

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

***“SUBSUNCIÓN DEL HECHO LESIVO. GARANTÍA
CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTO DEL PROCESO PENAL
EN MÉXICO.”***

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN
DERECHO**

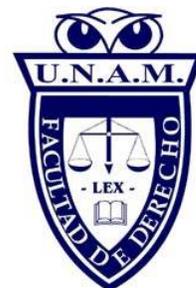
PRESENTA:

NESTOR EDUARDO ROMERO DORADO

ASESOR:

MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA

AÑO: 2014





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**“SUBSUNCIÓN DEL HECHO LESIVO. GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y
FUNAMENTO DEL PROCESO PENAL EN MÉXICO.”**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....I

CAPÍTULO I

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL TIPO
PENAL**

A) *Antecedentes internacionales del cuerpo del delito*

a) Antecedentes de su creación.....1
b) Farinaccio: el precursor del concepto.....4
c) Paul Johann Alsem Von Feuerbach: su primera acepción en el campo
jurídico.5
d) Nicola Framarino dei Malatesta: clasificación y materialismo del cuerpo del
delito.....6
e) Pietro Ellero: la exigencia de su comprobación en sentencias
condenatorias.....9
f) Vincenzo Manzini: el casuismo materialista de su definición.....14
g) Jeremías Bentham: modalidad de la prueba circunstancial.....14
h) Joaquín Escriche Martin: definición del cuerpo del delito.....15

B) *Desarrollo histórico del tipo penal*

a) Franz Von Liszt: la acción antijurídica en el causalismo naturalista.....17
b) Ernest Von Beling: el tipo “puramente descriptivo” en el causalismo
clásico.....22

c) Edmundo Mezger: el injusto valorativo y los elementos subjetivos específicos del injusto en el neocausalismo.....	30
d) Hans Welzel: la acción finalista y los elementos subjetivos del tipo en el finalismo.....	37

C) Antecedentes del cuerpo del delito en México

a) Vertientes doctrinales del concepto en México	
1. Como vestigio o rastro material de la acción punible.....	45
2. Como instrumento o medio de ejecución del delito.....	46
3. Como indicio de la conducta típica.....	47
b) Su conceptualización en la doctrina mexicana	
1.1 General	
1.1.1. Según Sergio García Ramírez.....	49
1.1.2. Según Marco Antonio Díaz de León.....	50
1.1.3. Según Guillermo Colín Sánchez.....	51
1.1.4. Según Julio Acero.....	52
1.1.5. Según Carlos Ernesto Barragán Y Salvatierra.....	53
1.1.6. Según Juan José González Bustamante.....	53
1.1.7. Según Fernando Arilla Bas.....	53
1.1.8. Según Manuel Rivera Silva.....	54
1.2. Especializada	
1.2.1. Según Alejandro Sosa Ortiz.....	55
1.2.2. Según Gerardo Armando Urosa Ramírez.....	57
1.2.3. Según Jorge Ojeda Velázquez.....	57
1.2.4. Según José Nieves Luna Castro.....	58
1.2.5. Según Arturo Zamora Jiménez.....	59
1.2.6. Según Mariano Jiménez Huerta.....	60
1.2.7. Según Enrique Díaz Aranda.....	63
1.3. Otras opiniones	
1.3.1. Opinión de Javier Jiménez Martínez.....	64
1.3.2. Opinión de Leopoldo de la Cruz Agüero.....	64
c) Principales críticas a la opinión de la doctrina mayoritaria.....	65

d) Desarrollo histórico del concepto en la legislación federal.....	66
1. Código de 1880.....	69
2. Código de 1894.....	72
3. Código de 1908.....	76
4. Código de 1929.....	77
5. Código de 1931.....	79
6. Código de 1934.....	79
7. Reforma de 1983.....	81
8. Reforma de 1993.....	82
9. Reforma de 1999.....	88
e) Dos casos de regulación a nivel local.....	94
1. Distrito Federal.....	95
2. Estado de México.....	98
f) Análisis de su interpretación jurisprudencial en México	
1. De los Tribunales Colegiados de Circuito.....	101
2. De la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	104
3. Crítica a la interpretación constitucional.....	107

CAPÍTULO II

ESTRUCTURACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

A) Elementos estructurales

a) Los elementos objetivos	
1.1 Concepto.....	117
1.2 Justificación de su existencia: elemento necesario.....	118
1.3 Elementos que lo integran.....	119
1.4 Elementos que no lo integran.....	121
b) Los elementos normativos	
1.1. Concepto.....	125
1.2. Justificación de su existencia: elemento contingente.....	131

1.3. Autonomía dentro del tipo.....	134
1.4. Relevancia práctica de su alcance.....	140
c) Los elementos subjetivos específicos	
1.1 Concepto.....	141
1.2 Su diferenciación con el dolo.....	145
1.3 Su importancia en la legislación federal.....	148

B) Derecho Comparado

a) En el Derecho Español	
1. Denominación del concepto.....	165
2. Régimen constitucional.....	165
3. Régimen legal.....	166
4. Interpretación doctrinal.....	168
5. Interpretación jurisprudencial.....	171
b) Derecho Argentino	
1. Denominación del concepto.....	174
2. Régimen constitucional.....	174
3. Régimen legal.....	176
4. Interpretación doctrinal.....	178
5. Interpretación jurisprudencial.....	185

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO EN MÉXICO

A) Concepto original en la Constitución de 1917

a) Análisis del Diario de Debates del Constituyente originario	
1. Orden de aprehensión: la existencia de “ <i>méritos suficientes</i> ”.....	197
2. Auto de formal prisión: el “ <i>cuerpo del delito</i> ”.....	218

B) Reforma de 1993

a) Motivos de reforma del Constituyente Permanente.....	226
1. Un Estado más garantista: el máximo beneficio para el inculpaado.....	232

2. El concepto sustantivo-procesal y su elevada complejidad jurisdiccional.....	233
3. La excesiva carga probatoria del Ministerio Público.....	236
4. La escuela finalista de la acción.....	239
5. El problema de las calificativas del delito.....	240
C) Reforma de 1999	
a) Motivos de la “contrareforma”.....	245
1. Problemas y deficiencias en la Procuración de Justicia.....	259
2. Incremento delincencial alarmante.....	263
b) El cuerpo del delito.”	
1. Rescate del concepto original en la Constitución.....	264
2. Potestad de integración conceptual.....	268
3. Calificativas en el cuerpo del delito.....	272
D) Reforma de 2008	
a) Motivos de reforma.....	277
1. Proceso de reforma constitucional.....	277
1.1. Dictamen de la Cámara de Diputados y su debate.....	285
1.2. Dictamen de la Cámara de Senadores y su debate.....	291
1.3. Revisión y discusión final del Dictamen.....	294
2. Principal razón del cambio de denominación: ambigüedad conceptual del “cuerpo del delito”.....	294
3. Uniformidad conceptual y certidumbre jurídica.....	298
b) “El hecho que la ley establezca como delito”. Sus posibles interpretaciones.	
1. Interpretación gramatical o doctrinal.....	304
2. Interpretación auténtica.....	324
3. Cuestiones de legalidad garantista; el futuro de la potestad de integración conceptual y el Código Nacional de Procedimientos Penales.....	329

