, siempre que se trate de delitos calificados por la ley como graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado, pueda sustraerse de la acción de la justicia no exista posibilidad de haber intervenido a la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público puede, bajo su responsabilidad ordenar la detención, fundando y motivando su decisión.

4.4) GARANTÍA DE LEGALIDAD EN CUANTO AL ENCAUSAMIENTO JURÍDICO PROCESAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.

El numeral 19 de la constitución, es otro inserto de legalidad en un cuerpo normativo político jurídico, que constriñe el sentido del estado de forma orgánica y en pleno respeto de las garantías, necesarias para la conculcación de las facultades y prerrogativas, que dirigen la vida gregaria e individual, de forma pacífica y en respeto de su formación naturalista, la cual periferia en un criterio ya más jurídico penal, en observancias de los requisitos y formas convenidas para una certeza y seguridad, a los mínimos éticos sociales de mayor singularidad, como lo es la vida y la libertad.

Así que la primera garantía que enfatiza, es el referente al término que tiene la autoridad judicial para el ahora llamado vinculación a proceso, que en términos generales, y solo en una disolución de nombres con supuesto sentido acusatorio, es lo mismo que el anteriormente llamado formal prisión o sujeción a proceso, según el caso, término o plazo mejor dicho de setenta y dos horas, del cual no podrá excederse en perjuicio del imputado, en donde se debe señalar, delito, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y la por su puesto involución constitucional de los datos de la existencia del hecho y la probabilidad del indiciado de la comisión de este.

Respecto esto, al decir vinculación a proceso, se propone como un concepto, supuestamente mas afín con la teleología de la reforma, al ser este solamente un inicio de investigación, pruebas y argumentos sobre una única imputación, la cual se deberá debidamente de acreditar en el proceso y cumpliendo ciertas formalidades y principios, como lo son de continuidad, concentración, contradicción, intermediación y publicidad, y que bajo una semántica, de un falso garantismo, constituyen como una garantía, que el imputado o indiciado, tenga que defenderse únicamente, ante el juzgador, por lo cual bajo este criterio, el ministerio público, ofrece una laxitud o estandarización moderado, mínimo o nulo de probanzas, no hacia si el imputado fue o no quien cometió el hecho que se le imprime, sino de si existe o no hecho delictuoso, es decir un presunto delito para un presunto delincuente.

Pero lo rescatable, si es que se puede decir así, es que comprimen la prisión preventiva a la ultima causa, en el supuesto que no se pueda garantizar de otra forma la presencia del indiciado en el proceso acusatorio, en el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, los testigos o la comunidad, cuando estés siendo procesado o haya sido sentenciado por un delito doloso, esto solamente, si es solicitado por el Ministerio Público, empero oficiosamente el juez ordenara la prisión preventiva en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Lo cual pudiera verse loable, de parte de los constituyentes penales, pero no alcanza el verdadero sentido de una reforma tan importante, que encrespan los principios más propios de respeto a las garantías constitucionales, ya que por una parte esbozan ese verdadero espíritu normativo de una prisión preventiva, la cual se adentra en una posible dubitación fundada que el indiciado, pueda sustraerse a la acción de la justicia, su proceso y por ende a la necesaria punición del acto, como además, por la peligrosidad o temerosidad del indiciado, penda de un alfiler

la seguridad de la víctima, testigo y aun mas de todo el núcleo social, la cual una vez más, encuentra sentido lógico y formal, obviamente todo esto bajo la tutela de la legalidad, ya enunciada como la fundamentación y motivación debida.

No obstante, también podemos considerar el llamado derecho penal del enemigo en la continuación de dicho párrafo constitucional, al abrir un aspecto de oficio sobre la prisión preventiva, haciendo a un lado, la recién incorporada presunción de inocencia y los ya no tan recientes tratados internacionales, como la convención americana de derechos humanos y el pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Los cuales legitiman y dan fuerza pública a la presunción iuris tantum de la inocencia del imputado al delito, pero que como ya se ha puntualizado, la infracción como tal, intensifica la necesidad de una prisión preventiva, con todas las consecuencias que esto conlleva, como la estigma social, el maltrato físico y psíquico penitenciario y la disgregación familiar y social, disposiciones que a todas luces, reflejan una política criminal hacia la llamada delincuencia organizada.

De igual forma, el actual artículo 19 constitucional, no difiriendo mucho del anterior, señala que todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación 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 investigación separada.

Sobre este aspecto, entraña el primer punto, referente a la inmovilidad de la acusación o imputación, que se ve sometido el indiciado bajo el auto vinculante, que como siempre ha sido alberga muchas discrepancias sobre la naturaleza de tal acto, insinuando por una parte sobre una litis cerrada, que se encadena en dicho auto, pero tiene realmente los alcances de una litis cerrada, en la cual será materia, mediante una invariación a la acusación que formula un órgano técnico como lo es el Ministerio Público, o si por razón de un derecho público, el juez

puede no solamente reclasificar el delito, sino profundizar e imputar nuevos elementos al indiciado, sobrepasando esa parcialidad y trilogía procesal, de la cual solamente tiene que reflejar su imperio jurisdiccional a las pretensiones ubicadas por cada una de las partes.

Igualmente, dicho párrafo constitucional, refiere que el proceso se seguirá por el hecho o hechos delictivos, que al respecto refleja la duda, que cuales hechos, si el Ministerio Público, al mediante esta reforma constitucional, es un órgano meramente informador, al poder judicial, pero ni siquiera es de hechos, sino de datos del hecho o también de la presunción de un hecho o hechos, ni siquiera definidos, lo cual sin duda cumple una necesidad estadística, de consignaciones, acciones de remisión o vinculación a proceso, en un fin populista de una pseudo política criminal.

4.5) VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS DESDE EL PUNTO DE LA REFORMA CONSITUCIONAL PENAL DEL 18 DE JUNIO DEL 2008.

La constitución, como fuente y nacimiento de los derechos que han sido cúspide de respeto y congruencia en nuestro aun incipiente, estado de derecho, ha visto un claroscuro, sobre su capacidad protectora y medio de luz jurídica, pues las distintas legislaturas, que han devenido de las reformas que ha permeado en la constitución, describen la verdadera y real importancia, que contiene los normativos políticos.

Como ya se ha dicho en el transcurso del presente trabajo de investigación, uno de los instrumentos, que como gobernados se asienta, es la protección, que arroja sobre todo ente físico e inclusive moral, por parte de los órganos de protección constitucional, que por medio de una aplicación directa de los preceptos constitucionales, velan por el debido salvaguardo que entera un estado normativo.

Donde estas, son asimiladas por órganos especializados o formados para su protección, dándoles una terminología de poderes de control constitucional, los cuales obviamente tienen origen, de numerales de la carta magna, nacidos meramente para protección de las garantías que de dicho pacto fueron inspiradas.

También se figura como un ámbito de protección, el llamado control difuso de la constitución, la cual es la ficción jurídica que entraña sobre la cerradura y vigilancia necesaria y obligatoria, para todos y cada uno de los órganos encargados de la aplicación normativa e incluso cabría en un supuesto lógico, quienes versen en la ejecución del sistema normativo.

Pues todo instrumento legal, proviene de la cúspide política jurídica, como lo es la constitución, en un entramado de criterios sociales, económicos y culturales, la cual no puede escapar ninguna otra sintomatología jurídica, por ende se entiende que las leyes que de ella deriva, contiene los mismos criterios, razón e interpretación, a lo cual, quienes son los encargados de la aplicación y ejecución, también deben encontrar este criterio y así respetarlo, no irrumpiendo sobre la validez de los factores reales de poder del cual derramo en la ilustración constitucional.

Ahora al ya señalar, como todo acto público, debe de constreñirse a una disposición, interpretación y ejecución axiomática constitucional, deben de ser positivos toda la sustancia que engendran los derechos humanos y garantías que en esta se facultan, empero como ya se ha manifestado, todos estos derechos, facultades y prerrogativas, se verían nugatorias, sin el debido cumplimiento a un principio de legalidad y certeza jurídica, en un aspecto procedimental o procesal.

Las cuales en todo la extensión de la palabra, se deben de constatar a la luz natural del derecho y que en el caso en concreto, impera sobre su protección desde una incoación o vinculación hasta la sentencia, de las cuales, no entrañaría, como se quiere y se hace ver en el contexto legislativo que dio origen a la reforma

en cuestión, al referir que debe de existir una laxitud en el momento investigatorio administrativo, del órgano persecutor, y una mínima exigencia de requisitos por parte de la autoridad jurisdiccional, para un sujetamiento o vinculación a proceso, pues de lo contrario, se estaría condenando en un auto interlocutorio.

Prologando sobre la demagogia y aspiración populista de dicha reforma, ya que si bien el auto ahora vinculativo, o procesamiento, solo es un medio jurídico, en el cual se va a conformar la trilogía procesal y la expresión de la litis, este auto debe ser fundado y motivado, sobre las circunstancias que dan origen al motor jurisdiccional y por supuesto, a la acción que el Ministerio Publico, tiene un ya menor monopolio.

Es decir, jamás se estaba y se estaría condenando a persona alguna, con la formal prisión, sino únicamente, constituyendo sobre un inicio de las facultades e intervención del poder judicial, sobre un hecho que fue consignado por el Representante Social, pero que claro, debe de cumplir con ciertas características y elementos de forma y fondo.

Que no demerita, ningún trabajo extra o exhaustivo, al verse este, como un instrumento que da origen a la prisión preventiva, con todas las consecuencias que esto conlleva, por lo que dicho auto vinculativo, no daría lugar de ninguna forma a una condena anticipada, pues únicamente demostraría sobre una presunta o probable responsabilidad y enfáticamente, que se ha cometido un delito, ya que vertería en un absurdo, el inicial un procesamiento, sobre un hecho que todavía no saben si es delito, y solo se haga presumible que puede existir.

Pues esto, es lo que se plantea en la actual reforma constitucional, a los artículos 16 y 19 de dicho pacto jurídico, ya que cambian de lo que se entendía y conceptualizaba como cuerpo del delito a los datos de la existencia del hecho, lo cual obviamente responde a devenires históricos políticos, sobre la anulación de esta arraigada figura procesal sustancial en nuestro sistema jurídico.

Sobre esto, los constituyentes reformistas, implicaron un criterio de un nuevo garantismo antes olvidado y supuestamente vituperado, el cual subsume el derecho de defensa que tiene el indiciado de la imputación que hace de él, la Representación Social, concediendo para el imputado, muy eficazmente este derecho, al darle la oportunidad de defensa, solamente ante el órgano jurisdiccional, no antes, pues como va a ser posible que se defienda desde en la averiguación previa, no esto va en contra de la constitución, por lo cual solo puede existir un principio de contradicción, respondiente al sistema acusatorio, hasta el momento que se encuentran en presencia del órgano judicial.

Por lo cual, el ministerio público, tendrá todas las facultades y facilidades posibles, para que integre la averiguación previa a su orden y criterio, mandándola inclusive sin pruebas que demuestre que existe delito, pues ahora también es constitucional la probable o presunta comisión del ilícito.

De todo esto, lo único que motivo la actual reforma penal, fue el alto índice de impunidad que existía, debido a un alto índice de corrupción, ineficacia y un alta carga de trabajo, pero que no es justificante, para un retroceso a una aparente reforma penal integral, que cuidaron estos aspectos, en vista de una política criminal de datos, como lo es el futuro aumento de consignaciones y vinculativos a proceso, que va a cercenar algunos reclamos, por parte de la sociedad, pero que solo agrava la situación, ya que con esta reforma, no ataca la corrupción que es la principal causa, sino alienta aun mas a esta, pues ya se incorpora como un medio jurídico, el principio de oportunidad.