CAPÍTULO IV

EXIGENCIA PROBATORIA

A) Temas de Derecho probatorio aplicables

a) Del indicio como medio de prueba.....	337
b) Los grados de convicción.....	349
1. La sospecha.....	351
2. Convicción liviana.....	352
3. Convicción semiplena.....	353
4. Certeza.....	356
c) Sistemas de valoración probatoria.....	358
1. Régimen de sana crítica.....	359
2. El valor en conciencia o íntima convicción.....	364
3. Tarifa legal o prueba legalmente tasada.....	365
d) Propuesta de diferenciación terminológico-procesal	
1. La “idoneidad” y la “eficacia” de la prueba.....	367
2. La “comprobación” y la “acreditación” de los hechos.....	368
e) Naturaleza jurídica de las “reglas especiales de comprobación”.....	370
B) Exigencia probatoria.....	371
1. En el cuerpo del delito.....	372
2. En el hecho delictivo.....	376
2.1 En la orden de aprehensión.....	376
2.2 En el auto de vinculación a proceso.....	392
C) El Juez de control: sus atribuciones constitucionales.....	402
1. En la orden de aprehensión.....	405
2. En el auto de vinculación a proceso.....	408

CAPÍTULO V

PROPUESTA

A) Determinación ontológica del concepto

a) Propuesta de denominación.....	413
-----------------------------------	-----

b) Caracteres específicos y principios por los que se rige	
1. Impersonalidad.....	416
2. Provisionalidad.....	420
3. Constitucionalidad.....	424
4. Fundamentor o legitimador.....	426
5. Autónomo.....	431
6. Exhaustividad.....	438
7. Libertad probatoria.....	442
8. Taxatividad.....	446
9. Lesividad.....	451
10. Acreditación semiplena.....	463
CONCLUSIONES.....	468
PROPUESTA.....	472
BIBLIOGRAFÍA.....	480
LEGISLACIÓN.....	490

INTRODUCCIÓN

A mediados del año 2008, nuestra Constitución fue drásticamente reformada en las garantías relativas a la materia penal; dentro de este conjunto de reformas, el concepto que fundamenta la incoación del proceso penal en México cambio de nomenclatura. El Constituyente Permanente sustituyó *“el cuerpo del delito”* por el diverso concepto: *“el hecho que la ley señale como delito”*.

Esta sustitución tuvo como razones principales el que: I) el cuerpo del delito fuera considerado un concepto poco claro y anticuado; y que II) debía tratar de evitarse la gran controversia de su precisión conceptual en el ámbito legal y jurisdiccional.

Cabe decir que el cuerpo del delito sentó las bases del procedimiento penal en nuestro país y, aunque originalmente se incorporó en el artículo 19 de la Constitución Federal, nunca fue uniformemente precisado en su contenido.

En efecto, nuestra doctrina y jurisprudencia nunca formularon un concepto que pudiera considerarse del todo “satisfactorio”. En el primer caso, se debió a que los tratadistas, más que precisar el contenido de este concepto y justificar su opinión, pretendieron “imponerlo”, lo que derivó en una especie de competencia de egos. En el segundo caso, los criterios jurisprudenciales atendían a la interpretación de la ley secundaria, así como a los pobres criterios desarrollados por la doctrina. A su vez, la legislación secundaria, distribuida en 33 Códigos procedimentales, generaba una gran dispersión del concepto, pues le otorgaba la amplitud o limitación que estimaba más conveniente.

En un principio, se consideró al cuerpo del delito como el rastro material de la conducta punible y como el instrumento con el que fue ejecutada; sin embargo, también se llegó a considerar como el hecho objetivo al que se refiere la ley penal. En este contexto, se tuvo la intención de buscar un significado más garantista, más claro y actualizado del concepto; así, poco a poco fueron incluyéndose todos

los elementos del tipo penal como producto del esfuerzo realizado por algún sector de la doctrina, robustecido por la perspectiva garantista de un sector de la Justicia Federal, estableciendo así un contenido de carácter más amplio.

En este cambio constante de significados, cobraron interés superlativo las doctrinas o escuelas penales, ya que conforme se iba reformando ley secundaria o evolucionaban los criterios jurisprudenciales, aquéllas iban cobrando aplicación en la práctica. Así, por ejemplo, pueden verse tesis de jurisprudencia que aluden a la fase objetiva del delito (doctrina francesa e italiana) o las que aluden al concepto de injusto penal propuesto por Mezger.

Si a lo anterior sumamos que cada Magistrado, Juez y agente del Ministerio Público podían tener una opinión diferente respecto al contenido de dicho concepto, es fácil entender por qué éste había degenerado en un estado de incertidumbre jurídica, altamente perjudicial para el gobernado.

En este contexto, nuestro pacto federal fue previamente reformado en dos ocasiones. La primera de ellas, en 1993, tuvo como objetivo el optar por una figura del Derecho sustantivo: “el tipo penal”. En aquel entonces se consideró la posibilidad de avanzar hacia un Estado de Derecho y que para lograrlo, debían sentarse bases más garantistas para el inculpado.

Sin embargo, apenas algunos años después, en 1999 el Constituyente Permanente se dio cuenta de lo complejo que resultó dicho concepto en la práctica, por lo cual se reconoció la ineficacia del Ministerio Público, así como el incremento alarmante de la delincuencia (especialmente la delincuencia organizada) como factores determinantes para abandonar el reciente concepto y regresar al cuerpo del delito.

Cualquiera que sea la denominación otorgada, este concepto da vida la garantía de seguridad jurídica que tutela, de forma inmediata y eficaz, la libertad personal y, a su vez, fundamenta la etapa de conocimiento de la jurisdicción punitiva, la cual se concreta en los actos más trascendentales del enjuiciamiento: la orden de captura y el auto de apertura a juicio. Se trata pues, del concepto

legitimador de la jurisdicción punitiva primaria (CLIPP), cuya sustancia debe ser delimitada con la mayor exactitud posible.

La nueva terminología constitucional sigue incurriendo en el mismo defecto de su antecesora: una notoria ambigüedad en su significado. Esto llevará, al igual que ocurrió anteriormente, la incompreensión del concepto por parte del legislador secundario.

Como sea, a través de las diversas interpretaciones que habrán de surgir, simples o complejas, cortas o extensas, lo importante es lograr el mayor grado de certidumbre jurídica para el gobernado y, de esta manera, impedir designios arbitrarios y excesos del poder jurisdiccional.

Esto obliga a superar la idea de escoger sólo una escuela o vertiente doctrinal para explicar su significado y optar por el empleo de los principios del Derecho Penal Democrático, a fin de alcanzar una auténtica unificación conceptual y eliminar la deformación sistemática en que se ha venido incurriendo.

Se trata de una entidad conceptual de mayor complejidad que la que la refieren la doctrina y la jurisprudencia, que dicho sea de paso, se quedaron estancadas en la eterna discusión de precisar qué los elementos del tipo que deben incluirse, así como la escuela doctrinal a la que debe recurrirse, lo cual no sólo resulta obsoleto, sino también insostenible porque impide el avance de la ciencia procesal penal.

El tema reviste una mayor complejidad ya que deben precisarse cuestiones sustantivas y procesales, como la referente al análisis del tema relativo a los “niveles de convicción” y justificar cuál de ellos debe incorporarse a esta etapa procedimental (donde la mayoría de los autores se limitan a señalar que se trata de un “nivel indiciario”, sin explicar en qué consiste); en tal sentido, también se incluye el estudio del indicio como prueba autónoma, para poder comprender si se trata o no de un nivel de convicción que pueda ser aceptado con autonomía propia.

Este tema exige también un estudio del principio de legalidad penal desde la óptica constitucional en un Estado Democrático de Derecho como el nuestro. Asimismo, exige evaluar la necesidad de aplicar el principio de libertad probatoria frente a las reglas específicas de la comprobación que, de manera casuística, incorporan criterios para la acreditación de un determinado grupo de delitos.

Ahora bien, junto al principio de legalidad, debe aludirse inevitablemente al principio de seguridad jurídica y su aplicación en las garantías contenidas en los artículos 16 y 19 constitucionales, así como su relación con el *sistema federal de distribución de competencias*, que recientemente sufrió una modificación sensible tratándose de la materia procesal penal, pues ahora sólo el legislador federal tendrá competencia en dicha materia, lo cual ha derivado ya en la promulgación del reciente Código Nacional de Procedimientos Penales.

Otro aspecto importante a considerar, es el análisis de otras latitudes jurídicas para realizar un ejercicio de Derecho comparado tanto en el contenido como en la denominación de este concepto. En el presente caso se analizan los sistemas jurídicos de Argentina y España.

Lamentablemente, lo anterior no fue entendido por el Constituyente Permanente, pues la nueva reforma conlleva una involución garantista muy grande que debe fortalecerse a través de la interpretación doctrinal. Dicha involución se centra en el facilitamiento al Representante Social para otorgar las órdenes de aprehensión, así como para el dictado de los autos de vinculación a proceso, lo cual representa un serio riesgo para la libertad individual del ciudadano. Una de las razones primordiales para tan drástica reducción fue, paradójicamente, garantizar el acceso a la justicia penal y evitar la impunidad; asimismo, también se adujo el incremento de la delincuencia y la violencia generada por ésta en nuestro país.

En el contexto anterior, con independencia de la estructura legal y jurisprudencial que se le otorgue a este concepto, considero necesario realizar una investigación que abarque los aspectos históricos, teóricos y práctico-

jurisdiccionales a fin de precisar todos sus alcances procesales. Esto implica desarrollar una síntesis del marco histórico-constitucional e histórico-legal (en donde han operado diversas transiciones conceptuales), para comprender con mayor claridad la denominación empleada por el legislador en la actualidad.

El presente trabajo incorpora una propuesta que aspira a lograr una mayor seguridad jurídica para el gobernado y comprende, asimismo, un esfuerzo para homogeneizar la estructura de este concepto procesal, lo cual implica dejar de lado posturas que complican su aplicación práctica. De tal modo, a fin de que pueda constituir una referencia para la construcción legislativa y jurisprudencial del concepto, la presente propuesta parte de dos ejes fundamentales: *I)* el análisis de los motivos de reformas pasadas; y *II)* el análisis de las opiniones doctrinales y judiciales emitidas en torno al tema.

Esperando se cumpla tan ansiado objetivo (aclarar de la manera más concisa la esencia de este concepto procesal), la obra culmina con una propuesta de derecho positivo asequible para nuestro régimen de Enjuiciamiento Punitivo.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL TIPO PENAL

A) Antecedentes internacionales del cuerpo del delito

De capital importancia resulta para los fines de ésta investigación, considerar cuál ha sido el desarrollo histórico del “*cuerpo del delito*” a nivel internacional, que es precisamente de donde deviene la naturaleza jurídica de este concepto y que ha recogido el Poder Constituyente en nuestra ley fundamental.

El contenido de esta figura procesal, tiene una especial connotación en nuestro sistema jurídico, pues aún y cuando ha variado su nombre en el transcurso del tiempo y las legislaciones le han dado un alcance diverso, ampliando o reduciendo su contenido, ha sido el pilar fundamental sobre el que descansa la fundamentación de la jurisdicción punitiva del Estado mexicano.

No obstante ello, a pesar de tratarse del concepto con mayor raigambre histórica, se trata también de uno de los conceptos jurídicos más confusos, resultando imprescindible conocer los antecedentes internacionales que ha tenido en la doctrina y establecer cómo ha sido su incorporación en nuestro país.

a) Antecedentes a su creación

Los primeros antecedentes de esta institución procesal, refiere el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez¹, datan del derecho inquisitorial italiano del siglo XII, época en la que, al sur de Francia y gran parte de Italia, se castigaba severamente a las personas por faltas previstas en el Derecho canónico, tales como *adulterio*, *bigamia*, *sacrilegio*, *bestialidad* y sobre todo la *herejía*, ante la más mínima sospecha, llegando al extremo de someter a procedimiento inquisitorial incluso, a quien diera limosna a los herejes, aunque se desconociera dicha

¹ CFR. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *Consideraciones críticas en torno al cuerpo del delito en materia federal*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 241, Año 2004, Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 297.

condición. De esta manera, al encontrarse fundado en el más mínimo señalamiento o rumor por “delaciones anónimas”, este procedimiento fue aprovechado para cobrar añejas venganzas, castigar al enemigo, al acreedor personal o incluso a terceras personas mediante la calumnia con el fin de desvanecer cualquier duda sobre la fidelidad papal y creencia religiosa del soplón.

Por su gran relevancia histórica, transcribo a continuación algunos párrafos del distinguido jurista, quien señala el origen de este instituto procesal en los siguientes términos:

“(…) en Italia comenzó tímidamente a concebirse la idea de exigir después de la denuncia (denuntiatio, notificatio) algún indicio, evidencia o vestigio que enlazara al individuo con su falta, para poderle formular cargos, adquiriendo una importancia notable la inspección judicial, principalmente tratándose de homicidios, con la finalidad de patentizar la existencia del cadáver y su estado, extendiéndose dicha práctica a la inspección en todos los casos en el que el juez pudiera esperar que le suministrase elementos de convicción; empezando así a concebirse una incipiente garantía y el antecedente más remoto de lo que posteriormente sería conocido como el corpus delicti.

El procedimiento ítalo-canónico trastocó parte de Inglaterra, tuvo fácil acceso en algunos estados del Imperio Alemán durante los siglos XIV y XV gracias a la existencia de tribunales eclesiásticos y se desplazó del sur de Francia a España, teniendo en éste último especial arraigo y desenvolvimiento, en donde destacó a finales del siglo XV Torquemada como implacable inquisidor y redactor de las Instrucciones, las cuales constituyen una detallada guía para la aplicación de la tortura, justificada por el falso manejo del idioma seudo jurídico y el fanatismo religioso. No obstante lo anterior, los procedimientos en la Europa inquisitorial fueron de diversa forma e intensidad, dependiendo del lugar y la época, pero teniendo como denominador común la confiscación de bienes a favor del clero y en menor medida a los gobernantes, la presunción de culpabilidad, actuaciones judiciales secretas y una despiadada tortura, como práctica ordinariamente aceptada para obtener confesiones o sancionar al responsable.