Atentos a esto, el concepto cuerpo del delito, no debe ser visto, como un criterio dogmatico en discusión con las teorías causales, neocausales, finalistas, funcionalistas teleológica o normativa, pues esta figura tiene vida y autonomía propia, y solo responde a un pensamiento y contexto cultural jurídico, que dio pauta a un instrumento de comprobación probatoria pero de naturaleza sustancial,

la cual si se apoya en criterios dogmaticos penales, pero no a un encarecido precio teórico.

En otras palabra, el cuerpo del delito, adopto una figura muy mexicana, al verse compelido a criterios jurídicos, desde la Constitución de Cádiz en su artículo 287 y más propiamente en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 en su artículo 44, fueron la antesala a un valorativo muy especial en los artículos 16 y 19 constitucional, la cual se dice que se sabía perfectamente que se entendía por esta figura hasta 1993, antes de la reforma, que implicaran ya un modificativo, proveniente de criterios y posturas internacionales principalmente alemana.

Empero dicha figura no respondía a ese criterio y lo único que enfatizo, fue la carencia de criterios y un seguimiento a las teorías de moda en el sector jurídico, comenzando discusiones ríspidas, confusiones y momento de oportunidad política, ya que desde este momento, se comenzó con una serie de iniciativas, propugnadas desde el ejecutivo federal, para la eliminación de lo que en ese momento se llamo elementos del tipo, como lo es en 1997, la cual versaba de ahora solamente acreditar los elementos objetivos, lo que en ese momento se veía como una probable o presunta comisión del delito, la cual se vio guardada hasta que en el 18 de junio del 2008, fue consumada dicha misiva, bajo el panorama que la figura cuerpo del delito, es una figura caduca y fallida para nuestro actual sistema de justicia acusatoria, ya que lo único que requiere el órgano jurisdiccional, para una vinculación a proceso, son datos o una simple información presuntiva sobre un hecho, lo cual ahora –falazmente- si tendrá el imputado el derecho de defensa y no se verá al arbitrio del Ministerio Público, por lo cual y para hacer esto, hay que dar una completa laxitud a los requisitos que tiene el órgano acusador, pues si no se hace de esta manera, peligra un principio de contradicción.

4.6) PROPUESTA DE ADAPTACIÓN DE UN MODELO LEGALISTA EN LOS ELEMENTOS PRELIMINARES DE COMPROBACIÓN, CUERPO DEL DELITO.

La constitución es el marco normativo, del cual se ve susceptible de certeza y seguridad en un contexto de respeto a las garantías que se dice, son reconocidas por el cuerpo político jurídico nacional, los cuales a través de disposiciones fuentes, producen naturaleza constructiva de legalidad, como lo son los numerales 14, 16 y 19 constitucionales.

Estos tres extremos cotejan en un sentido coyuntural, mas no claro, sobre la legalidad que se debe ver sometido un seguimiento penal, a titulo procedimental y procesal, adquiriendo validez, sobre los instrumentos y figuras que se incorporen en el catalogo jurídico, del cual proponen un cierre asiduo de la naturaleza y requisitos que debe de cumplir las actuales o nuevas figuras jurídicas.

De esto vemos como en los últimos años, han devenido reformas sustanciosas, accesorias, evolutivas e involutivas, en el pro de una reforma estructural de índole punitivo, la cual sostienen un proceso histórico legislativo, que han arrojado datos estadísticos, que no han cumplido con las expectativas y el reclamo social.

Parece ser que no hay forma de escapar de la delincuencia, en un estado que cada vez mas arremete el crimen o delincuencia organizada, los robos de vehículo, corrupción, contrabando y por supuesto delitos contra la salud, que han superado cualquier expectativa de logro y triunfo del actual sistema de seguridad, pero la cuestión se vierte incesantemente, sobre si es posible la renuncia y supeditación de las garantías individuales, siendo enfáticos en un derecho penal del enemigo que responda a una política criminal, desesperada por una recuperación de la seguridad, de la que hoy si se puede decir, es nula, o se debe reforzar la seguridad, capacitando y reclutando policías, combatiendo la corrupción o como también muchos se han pronunciado, regular lo ilegal, como son las

drogas, cuál de los caminos permeara, en un estado que logre brindar la seguridad interna de sus habitantes, sin que decline y se vulnere en el intento.

Así las cosas, la oferta es amplia, pero definitivamente la respuesta, no puede ni debe contemplarse como el resquebrajamiento de las garantías individuales, pues el estado en su carácter de garante de dichos proemios, es atribuible de la velación de los principios más básicos, pues estos subjetivos son los que hace posible la vida gregaria en un marco de respeto, que asienta sobre el orden y cumplimiento de los derechos y obligaciones, así como parte de una cultura de legalidad del cual nos debemos identificar, pues el grito de justicia, ya vierte en tintes de venganza, la cual lo único que sienta una base institucional son estos derechos, que al declinar alentaría a la barbarie descomunal

Pero sobre esto, debemos insistir al respecto que los cambios regulatorios o derogatorios de toda reforma constitucional como la vista el 18 de junio del dos mil ocho, deben de constreñirse a una realidad social y una justa causa, que realmente responda a la exclamación de una cultura e idiosincrasia, que traduzca una regulación de un ente factico jurídico, asidua a una verdadera correspondencia y además que incruste por su tendencia axiológica un mejoramiento de las convergencia humana.

En este contexto las reformas que contemplen principalmente los articulo 14, 16 y 19 constitucionales, son la base orgánica de igualdad, respeto y justicia, del cual proseguirán las demás prerrogativas constitucionales, para las cuales como ya se han dicho, deben responder a las necesidades que se exijan en el momento político, económico y social, como lo es la seguridad pública, pero en respeto cíclico a la naturaleza jurídica que contienen estas disposiciones constitucionales, que van más allá de una política criminal muchas veces demagógica y de resultados tempranos, sino de un espíritu ontológico del cual ha respondido el mismo nacimiento de la actual constitución, al responder de una tutela de la libertad y la vida frente a las afectaciones autoritarias.