Los abusos eclesiásticos, el surgimiento del protestantismo apoyado en Alemania e infiltrado en gran parte de Europa y la gestación de ideas revolucionarias de la Ilustración, produjeron que el procedimiento inquisitorial fuera cayendo en desuso, con excepción de España que lo mantuvo, adquiriendo mayor importancia el secular, bajo endebles premisas del sistema acusatorio. Fue así como el corpus delicti fue cristalizando en vestigios materiales (la sangre, el arma homicida, el

cuerpo de la víctima) que relacionaran al indiciado con su falta, pero sin que haya existido consenso sobre su real contenido.”²

De esta manera, comenta el autor, el “*corpus delicti*” nace como una diligencia obligatoria en el antiguo derecho canónico-inquisitorial italiano, consistente en la inspección que sobre el cuerpo de la víctima de homicidio realizaba el juzgador, pero que sin embargo, gradualmente se fue extendiendo a la inspección de los elementos materiales relacionados con otros ilícitos, tal como hizo patente antes de la primera mitad del siglo XIX en su “*Tratado de la prueba en materia criminal*” el destacado jurista alemán Mittermaier, al señalar que la comprobación judicial en caso de homicidios se amplió a todos los procedimientos penales y “como cada día se hacía sentir más la necesidad de la manifestación del cuerpo del delito, se estableció como regla recurrir a la inspección en todos los casos en que el Juez pudiera esperar que le suministrase elementos de convicción relativamente a ciertos hechos decisivos en la causa.”³

Complementando lo anterior, el jurista italiano Carlos Humberto del Pozzo refiere que “en Italia en cada tribunal se había instituido expresamente una oficina de ‘*cuerpo del delito*’, donde los objetos que tenían relación con el delito eran registrados, identificados por números progresivos y custodiados bajo la vigilancia del jefe de las oficinas judiciales, personal de la cancillería, que era el responsable”; posteriormente, “desde el siglo XVI la noción del cuerpo del delito fue adoptada en el derecho procesal alemán, donde obtuvo formal consagración en la *Ordenanza* de Carlos V, de 1532. Sin embargo, a partir de 1796 Klein propuso la expresión de *corpus delicti*, al que finalmente vino a sustituir, y la cual extendió su aplicación a las demás disciplinas jurídicas. Algo similar ocurrió en Italia con el concepto de *fattispecie*, sobre todo dentro de la doctrina procesal.”⁴

Por ello, debido a tan precarias premisas acerca del cuerpo del delito, explica el Doctor Guillermo Colín Sánchez, “en Alemania, antes de que Ernest

² UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *Consideraciones críticas en torno al cuerpo del delito en materia federal*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 241, Año 2004, Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 297 y 298.

³ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Porrúa, 3ª. edición, México, D.F., 2010, p. 14.

⁴ OVALLE FAVELA, José. *Garantías constitucionales del proceso*, 3ª. edición, Oxford University Press, México, D.F., 2007, p. 199.

Beling teorizara sobre el tipo penal, al aludir al cuerpo del delito se incurría en graves confusiones, identificando a éste con el objeto, el instrumento y el resultado del hecho ilícito, por ejemplo, se afirmaba: el cuerpo del delito es la cartera sustraída por el ladrón, es el arma empleada para privar de la vida a una persona, es el cuerpo muerto, etc.”⁵

Por su parte, el egregio investigador Doctor Rafael Márquez Piñero considera que “la raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, contenido en viejas leyes y vertido, posteriormente, con la denominación de *Tatbestand* a la lengua alemana (concretamente en el siglo XIX), como acredita *La Ordenanza criminal prusiana* de 1805 (parágrafo 133, que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos)”,⁶ cuestión que da surgimiento a la moderna dogmática jurídico-penal que comenzó a desarrollarse en Alemania y que, a decir del Doctor Urosa Ramírez, “desde finales del siglo XVIII a la fecha el *corpus delicti* continúa desarrollándose sobre bases estrictamente científicas, primeramente identificado con la voz alemana de *Tatbestand* y después con la teoría del tipo, logrando influir de manera profunda en países con tradición jurídica romano-canónica germánica, con inclusión de la doctrina y múltiples legislaciones americanas.”⁷

b) Farinaccio: precursor del concepto

Aunque no existen muchos registros al respecto, las referencias indican que el cuerpo del delito fue concebido por el autor alemán Farinaccio, quien utilizó éste término por primera vez a mediados del siglo XVI⁸, en 1581 dentro del antiguo procedimiento inquisitorial canónico.⁹

Concordante con lo anterior, el jurista italiano Carlos Humberto del Pozzo, refiere que “los orígenes de la expresión [*corpus delicti*] se remontan al siglo XVI”, mencionado que “al parecer, fue Farinaccio el primero en usarla, en su obra *Praxis*

⁵ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Porrúa, México, D.F., 1999, p. 374.

⁶ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Distrito Federal, 2005, p. 131.

⁷ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, *Op. Cit.*, p. 11.

⁸ MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?”, *Criminalia*, México, año LXIV, num. 2, mayo-agosto de 1998, p. 1.

⁹ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, *Op. Cit.*, p. 1.

et theoricæ criminales, en la que *cuerpo del delito* significaba la prueba material del delito”¹⁰, más sin embargo, tradicionalmente se atribuye la utilización de éste concepto a *Feuerbach*.

c) Paul Johann Asem Ritter Von Feuerbach: su primera acepción en el campo jurídico

Para el jurista colombiano Bustos Ramírez, “se atribuye el uso del concepto ‘cuerpo del delito’ por primera vez, al jurista alemán del siglo XIX *Alsem Ritter Von Feuerbach*, quien en su obra *Tatbestand des Verbrechens* o *corpus delicti* de 1818, se refirió al cuerpo del delito aludiendo a todos los aspectos que después serían desglosados por el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.”¹¹ Por ello, señala el Doctor Enrique Díaz Aranda, la utilización del “*cuerpo del delito*” por Feuerbach se puede asimilar al delito en su conjunto, robusteciendo su dicho al sostener que, si Feuerbach hubiese querido hacer referencia expresa al tipo penal, entonces habría utilizado el término que se utilizaba en su época: *Typus*.¹²

Asimismo, sostiene Bustos Ramírez, no debe perderse de vista que la obra de Feuerbach es anterior a la creación del sistema clásico del delito y que, con base en ello, válidamente pueda sostenerse que dicho autor no utilizó el término de cuerpo del delito como sinónimo de *tipo penal*, puesto que esa categoría fundamental sería creada casi un siglo después por *Beling*,¹³ quien utilizaría el sustantivo *Tatbestand* como producto de su aportación al Derecho Penal.

Por su parte, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez¹⁴ apunta que fue Feuerbach quien “intentó elaborar un sistema con base en la ley positiva, llegando a orientar al Código Penal de Baviera de 1813”, refiriéndose “al *corpus delicti* en la elaboración de su sistema penal fundado en la ley positiva al describir ‘todas las características que ha de tener la acción caracterizada legalmente antijurídica’, lo

¹⁰ OVALLE FAVELA, José. *Garantías constitucionales Op. Cit.*, p. 198.

¹¹ UROSA AMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal, Op. Cit.*, p. 16.

¹² DÍAZ ARANDA, Enrique. *Problemas fundamentales de Política criminal y Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 22 y 23.

¹³ CFR. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *Consideraciones críticas en torno al cuerpo del delito en materia federal*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 241, Año 2004, Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 299.

¹⁴ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal, Op. Cit.*, p. 16.

que él denomina tipo de delito (*Tatbestand des Verbrechens o corpus delicti*)” y que actualmente son comprendidos dentro de los tres elementos fundamentales que comprenden la estructura de la teoría jurídica del delito: tipo, antijuridicidad y culpabilidad.

Posteriormente, se fue independizando el tipo del *corpus delicti*, que fue entendido “como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción” del que trataron respectivamente en “1805 Cristóbal Carlos Stübel y Luden en 1840. También Kärcher en 1873 y Schaper por la misma época mantenían esa noción del tipo, como figura específica en la que conjuntan la totalidad de sus elementos internos y externos”,¹⁵ pasando así a la sistematización del tipo hecha por primera vez por Ernest Von Beling.

d) Nicola Framarino dei Malatesta: clasificación y materialismo del concepto

Este autor, junto con Vincenzo Manzini y Pietro Ellero, fueron tres de los máximos representantes de la doctrina procesal-penal italiana durante la etapa del procesalismo científico clásico. Todos ellos intentaron dilucidar, en forma muy limitada y con un marcado casuismo (propio de su época), a qué se refería el concepto del cuerpo del delito; de manera que, en sus respectivos tratados, parten de una concepción “netamente materialista” de la acreditación del hecho delictivo, como fundamento de la investigación criminal y el enjuiciamiento punitivo.