Los más básicos intereses jurídicos liberales se reconocen en sus primordiales manifestaciones por la carta magna. Pero este reconocimiento de la potestad liberal, que supuestamente encuentra sentido en un subjetivo público humano, pierde todo sentido, sin estas garantías de orden y seguridad jurídica, ya que son las únicas que cumplen con el criterio de oposición al poder público, del cual y en una respuesta de afectación bilateral, tiene la obligación de asegurar que el derecho que ejercita o pretende ejercitar el gobernado no puede ser arrebatado ni restringido, sino mediante las formas previamente establecidas, por medio de un órgano responsable y cumpliendo con los requisitos sustantivo que funden y motiven el acto de autoridad.

Las garantías individuales, en concreto de audiencia, no son meros derechos concedidos por un marco político, sino son verdaderas necesidades jurídicas, naturales, que permea más de un prototipo de satisfacción como ente racional y público, de lo cual permite expresar sobre las necesidades básicas, pues es posible establecer índices que permitan expresar o delimitar una situación de necesidad y, por tanto, a partir de su carácter de insoslayable y de ausencia de otra situación alternativa que nos permiten hablar de criterios objetivos o cuando menos, objetivables, tomándose en cuenta que se trata siempre de una situaciones contextualizadas.

Posiblemente una de tantas características empíricas de los seres humanos mientras estos sean lo que son y responde a la consideración de las necesidades como hechos empíricos cuya satisfacción, en circunstancias dadas, es imprescindible para preservar o restablecer la integridad de la persona, como criterios que constituirán el denominador común de la mayor parte de aportaciones sobre la necesidades, de las que aterrizando mas el tema aportan argumento psicológicamente suficientes, para apoyar razones que parecen mejores o mas fuertes que otras cuando queremos exigir la satisfacción de las mismas.

Bajo este contexto, si las necesidades incrementa o estipula las razones suficientes para exigir la satisfacción o si la exigencia de satisfacción de necesidades humanas da una razón suficiente para el reconocimiento de un derecho, son lo que alienta el nacimiento de las garantías individuales, pues estos solo pueden encontrarse en el ámbito de la razón práctica que significa razón concreta, ya que una fundamentación no puede ser sino critica y racional es decir, el contenido de una argumentación orientada a descubrir razones que expliquen el sentido o el porqué de los derechos y razones que conduzcan a la conclusión, también de una exigencia racional, de su reconocimiento.

Dichas necesidades que fundamentan las razones prácticas de los derechos humanos, cumplen con un contenido de bienestar individual y publico, el cual proviene de un aspecto valorativo, que se necesita perseguir como un bien primordial del sustrato evolutivo racional y que no solo apela a un criterio iusnaturalistas de un orden de valores objetivo, intemporal y universal, que aterrizan sobre la base de criticas racionalmente incuestionables, que complementen sobre lo factico y lo normativo, poniendo en entredicho, sobre cuestionamientos éticas, políticas y sociales, pero imperando estos derechos al ser estos una estructura lógica, que opera sobre las necesidades de existencia, a través de un discurso racional, empero, las necesidades e intereses están informados a su vez por valores, de forma que solo puede salir de este círculo si se sostiene que el discurso debe ser llevado entre valores partiendo de un consenso de orden superior sobre la validez incondicional y absoluta de al menos en valores.

En el cual las normas de forma cíclica, deben de responder a esa idea lógica de la necesidad, que provino de un criterio natural de exigencia racional de forma inmutable y universal, por lo cual, no responde a un momento o instante en concreto, por lo cual debe ser impuesto de forma genérica, categórica y al alcance de todo gobernado, pues fueron esgrimidos esos argumentos, que como se ha dicho no son históricos, sino actuales e inmovible, de este modo, todos y cada una

de los abstractos en el futuro mediato o inmediato, deben responder a criterio de estas necesidades, no aceptando un trato de derecho positivo, algo que infiere sobre cualquier factor real de poder o política ideológica.

Ahora, bajo la concreción conceptual de una necesidad inmutable y universal, que da lugar a la determinación garantista de un respeto a la legalidad y seguridad jurídica, tenemos que vernos inmersos en un amplio predominio de este básico constitucional, la cual no queda dudas, que la destrucción de esto, inspiraría a un régimen aberrante y destructivo.

De esta forma debemos de señalar, como dicha concepto de legalidad, no solo insta en un artículo de audiencia, sino en los ya históricos 16 y 19 constitucionales, ya que si bien, estos instrumentan un régimen procesal de aprehensión y vinculativo, el contexto en el cual se han desarrollado, han impuesto en estos la exacta aplicación de la ley, bajo un predominio sustancias adjetivo, anunciando su bivalencia jurídica, en la cual no responde a una teoría o dogmática dominante, sino a la naturaleza y necesidad que han respondido y deben seguir respondiendo.

Ya que como se ha dicho, el cuerpo del delito, no constreñía un mero proceso o figura informativa sobre unos datos de una circunstancia, sino a un verdadero candado de legalidad, que inserta en un criterio procesal solamente en lo referente a sus calidades probatorias, ahora para bien de una formación jurídica procesal, de los valores más corpóreos de legalidad como la vida y la libertad, debemos de proteger y enfatizar sobre los elementos de un instrumento, que podemos llamar cuerpo del delito, elementos del tipo penal, requisitos de exigencia preliminar, etc.

Pero que responden al mismo fin, que es cumplir con la necesidad racional humana de bienestar en su seguridad jurídica, misma que no se debe dejar al arbitrio de leyes secundarias y por antonomasia de legislaturas conservadoras

radicales o demagógicas, sino que debe responder de una fuente cúspide y dándole la forma de una verdadera garantía constitucional de legalidad procesal, en un ámbito, de apariencia inicial o también preparatoria, pero al respecto, ¿la naturaleza de la litis no justifica su protección?

En base a esto, constituir un estado de legalidad, no vulnera un inicial sistema jurídico penal acusatorio, por lo cual, no es posible que se contemple en dicha reforma, la ya extinta figura de cuerpo del delito o requisitos de exigencia probatoria previa, como una figura anquilosada e infructuosa, dando lugar al nuevo gigantismo penal, que es el de una verdadera defensa de contradicción ante el órgano judicial, al pretender que sean consignados todos los probable delitos, ya podremos defendernos sobre una responsabilidad y un presunto delito.

Por todo esto, es menester la formación de un criterio y sistema normativo que valga de un entramado jurídico de legalidad, ya sea en sentencia definitiva y en un aspecto inicial, pues el derecho de defensa debe verse valido en todo momento, pues no debemos ser solo espectadores de nuestra libertad y se debe exigir, por lo menos, que acrediten que existe un delito, por lo cual el artículo 16 y 19 constitucionales deben ser reformados, para que sean fuente de legalidad en un alcance procesal para quedar, en lo que nos corresponde de la siguiente forma:

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

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos,

por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad **y existan elementos que acrediten el cuerpo del delito**, así como la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión...*

*ARTÍCULO 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresara: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, **así como los elementos que acreditan el cuerpo del delito** y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión...*

Adicionalmente, las leyes secundarias deben situarse en el principio que sostiene la carta magna, como un criterio de legalidad de bifurcación procesal, que como rector principal se encuentra la seguridad jurídica previo a la vinculación procesal, teniendo que contemplar los requisitos mínimos para el inicio del procesamiento punitivo y ubicando un catalogo de supuestos contenidos en la definición de cuerpo del delito, que al respecto versaran sobre la existencia de una acción u omisión, la forma de intervención del sujeto activo, la calidad de los sujetos activo y pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, objeto material, medios utilizados, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos de una valoración cultural o jurídica y los subjetivos específicos.

En ese tenor, es posible que se quedan en el tintero una periferia de conceptos y teorías sobre la denominación o los elementos que impera los relativos artículos 16 y 19 constitucionales y la derivada legalidad en el inicio o

vinculación procesal, así como una directa y puntual aplicación, como pudieran ser una inclusión del dolo a los elementos primarios y preliminares de comprobación o inclusive la aniquilación de culpabilidad en vista de un principio de evitabilidad general como un resquebrajamiento o contrario a la juridicidad, en atención de un criterio normativista o de una expectativa social; lo que sí, es que no podemos permanecer indolentes ante una reforma que afecta de forma garantista a un estado de derecho que se ha formado de una constitución apegada a los más estrictos principios humanos, en donde el procesamiento penal no puede quedar sumida en una opacidad, al ser por esta vía en donde se resuelve sobre uno de los bienes más importantes, como la libertad, ya que no se puede tratar de aquietar el reclamo de injusticia e impunidad mediante políticas criminales divergente de las garantías constitucionales, en las cuales solo se busca una estadística, como si fuera esto la verdadera represión a la delincuencia.

De ello resulta necesario entender al cuerpo del delito, como un criterio básico angular que parte de un principio de legalidad en una paridad procesal, que imprime seguridad de una inicial imputación, donde instaurara de forma histórica elementos básicos para determinar sobre la existencia de un delito, como un medio previo para el inicio de un procesamiento penal.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El cuerpo del delito, se ha estimado desde los instrumento, vestigios, huellas, el cadáver que se aposenta en el acontecimiento homicida y en un criterio jurídico, como el conjunto de elementos objetivo o externos integradores del tipo penal respectivo, así como los normativos y subjetivos que el tipo requiera, del cual se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho

SEGUNDA: Para la comprobación del cuerpo del delito, se debe atender a los elementos materiales y aquellos indicios que pueda comprobar la existencia de un ilícito que no deje vestigios materiales de su perpetración, siendo que para ello la legislación vigente permite al órgano investigador y al jurisdiccional la utilización de todo tipo de medios de investigación para comprobar el cuerpo de delito y la responsabilidad probable o plena de quien lo haya cometido.

TERCERA: La comprobación del cuerpo del delito, es un requisito procesal para que pueda dictarse esa vinculación o sujetamiento a proceso, del cual también es un imperativo que debe establecer la Constitución, advirtiéndose que la comprobación de cuerpo del delito, constituye una valorización de las pruebas obtenidas al vencimiento del término constitucional y es una facultad exclusivamente jurisdiccional.

CUARTA: El tipo penal es el injusto descrito concretamente en la ley en sus diversos artículos y cuya realización va ligada la sanción penal, como un hecho típicamente antijurídico o antijuridicidad tipificada, mediante la cual el derecho penal y la doctrina han creado un medio extraordinariamente preciso para recoger un principio de legalidad.

QUINTA: Para velar por el principio de legalidad, la dogmatica jurídico penal intenta por medio de la teoría general del delito, explicar y sistematizar los

presupuestos generales y todos los elementos que han de concurrir para que una conducta pueda ser calificada como delito.

SEXTA: Fue inserta en nuestro sistema jurídico la exigencia preliminar para un encausamiento, mediante la figura del cuerpo del delito, de forma expresa en 1856 con el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana.

SÉPTIMA: En forma adjetiva, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880, en sus artículos 121 y 157, ya establecían la comprobación de la existencia de un hecho u omisión que la ley reputa delito, como la base del procedimiento.

OCTAVA: Por reformas publicadas el 10 de enero de 1994 se modificaron tanto el Código Federal como el distrital en sus numerales 168 y 122 respectivamente, sustituyendo el vocablo cuerpo del delito por elementos del tipo, como base del ejercicio de la acción penal.

NOVENA: El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado en 1999, modificó nuevamente su texto, regresando a la figura cuerpo del delito, tomando únicamente como requisitos de comprobación los elementos objetivos o externos y los normativos.

DÉCIMA: El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, ahora reformado en 1999, incluye en los elementos de comprobación los objetivos o externos materiales, así como los normativos y subjetivos específicos cuando sean elemento constitutivos esenciales.