Lo anterior se explica, teniendo en consideración que, en su época, aún no existía un nutrido desarrollo teórico del Derecho Penal; de ahí que, en su fase más primitiva, este concepto procesal fuera entendido ampliamente como sinónimo de un ente tangible, material y perceptible del hecho punible.

En tal sentido, para este autor italiano el cuerpo del delito se constituye por los “*hechos materiales permanentes*”, entendidos como “los medios *inmediatos*, y en los efectos materiales *inmediatos* de la consumación del delito, en cuanto son permanentes”; los cuales se entienden en contraposición a los “*hechos*

¹⁵ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Buenos Aires, Argentina, Editorial Losada, S.A., p. 658.

transitorios”, es decir, los que “siendo fugaces, no puede por lo común haber certeza sino para el recuerdo de los mismos, recogido en la conciencia de los testigos que los hayan percibido”.¹⁶ De esta manera, la expresión “cuerpo del delito” era utilizada por este autor, para referirse a “la figura física del delito, la que representa el cuerpo, (y que) está constituida por lo material permanente inmediato, unido a la consumación criminosa.”¹⁷

Asimismo, este autor considera que existen cuatro “especies del cuerpo del delito (...) tres nacidas de la consideración de los efectos inmediatos del delito, y una de los medios inmediatos del mismo”, las cuales, por su orden, son:

“1ª. El *evento material* permanente en que objetivamente se concreta la consumación del delito, v. gr. La moneda alza o el billete de banco falso; e documento falso, el escrito injurioso, el cadáver, la herida, en los delitos respectivos.

2ª. Las *huellas eventuales* y permanentes del delito, que sin constituir elemento criminoso, son *consecuencia* inmediata, aunque simplemente ocasional, de la consumación del delito y del delito consumado. Tales son las huellas en las cosas circundantes en la consumación del delito, como muebles rotos, huellas de pasos, en un robo ó hurto, ó prendas del vestido del reo dejadas en el lugar de la consumación, ó de la víctima encontradas en casa del reo.

3ª. *Los hechos materiales permanentes que encarnan la prosecución del evento criminoso*; prosecución criminosa que consiste en mantener vivos los efectos del delito ya consumado, prosiguiendo la acción sobre el sujeto pasivo del delito, v. gr., la persona detenida aún en el secuestro; la cosa robada en el hurto y en el robo.

A estas tres especies de cuerpo del delito, se añade a cuarta indicada, que constituye cuerpo del delito como medio:

4ª. Es *medio* constitutivo de cuerpo del delito, toda materialidad permanente y criminosa que toda materialidad permanente y criminosa que inmediata y efectivamente ha servido para la consumación del delito.

Este elemento material que ha servido de medio al delito, puede ser de dos especies: *activo* o *pasivo*. Lo material puede considerarse como medio del delito, en cuanto ha servido como instrumento activo en

¹⁶ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, T. II, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1978, p. 266.

¹⁷ *Ibidem*, p. 381.

manos del delincuente, v. gr., e puñal con que se ha matado ó herido, la cuerda que ha servido para ahorcar, la escala o la llave falsa en el robo; y puede también un elemento material dado, considerarse como medio criminoso, no en cuanto ha sido sujeto de la acción criminoso, no en cuanto ha sido objeto, ó sea, en cuanto ha sufrido modificaciones encaminadas al delito; verbigracia, la fractura en el robo, la violencia en los delitos personales, ó en general, en caso de circunstancias aparentes que consistan en elementos materiales permanentes, no consiguientes del delito.

Entre paréntesis: los hechos materiales que no son consecuencia del delito –y que por ello no constituyen el evento más o menos parcial– no pueden agravarlo, sino en cuanto a él se refieren como medio ó fin; por lo cual se comprenden todos bajo la categoría de los medios inmediatos, activos o pasivos, en el cual está todo elemento criminoso que sea precedente con respecto a la consumación; pues en el delito sólo hay la consumación como meta, y todo lo demás como camino: ó se consuma el delito, ó se trabaja para hacer posible su consumación.”¹⁸

Esta casuística clasificación, muy extendida entre los autores de su época, tornaba bastante complicado el panorama procesal y la práctica forense; no obstante ello, posteriormente reafirma y consolida el concepto genérico del cuerpo del delito al referir que éste:

“(…) no puede significar más que todo aquello que representa la material manifestación y la aparición física del delito. Pero esto no puede consistir sino en aquello que estando *inmediatamente* ligado a la consumación del delito, define, por así decirlo, su figura física. No todo lo material constituye pues, cuerpo del delito, sino sólo lo que está inmediatamente ligado a la consumación criminoso. Esto es lo que al fin forma la manifestación definida e individualizada del delito, representando su figura física; la figura física que con lenguaje un tanto atrevido, se denomina *cuerpo*, del ente jurídico que se llama delito.”¹⁹

Posteriormente, agrega que se trata de un “medio” (en cuanto sirve a la finalidad de la intención) y un “efecto”, puesto que la causa verdadera (que entiende como la causa moral) se encuentra dentro del delincuente. Ambos son, entonces, “causa material” y “efecto material” del delito, de forma que el cuerpo del delito se refiere “a los medios materiales inmediatos y a los efectos materiales inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya de un

¹⁸ *Ibíd.*, pp. 267 y 268.

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 379 y 380.

modo accidental, ya por razones inherentes a la esencia de hecho del delito. Todo lo que, ya como causa, ya como efecto, no tiene ese lazo inmediato con la consumación del delito, será, si se percibe directamente, una prueba material, pero no del cuerpo del delito.”²⁰

Por último, al clasificar la “prueba material permanente” en “directa o indirecta”, este autor considera que la primera será cuerpo del delito, pues siempre consistirá “en algo material que define la figura física del delito”; en cambio, la indirecta (o indiciaria) “comprende muchos otros hechos no constitutivos de cuerpo del delito.”²¹ Esta precaria diferenciación resultaba errónea, ya que confundía el objeto de la prueba (el cuerpo del delito –o mejor dicho, el hecho delictivo–) con la prueba en sí misma (prueba indiciaria, prueba documental, etc.).

e) Pietro Ellero: la exigencia de su comprobación en la sentencia condenatoria

Este autor italiano, que tuvo una prominente carrera política, académica y Judicial, tras haber sido Diputado, Senador, Profesor en la Universidad de Pavia y Magistrado de la Corte de Casación Italiana y laborar durante algún tiempo en el Tribunal de Venezia, publica en 1875 su “*Tratado de la prueba en materia penal*”, en donde realiza un estudio profundo sobre el concepto de la certeza en los juicios del orden criminal, considerando a esta rama como una “ciencia” o “arte” dentro del procedimiento judicial (procesalismo científico).

Consciente de la importancia que su comprobación significaba en la práctica, explica, en primer término, la acepción plurívoca que tenía el “cuerpo del delito” en su época, refiriendo en este sentido que:

“Hay quien entiende por esto el *delito en general*, el *hecho objetivo*, tanto *permanente* como *transitorio*; hay quien, por otra parte, alude al *efecto material* del delito, o sea, al hecho objetivo, pero permanente; otros, en fin, se refieren a una *huella* real cualquiera derivada del delito mismo (...) Para la primera hay cuerpo del delito en todo delito; para la segunda, sólo en los de hecho permanente; para la tercera, en los de

²⁰ *Ibidem*, p. 381.