DECIMA PRIMERA: El 28 de enero del 2005, se reforma nuevamente, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, determinado que el cuerpo del delito, se tendrá por comprobado cuando se

demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

DECIMA SEGUNDA: El 3 de septiembre de 1993, los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, modificaron sobre los requisitos de comprobación del cuerpo del delito, a los elementos del tipo penal.

DECIMA TERCERA: En el año de 1999, se volvió a reformar la Constitución, para volver a exigir al cuerpo del delito, como la figura jurídica necesaria de comprobación de forma preliminar al encausamiento penal.

DECIMA CUARTA: El miércoles 18 de junio del 2008, se publica en el Diario Oficial el decreto que reforma y adiciona nuevamente los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ahora exigiendo como requisitos previos de una vinculación penal, los datos de la existencia del hecho, rompiendo un esquema de garantismo, bajo el justificante de una laxitud probatoria que hagan posible una lucha contra la delincuencia, así como un desviado subjetivo constitucional como lo es el derecho de defensa ante el órgano jurisdiccional, en un lineamiento de un principio de contradicción, que torcidamente se trata de hacer ver, con dicha reforma constitucional.

DECIMA QUINTA: La Constitución Política, como fuente garantista y cúspide normativa, tiene que hacer respetable un marco de legalidad, del cual, tiene que velar por derechos más básicos como la libertad, la cual se ve implicada con una orden de aprehensión y de vinculación procesal, por lo cual, la contradicción y por supuesto la seguridad jurídica, debe latir, desde un aspecto preliminar o previo, en donde la figura jurídica del cuerpo del delito, es piedra basamental, de la configuración de un verdadero estado de derecho, la cual parte de principios y criterios dogmáticos, y es avocada de un candado jurídico, que permita, procesar únicamente, ante la verdadera comisión de un injusto, constriñendo sobre dichos requisitos, la existencia de una acción u omisión, la

forma de intervención del sujeto activo, la calidad de los sujetos activo y pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, objeto material, medios utilizados, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, elementos normativos, y elementos subjetivos específicos, dejando el proceso a la plena responsabilidad imputada.

DECIMA SEXTA: De lo antes expuesto, se propone las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales para quedar de la siguiente forma:

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

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y **existan elementos que acrediten el cuerpo del delito**, así como la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión...*

ARTÍCULO 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresara: el delito que se impute al acusado; el lugar,

*tiempo y circunstancias de ejecución, **así como los elementos que acreditan el cuerpo del delito** y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión...*

Teniendo las leyes secundarias que contemplar los requisitos mínimos para el inicio del procesamiento punitivo y ubicando un catalogo de supuestos contenidos en la definición de cuerpo del delito, que al respecto versaran sobre la existencia de una acción u omisión, la forma de intervención del sujeto activo, la calidad de los sujetos activo y pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, objeto material, medios utilizados, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos de una valoración cultural o jurídica y los subjetivos específicos.

PROPUESTA

En el transcurso del presente trabajo de investigación, ha sido puntualizado, la necesidad de contar con un régimen jurídico, bajo el resguardo y respaldo de un contexto formativo de legalidad, en el cual se cumple, de una forma constitucional, bajo los imperativos 16 y 19 de la Carta Magna, los que determinan el sentido de una instancia procedimental baja o inicial, de audiencia penal.

Pues son los numerales, que imprimen el criterio mínimo condicional, que debe hacer velar la autoridad, encargada de la acusación y su primigenia consignación, y el órgano jurisdiccional, en su resolutive aprehensivo y el reciente formado vinculatorio penal.

Pero, es suficiente lo establecido en estos numerales, para guardar sobre una legalidad en su etapa previa o preliminar, o son insuficientes tomando en cuenta el supuesto anunciamento garantista, que debe de tener nuestro sistema normativo y en lógica la fuente orgánica como lo es el Pacto Político Federal.

Asimismo el proceso histórico, del cual ha devenido la legalidad impresa en un aspecto previo de la instancia penal, ha sido visible en el transcurrir legislativo, la cual ha tomado una imagen propia de nuestro sistema jurídico, del cual la figura cuerpo de delito, ha forjado una bifurcación adjetiva y sustantiva, del cual se conforma bajo un lineamiento probatorio, cualitativo en grado y uno sustancial que debe respetar la legalidad que justifica la seguridad jurídica.

Es decir, es posible delimitar el nivel probatorio de lo que permite la instancia procesal, pues es verdad, no se trata de juzgar desde una etapa preliminar, pero tampoco de constreñir sobre una incoación penal, sin que exista, ni siquiera delito, en ello.

Pues bien, es claro la naturaleza de una incriminación y su respectivo proceso, cuando no se tiene la certeza o existe una probable o presunta responsabilidad, ya que efectivamente, la premura en el tiempo, la libertad del indiciado y la carga de trabajo que se ve sometido el Ministerio Público, lo que efectivamente haría imposible, pronunciarse sobre un juicio de reproche de forma plena, pero no así, sobre la comisión o no de un injusto penal.

Por eso, debemos de ser expresivos, con la necesidad como gobernados de exigir, que ante un posible procesamiento penal, debe de verse constreñido, a una exigencia que respete sobre los subjetivos más básicos, que son necesarios para un certeza jurídica.

Sobre esto, debemos insistir al respecto que los cambios regulatorios o derogatorios de toda reforma constitucional como la vista el 18 de junio del dos mil ocho, deben de ver a una realidad social y una justa causa, que realmente responda al reclamo de una nación, que traduzca una regulación de un ente factico jurídico, asidua a una verdadera correspondencia y además que incruste por su tendencia axiológica un mejoramiento de las convergencia humana.