²¹ *Ibidem*, p. 382.

hecho permanente que dejan huellas tan sólo. Así ocurre que se ha de entender de un modo distinto lo que cada cual entiende por comprobar el cuerpo del delito. En el primer caso no se hace más que aludir a la prueba objetiva del delito, ya real, ya personal (pudiendo probarse aquel por testigos e indicios); en los segundos se alude a la prueba real objetiva.”²²

Posteriormente, identifica al cuerpo del delito con la “*huella material*” de la perpetración del delito (v.gr. armas, lesiones, cosas robadas). Su obra magna, que constituye un sumario de reglas básicas sobre valoración de las “pruebas reales” (las que derivaban de las cosas en cuanto entes materiales y tangibles) y las “pruebas personales”, tiene una marcada tendencia a preferir las primeras, por considerar que tienen un mayor grado de certeza; respecto a las segundas, les otorga valor sólo bajo requisitos muy estrictos, siempre y cuando sean, lo que denomina, “pruebas perfectas”.

Al igual que Framarino, este autor resalta con especial énfasis al cuerpo del delito como una de las “pruebas reales”. Le otorga la calificación de “prueba real perfecta” y la considera “idónea” pero además “deseable”, aunque no de carácter obligatorio, pues si acreditaba preferentemente los llamados “delitos de hecho permanente”, no en todos los casos era posible su obtención, obviamente.

Este autor critica la necesidad de acreditar el cuerpo del delito para el dictado de una sentencia condenatoria en los delitos “de hecho permanente”, sin la previa constatación por parte del Juez, justificándose en el temor de los falsos juicios (por ejemplo, que se presentara vivo el que se creía muerto), de suerte que lo consideraba irracional, pues la cualidad de “transitorio” o “permanente” de los delitos, no implicaba una variación en la fuerza convictiva; de tal modo, debería ser “bastante para los primeros la prueba testifical y para los segundos la prueba real.”²³

En tal sentido, critica la consideración de que una prueba con las mismas características “demuestre una parte de los delitos y la otra no” y pone como

²² ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, trad. Adolfo Posada, Librería “El foro”, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 183.

²³ *Ibidem*, p. 184.

ejemplo la prueba del adulterio por testigos frente al delito de lesiones donde estima que “o sirve para demostrar ambos delitos o no sirve para ninguno”; consecuentemente, ponía en duda la veracidad de la “prueba personal”, pues resultaría insuficiente y dejaría impunes los delitos de hecho permanente, al igual que los de hecho transitorio. En estas consideraciones, le resultaba “deseable” que el ánimo del juzgador se basara en la “prueba real del delito”, es decir, el cuerpo del delito mismo; ello, puesto que resultaba útil, debiendo procurarse su obtención hasta donde fuese posible, sin exigir una demostración forzosa dentro del proceso.²⁴

La idea contraria apuntaba a considerar que, para cierta clase de delitos, existía el temor al error judicial de condenar un supuesto delincuente faltando la “evidencia física de su crimen”, al menos en los delitos castigados con la pena capital (como el homicidio, por ejemplo). De tal modo, consideraba inútil e innecesaria la existencia de la “sentencia irrevocable”, pues la reputaba como un instrumento de tiranía y no de justicia; prescindía del cuerpo del delito para una condena y considera “suficientes a los indicios”, siempre y cuando la falta de las huellas materiales no implicara “inverosimilitud”.²⁵

Más adelante, examina los motivos por los cuales la “prueba real perfecta” (cuerpo del delito) resultaba obligatoria, comparándola con el valor convictivo de la testimonial y por último, señala los defectos que en sí misma presenta.

En tal sentido, precisa los motivos que pueden justificar la exigencia del cuerpo del delito, siendo: 1) el temor de que los testigos no reconozcan de modo perfecto las huellas físicas y permanentes del delito; y 2) la posible contradicción que se presente entre un hecho atestiguado y la falta de vestigios del mismo. Respecto al primer punto, estima una similitud entre el cuerpo del delito y la inspección (o “*testimonio judicial*”, nombre con el que designa a esta prueba) como garantía de “veracidad procesal”, pues todo “lo no percibido directamente por el juzgador”, resultaba una “comprobación extrajudicial” que acontecía como regla

²⁴ *Ibídem*, p. 185.

²⁵ *Ibídem*, p. 186.

general; de tal modo, este autor desecha las demás pruebas para sentenciar, lo cual redundaría en un absurdo jurídico.

Además de lo anterior, consideraba no existía motivo para desestimar la declaración de un testigo que hubiera advertido las “huellas persistentes del delito”, siempre que pudieran probarse las circunstancias del hecho objetivo y su imputación subjetiva; por ello, ante el temor de que el testigo no pudiera reconocer las huellas del delito, debería examinarse analíticamente por sus cualidades personales y por las circunstancias en que éste se encontraba para aceptar o rechazar su testimonio. Sólo así, si el testigo estuvo en circunstancias de conocer las huellas materiales del hecho, debía otorgársele valor probatorio a su dicho o de lo contrario, su testimonio carecería de idoneidad.

A falta de testigos debía recurrirse a los indicios y presunciones, y en caso de que las huellas subsistieran, a la inspección o al dictamen pericial; sin embargo, cuando el Juez acudiera a estos medios de prueba, no era porque fuera un imperativo ineludible “la prueba real”, sino porque la prueba personal no había sido perfecta. De ésta suerte, el Juez tendría por comprobado el cuerpo del delito (o sea, los “vestigios materiales”) cuando faltaren los testimonios, no para robustecer los hechos sentenciados, sino para la prueba misma.

Respecto a la segunda de las razones citadas, el autor en cita alude a la preferencia existente respecto de la “prueba real” como una prueba con mayor grado de certeza, toda vez que se trataba de una “certeza física”, aunque sin ésta no existía impedimento para rechazar el testimonio, abstenerse de sentenciar y dejar impune el delito, pues cuando su falta no implicara contradicción, no debía exigirse sino *ad cautelam*. Por ello, el juez debía recurrir a todos los medios de prueba para decidir sobre la existencia de un hecho, confrontarlos, pesarlos y compararlos para decidir definitivamente, según aquellos que no hubieran sido contradichos o vencidos por otros; de esta manera, debía completar toda la serie de hechos que formaran parte del silogismo judicial, recogiendo todos los datos personales y reales que le sirvieran para juzgar, de suerte que si surgiera una contradicción entre ellos, se resolviera ésta primero, so pena de no dictar

sentencia condenatoria. En consecuencia, si de las constancias del sumario no se advertía una circunstancia que hiciera absurdo e inadmisibile el testimonio, como la inverosimilitud o la imposibilidad presunta, el juez debía de decidir, sobre la base de asertos fidedignos, reputados idóneos y verosímiles.

De ahí que resultara deseable que el juzgador recogiera y examinara todas las cosas que directa o indirectamente, de modo principal o accesorio, tuvieran que ver con el proceso y que resultaran recuerdos materiales de los hechos ocurridos, esto con el fin de facilitar la idoneidad del testimonio y en caso de faltar la testimonial perfecta, junto con otro medio de certeza, el Juez acudiera a las huellas materiales para desprender de ellas los hechos ocurridos.²⁶

En las apuntadas condiciones, para éste autor, una prueba real solo podía ser perfecta *“cuando entre ella y la cosa significada (hubiera) una relación de necesidad”*, de modo que no pudiera significar otra distinta; en esa relación intrínseca *“se percibía lo existente”*, a diferencia de la prueba testifical en donde la relación resulta extrínseca, pues *“se autoriza una afirmación para saber si el hecho es cierto”* con base en el cálculo de cualidades de la cosa e inteligencia, sentidos y ánimo de la gente, *“a menudo inescrutables”*.

Para este autor, al igual que Framarino, esta “prueba real” puede ser directa o indirecta; en ésta última (prueba indiciaria), que es la más común en la práctica, debe aplicarse un raciocinio para inducir de ella necesariamente un hecho desconocido, sin embargo, en el uso indiciario de ésta probanza existe latente un riesgo de inducción errónea que consiste en que, la cosa se encuentre falseada o modificada por juego del azar o por astucia de un tercero, defecto similar al encontrado en la prueba personal donde el hombre puede mentir en su deposición testifical.²⁷

En páginas posteriores, este jurista continúa abundando sobre a distinción y beneficios procesales que existen entre ambos medios de prueba (real y personal); sin embargo, como hasta aquí se aprecia, dicho autor conceptualiza al

²⁶ *Ibíd*em, pp. 188 y 189.

²⁷ *Ibíd*em, p. 190.

cuerpo delito como sinónimo de “*prueba real perfecta*”, entendida como vestigios materiales a los que podía el Juez otorgarles un valor convictivo concreto y como resultado de la exteriorización del delito en su forma tangible, es decir, tratándose de los “delitos de hecho permanentes”.

f) Vincenzo Manzini: el casuismo materialista de su definición

En el año de 1931, el jurista italiano Vincenzo Manzini publica su “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, casi al mismo tiempo de haber entrado en vigor el nuevo Código de Procedimientos Penales Italiano. Este autor incurre en el defecto de ser demasiado casuístico, al recurrir a un largo listado de las cosas materiales que, en su opinión, sirven para delimitar el concepto del “cuerpo del delito”, resultando poco claro y poco convincente para la *praxis* judicial.

En este sentido, Manzini considera que dicho concepto se integra por: “los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito, las cosas sobre las cuales se cometió, las huellas dejadas por el delito o delincuente, las cosas cuya fabricación, detentación o venta, o cuya portación o uso constituye delito, las cosas que son producto del delito, aún indirecto o cualquier otra cosa en relación a la cual se había ejercido la actividad delictuosa o que haya sufrido las consecuencias del delito.”²⁸

g) Jeremías Bentham: modalidad de la prueba circunstancial

En el año de 1827 este jurista inglés publica un compendio cuyo título original fue “*Rational of judicial evidence*”. Debido a la poca claridad con la que fue escrito, tuvo muy poca difusión en el mundo de habla hispana; sin embargo, posteriormente fue traducido al castellano y sistematizado en 1835 por el español José Gómez de Castro bajo el título de “*Tratado de las pruebas Judiciales*”. Esta obra dedica gran parte a la apreciación de la prueba testimonial y en algunos breves apartados hace énfasis a la forma de valorar la prueba circunstancial, así como las pruebas reales; entre las cuales figura en especial, “el cuerpo del delito”.

²⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Mayino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, T. III, p. 499 y 500.

A diferencia de los autores de su época, para quienes lo importante era referirse al contenido y aplicación de determinada jurisprudencia en materia probatoria, este jurista inglés se propuso establecer principios universales sobre la valoración y naturaleza de las pruebas, los cuales sólo de manera accesoria eran analizados por sus contemporáneos, por lo que puede decirse que constituye uno de los pioneros en el estudio de la lógica de las pruebas en materia judicial, permitiendo a los jueces y abogados de su época, juzgar con base en principios razonados y no, como se venía haciendo hasta ese entonces, con base en premisas parciales y casuísticas.

Dentro del Libro Quinto de su obra, correspondiente a "*Las pruebas circunstanciales*", en su Capítulo segundo, al referirse a las "pruebas reales", clasifica al cuerpo del delito como una de sus modalidades y lo define como "el estado de la cosa que ha sido el objeto del delito", el cual comprende "no solamente *las cosas* propiamente dichas, sino también las *personas* en cuanto pertenecen a la clase de cosas, es decir, a su estado físico, independientemente de las facultades intelectuales, como en el caso de haber señales producidas por enfermedad o por violencia externa".²⁹

h) Joaquín Escriche Martín: definición del cuerpo del delito

Publicada por primera vez en Francia en 1831, posteriormente editada en México seis años después por el mexicano Juan Rodríguez de San Miguel y actualizada hasta 1851 por el español Juan B. Guim, la obra más representativa de este connotado jurista, "*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*", definía al cuerpo del delito como "la ejecución o existencia real del delito" y lo distinguía de los "efectos o instrumentos del delito"; además, muy acertadamente le impuso el carácter de cabeza y fundamento de todo proceso criminal.

Asimismo, proporciona un ejemplo bastante ilustrativo del por qué no debe comprenderse al cuerpo del delito exclusivamente con naturaleza "real" (materialista), el cual puede hacerse extensivo a cualquier sistema jurídico que

²⁹ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo I, Imprenta de Don Tomás Jordan, Madrid, España, 1835, p. 226.

profese prácticas similares. En tal sentido, el autor en cita precisa la siguiente definición:

“CUERPO DEL DELITO. Entiéndese comúnmente por *cuerpo del delito* la cosa en que o con que se ha cometido un acto criminal, ó en la cual existen las señales de él, como por ejemplo el cadáver del asesinado, el arma con que se hirió, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del que la robó, el quebrantamiento de la puerta, la llave falsa, etc.: pero en rigor el *cuerpo del delito* no es otra cosa que la ejecución, la existencia, la realidad del delito mismo; y así comprobar el *cuerpo del delito* no es más que comprobar la existencia de un hecho que merece pena. Las cosas que se citan como cuerpo del delito, son efectos, señales, vestigios, monumentos, comprobantes del delito, y no su cuerpo.

El cuerpo del delito, ó sea 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 persona alguna. Antes de buscar un homicida, es necesario tener la seguridad de que se ha cometido un homicidio, pues proceder contra el autor de un crimen que no consta haberse perpetrado, es lo mismo que buscar la causa de un fenómeno que no aparece. Así lo dicta el buen sentido, y así está sancionado por la ley, cuando establece que ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho. El mismo principio se haya adoptado en la legislación ó en la jurisprudencia de las demás naciones, para evitar el peligro de perseguir a personas inocentes por delitos imaginarios o figurados. Con efecto, los fastos judiciales de todos los países nos presentan ejemplos de hombres que habiendo desaparecido de repente fueron tenidos por muertos y se presentaron al cabo de algún tiempo después de haber perecido en el caldoso los supuestos reos a quienes se había acusado de haberlos asesinado. En Dijon de Francia fue condenado un joven a pena de muerte por la presunción que se tuvo de que le había quitado la vida a otro joven con quien había cenado la víspera de un viaje que iba a emprender sin noticia de su familia, y cuatro o cinco meses después de la ejecución de la sentencia regresó al joven ausente para eterno remordimiento de los jueces que creían haberle vengado.”³⁰

La definición de este jurista europeo constituye uno de los antecedentes más remotos del cuerpo del delito en nuestra lengua castellana. Curiosamente, a pesar de su antigüedad, es una de las opiniones más acertadas sobre el tema, lo que

³⁰ ESCRICHE Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano por Don Juan B. Guim, Librería de Rosa, Bouret y C., 1851, París, Francia, p. 524.

constituyó un notable avance para su época. No en vano, su diccionario es utilizado hasta el día de hoy en algún sector de la abogacía.