En este contexto las reformas que contemplen principalmente los articulo 14, 16 y 19 constitucionales, son la base orgánica de igualdad, respeto y justicia, del cual proseguirán las demás prerrogativas constitucionales, para las cuales como ya se ha dicho, deben responder a las necesidades que se exijan en el momento político, económico y social, como lo es la seguridad pública, pero en respeto cíclico a la naturaleza jurídica que contienen estas disposiciones constitucionales, que van más allá de una política criminal muchas veces demagógica y de resultados tempranos, sino de un espíritu ontológico del cual ha respondido el mismo nacimiento de la actual constitución, al responder de una tutela de la libertad y la vida frente a las afectaciones autoritarias.

Las garantías individuales, en concreto de audiencia, no son meros derechos concedidos por un marco político, sino son verdaderas necesidades jurídicas, naturales, que permea más de un prototipo de satisfacción como ente racional y público.

Así las cosas, como parte de un principio de legalidad, los artículos 16 y 19 constitucionales, toman un factor muy importante, al haber sido el lugar donde permeaba como obligación constitucional, la exigencia de comprobar el cuerpo del delito, y que bajo las premisas de la nueva reforma constitucional, lo define como “datos de la existencia del hecho”, dejando a una legislación secundaria, que defina que se debe de interpretar y entender por esos datos, lo cual deja al arbitrio, primeramente de las legislaturas locales, sobre la definición conceptual de este requisito, el cual contemplaría sobre el poder partidista, conservador, liberal o garantista, que responda en dicha legislatura local y además la política criminal, que dicho ente público responda, la cual los antecedentes nos ha llevado a ver, que son los datos inmediatos, los que quieren hacer valer, esos datos estadísticos y de prensa, para mediante una postura populista, harán notar el número de consignados y de vinculados al proceso, lo cual cumplirán con un falaz combate a la delincuencia.

De esta forma, lejos de exigir que se cumpla con la figura cuerpo del delito, es la exigencia, de que existan requisitos previos o preliminares que cumplan con la legalidad y certeza jurídica, que velaba la figura *corpus delicti*, y que a diferencia de la exposición de motivos de la reciente reforma constitucional, esta figura por historia no respondía a una teoría del delito de moda, ni tampoco era anquilosada sobre el causalismo, que permeaba, y mucho menos era fuente de la impunidad, simplemente era un candado sobre el no encausar o enjuiciar a nadie, si no se cumplía con requisitos básicos para esto, como lo es básicamente, que exista o no delito.

Por todo esto, es menester la formación de un criterio y sistema normativo que valga de un entramado jurídico de legalidad, ya sea en sentencia definitiva y en un aspecto inicial, pues el derecho de defensa debe verse valido en todo momento, pues no debemos ser solo espectadores de nuestra libertad y se debe exigir, por lo menos, que acrediten que existe un delito, por lo cual el artículo 16 y 19 constitucionales deben ser reformados, para que sean fuente de legalidad en un alcance procesal para quedar, en lo que nos corresponde de la siguiente forma:

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

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y **existan elementos que acrediten el cuerpo del delito**, así como la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión...*

*ARTÍCULO 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresara: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, **así como los elementos que***

acreditan el cuerpo del delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión...

Adicionalmente, las leyes secundarias deben situarse en el principio que sostiene la carta magna, como un criterio de legalidad de bifurcación procesal, que como rector principal se encuentra la seguridad jurídica previo a la vinculación procesal, teniendo que contemplar los requisitos mínimos para el inicio del procesamiento punitivo y ubicando un catalogo de supuestos contenidos en la definición de cuerpo del delito, que al respecto versaran sobre la existencia de una acción u omisión, la forma de intervención del sujeto activo, la calidad de los sujetos activo y pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, objeto material, medios utilizados, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos de una valoración cultural o jurídica y los subjetivos específicos.

En ese tenor, es posible que se quedan en el tintero una periferia de conceptos y teorías sobre la denominación o los elementos que impera los relativos artículos 16 y 19 constitucionales y la derivada legalidad en el inicio o vinculación procesal, así como una directa y puntual aplicación, como pudieran ser una inclusión del dolo a los elementos primarios y preliminares de comprobación o inclusive la aniquilación de culpabilidad en vista de un principio de evitabilidad general como un resquebrajamiento o contrario a la juridicidad, en atención de un criterio normativista o de una expectativa social; lo que sí, es que no podemos de permanecer indolentes ante una reforma que afecta de forma garantista a un estado de derecho que se ha formado de una constitución apegada a los más estrictos principios humanos, en donde el procesamiento penal no puede quedar sumida en una opacidad, al ser por esta vía en donde se resuelve sobre uno de los bienes más importantes, como la libertad, ya que no se puede tratar de aquietar el reclamo de injusticia e impunidad mediante políticas criminales divergente de las garantías constitucionales, en las cuales solo se busca una estadística, como si fuera esto la verdadera represión a la delincuencia.

De ello resulta necesario entender al cuerpo del delito, como un criterio básico angular que parte de un principio de legalidad en una paridad procesal, que imprime seguridad de una inicial imputación, donde instaurara de forma histórica elementos básicos para determinar sobre la existencia de un delito, como un medio previo para el inicio de un procesamiento penal.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel. **El Delito Y La Responsabilidad Penal**. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2007.
2. AVILA NEGRON, Santiago. **El Cuerpo Del Delito Y Los Elementos Del Tipo Penal**, Segunda Edición, Cardenas Editor, México, 2006.
3. BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos. **Derecho Procesal Penal**. Segunda Edición, MCGRAW-HILL, México, 2004.
4. BERMUDEZ MOLINA, Eduardo Mario. **Del Cuerpo Del Delio A Los Elementos Del Tipo**, Editorial Procuraduría General De La República, México 1996.
5. BORJA OSORNO, Guillermo. **Derecho Procesal Penal**, Tercera Reimpresión, Editorial Cajica, 1965.
6. CRUZ AGÜERO, Leopoldo. **El Término Constitucional Y La Probable Responsabilidad Penal**, Porrúa, México, 2004.
7. DAZA GOMEZ, Carlos. **Teoria General Del Delito**, Editorial Cardenas Editor Y Distribuidor, México, 1998.
8. DIAZ ARANDA, Enriqe. **DERECHO PENAL**, Primera Edición, Porrúa, México, 2003.
9. DIAZ ARANDA, Enrique. **El dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo- Y La Reforma Penal En México**, Tercera Edición, Porrúa, México, 2001.
10. DIAZ CLEMENTE, A. **El Cuerpo Del Delito**, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987.

11. GARCIA RAMIREZ, Sergio. **Derecho Penal**, Universidad Nacional Autónoma De México, México, 1990.
12. GONZALEZ BUSTAMENTE, Juan Jose. **Principios De Derecho Procesal Mexicano**, Octava Edición, Porrúa, México, 1985.
13. GONZALEZ QUINTANILLA, Jose Arturo. **Derecho Penal Mexicano**, Porrúa, México, 1991.
14. HERRERA BAZAN, Simon. **La Imputacion Objetiva En El Juicio De Tipicidad**, Segunda Edición, Editorial Flores Editor Y Distribuidor, México, 2007.
15. JAKOBS, Günther. **La Imputacion Objetiva En Derecho Penal**, Primera Reimpresion, Angel Editor, México, 2002.
16. JAKOBS, Günther. **SOBRE LA NORMATIVIZACIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**. Primera Edición, Editorial Angel Editor, México, 2003.
17. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **DERECHO PENAL MEXICANO**, Sexta Edición, Porrúa, México, 2000.
18. LARA ESPINOZA, Saul. **Las Garantías Constitucionales En Materia Penal**, Segunda Edición, Porrúa, 1990.
19. LUNA CASTRO, Jose Nieves. **El Concepto De Tipo Penal En México**, Porrúa, México, 1999.
20. LUNA CASTRO, Jose Nieves. **La Antijuricidad Y Los Elementos Subjetivos Del Injusto, Conforme A La Doctrina Tradicional Y Su Evolución Histórica**, Revista Del Instituto De La Judicatura Federal, México, 2000.
21. MALO CAMACHO, Gustavo. **Derecho Penal Mexicano**, Segunda Edición, Porrúa, México, 1998.

22. MANCERA ESPINOZA, Miguel. **El Tipo Penal**, Criminalia Año LXIII, México, 1997.
23. MANCERA ESPINOZA, Miguel. **¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?**, Criminalia Año LXIV 1998.
24. MARQUEZ PIÑERO, Rafael. **El Tipo Penal**. Editorial Universidad Nacional Autónoma De México, México, 1992.
25. MEDINA PEÑALOZA. **Teoría Del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo E Imputación Objetiva** Editorial Angel Editor, México 2001.
26. MEZA FONSECA, Emma. **Aplicación De La Jurisprudencia En Torno Al Cuerpo Del Delito**, Numero 5, Revista Del Instituto De La Judicatura Federal, México, 1999.
27. MEZGER, Edmundo. **Derecho Penal Parte General**, Segunda Edición, Cardenas Editores, México, 1990.
28. MORENO HERNANDEZ, Moises. **Analisis De La Iniciativa De Reformas Constitucionales En Materia Penal (Articulos 16 Y 19)** Criminalia, México, 1998.
29. OJEDA GANDARA, Ricardo. **Diferencias Entre El Dolo Y La Culpa**, Primera Edición, Porrúa, 2007.
30. OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. **La Averiguación Previa**, Decimo Sexta Edición, Porrúa, México, 2006.
31. PAVON VASCONCELOS, Francisco. **La Causalidad En El Delito** Porrúa, México, 1993.
32. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Fundamentos Dogmaticos Del Moderno Derecho Penal**, Porrúa, México, 2001.

33. RAYO MARES, Juan Carlos. **Principios Y Bases Dogmaticos Y Politicos Criminales Para La Nueva Legislación Penal Del Distrito Federal**, Criminalia, México, 1990.

34. ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio. **Cuerpo Del Delito O Elementos Del Tipo: Causalismo Y Finalismo**, Cuarta Edición, Popocatepetl Editores, México, 2005.

35. SILVA MEZA, Juan. **Repercusion De Las Reformas Constitucionales En Materia Penal**, Revista De Política Criminal Y Ciencias Penales, México, 1990.

36. SILVA SILVA, Jorge Alberto. **Derecho Procesal Penal**, Decima Reimpresión, Editorial Oxford, México, 2005.

37. SOSA ORTIZ, Alejandro. El Cuerpo del Delito. **La Problemática en su Acreditación**, Porrúa, México, 1990.

38. UROSA RAMIREZ, Gerardo. **El Cuerpo Del Delito Y La Responsabilidad Penal**, Segunda Edición, Porrúa, México, 2004.

39. UROSA RAMIREZ, Gerardo. **Teoría De La Ley Penal Y Del Delito**, Primera Edición, Porrúa, México, 2006.

40. WELZEL, Hans. **Estudios De Derecho Penal**, Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires, Buenos Aires, 2003.

41. ZAMORA JIMENEZ, Arturo **Cuerpo del Delito y Tipo Penal**, Primera Edición Cuarta Reimpresión, Angel Editor, MÉXICO, 2001.

LEGISLACIÓN

1. **Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.** Ediciones Fiscales ISEF, México, 2009.
2. **Ley De Amparo.** Ediciones Fiscales ISEF, México, 2009.
3. **Código De Procedimientos Penales Para El D.F** Ediciones Fiscales ISEF, México, 2009.
4. **Código Federal De Procedimientos Penales.** Ediciones Fiscales ISEF, México, 2009.
5. **Código Penal Federal.** Ediciones Fiscales ISEF, México, 2009.
6. **Código Penal Para El D.F.** Ediciones Fiscales ISEF, México, 2009.
7. **<http://info4.juridicas.unam.mx/adproius/leg/33/1006/181.htm?s=>**

JURISPRUDENCIA

1. CD ROOM IUS 2009. Suprema Corte de Justicia de la Nación.