B) Desarrollo histórico del tipo penal

a) Franz Von Liszt: la acción antijurídica en el causalismo naturalista

Calificado como “el primer gran sistemático del derecho penal”,³¹ este autor se encontraba enormemente influido por el naturalismo imperante en su época, en su obra “*Tratado de Derecho Penal*” de 1881, Franz Von Liszt comienza con el estudio metódico del delito, fraccionándolo en los elementos acción, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, que sirvieron de base para el estudio dogmático o científico del Derecho Penal y con ello sentar las bases para su discusión y evolución, vigentes hasta el día de hoy.

Al decir del Doctor Gustavo Malo Camacho, Liszt “refiere su esquema de análisis del delito, en cuatro momentos para determinar su existencia, mismos que a su vez resume dentro del esquema de bipartición clásica de los elementos objetivo (acción antijurídica) y subjetivo (culpabilidad), en la inteligencia de que cada uno de tales momentos deben quedar afirmados, pues si se presenta alguna situación que le impida (análisis de los aspectos negativos de cada elemento), el delito no se presenta y, consecuentemente, es innecesario atender el análisis del momento inmediato siguiente. A la vez, como quedó apuntado, concibe al delito desde una perspectiva naturalística y, por tanto, sobre la base de la causalidad.”³²

Con base en la claridad de dicho esquema, este autor “logra un método estructurado con la acción de modo causal-objetivo que debe formalmente romper con el orden jurídico y cuya valoración del autor y componentes subjetivos del delito recaen en la culpabilidad, creando un sencillo modelo de estudio teórico del delito y didácticamente ventajoso que cumplía con las expectativas positivistas

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, editorial B de F, 2ª. edición, 2001, Buenos Aires, Argentina, p. 255.

³² MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal mexicano*, Porrúa, 5ª. edición, 2003, p. 248.

que imperaban a finales del siglo XIX, sin que haya considerado al tipo penal como elemento clasificatorio del delito, pues éste fue reconocido y admitido como elemento sistemático y esencial del ilícito después de Beling en 1906”.³³

De esta manera, para Liszt el delito tiene las siguientes características:

- “a) (...) es siempre un acto humano: por tanto, actuación voluntaria trascendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir un delito, los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana.
 - b) (...) es, además, un acto contrario al derecho; es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico.
 - c) (...) es, por último, un acto culpable; es decir, un acto doloso o culposo de un individuo responsable.
- (...)

2. Pero el legislador no asocia la pena como consecuencia jurídica a toda infracción. Más bien entresaca del círculo de los actos culpables, que apenas puede abarcarse con una sola mirada, ciertos actos exactamente circunscritos, formando así los hechos (particulares), constitutivos de los diversos delitos sancionados con pena. Y aún en casos especiales hace depender la existencia de la pena de la presencia de otras condiciones de punibilidad.

Por tanto, el concepto específico del delito es el de la infracción penal: **el delito es el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena.**

El concepto (el hecho general) del delito está, pues, constituido por cuatro caracteres esenciales; los tres primeros son caracteres genéricos del acto culpable, el cuarto es el carácter específico del delito.”³⁴

Por lo que respecta al primero de dichos elementos, le otorgó un significado puramente mecánico, al estimar que “equivalía a una intervención o distensión muscular, dependiendo de si se trataba de un delito de acción u omisión (... que) mantiene la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva.”³⁵

Así, para el jurista teutón la acción era “la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impidiendo de un cambio en el mundo externo”, precisando que:

³³ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 26.

³⁴ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Valleta Ediciones, Buenos Aires Argentina, 2007, pp. 351 y 352.

³⁵ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 39.

“I. La idea de acto supone, pues, en primer término, una manifestación de voluntad (el acto es la voluntad objetivada).

(...)

II. La voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior. El concepto del acto exige, pues, la aparición de un *cambio en el mundo exterior* (aunque sólo sea pasajero); es decir, en los hombres (aunque sólo sea en su vida psíquica) o en las cosas. Nosotros llamamos resultado a este cambio, perceptible por los sentidos.”³⁶

En este sentido, sólo el cambio producido en el mundo exterior por un querer humano y sancionado en la ley, es relevante para el Derecho penal; cambio concretado en el resultado y por la cual, lo coloca como un elemento propio de la acción. Esta manifestación de voluntad se manifiesta como inervación física o distensión muscular, se encuentra guiada por representaciones personales y se presenta libre de violencia.

Por otro lado, la omisión, era concebida como un “no impedir, voluntariamente, el resultado”, es decir, como la manifestación de la voluntad consistente en no ejecutar el movimiento corporal esperado; en este caso:

“1. La manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (que fuera razonable).

2. El concepto de omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste; por consiguiente, en este concepto se da una característica análoga a la causalidad de la acción si bien no es la causalidad misma.

(...)

Bajo ciertas condiciones el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo (falso delito de omisión).

Pero ésta cuestión no significa que deba apreciarse una provocación del resultado en el hecho de no impedirlo: la punibilidad de la omisión es independiente del supuesto de causalidad.”³⁷

Por su parte, el Magistrado Federal Doctor Jorge Ojeda Velázquez, resume esta doctrina en los siguientes términos:

³⁶ *Ibídem*, pp. 365 y 366.

³⁷ *Ibídem*, p. 372.

El concepto de acción consta, según Liszt, de tres componentes: el movimiento corporal, el nexo causal y el resultado. Por ello, este autor define a la acción como 'causalidad humana'. Para la comprobación del nexo causal aplica la fórmula de la **sine qua non**, es decir, existe un nexo causal cuando el resultado típico no se hubiera producido sin el movimiento corporal. Por consiguiente, la acción está compuesta por todo aquello que, según las ciencias naturales, causa el resultado.

Con respecto a la parte 'interna' de la acción, Von Liszt se refiere en su definición de acción solamente a la voluntad que para él constituye sólo una circunstancia física: el movimiento voluntario, pero no al dolo que lo mueve, porque según su opinión el dolo pertenece al concepto de acción, al efectuar ésta distinción entre voluntad y dolo, señala que aquella sólo se refiere a la contracción muscular; en cambio, el dolo se refiere al objetivo perseguido. El dolo es para este autor 'la previsión del resultado de la acción o la representación de la causalidad del actuar u omitir'. Él efectúa una distinción terminológica entre el 'querer' y la 'intención'. Sólo el movimiento corporal puede ser querido; nunca el resultado.

Aquí radica la diferencia con los otros causalistas, pues según Beling y Radbruch, tanto el movimiento corporal como el resultado son 'queridos' en los delitos dolosos.

Dado que Von Liszt concibe a la acción sin la dirección de la voluntad, el dolo no pertenece a la tipicidad, sino a la culpabilidad y justo con la imprudencia compone la forma de culpabilidad, ubicación sistemática que es adoptada por todos los causalistas como consecuencia del concepto "mecánico" de acción de la teoría causal.

En relación al dolo, Von Liszt hace una observación de interés: un mero deseo no sería dolo, pues el dolo presupone la representación de modificaciones futuras, y no así la representación de una causalidad posible de la acción emprendida. Por ejemplo, quien tiene el deseo de que muera una persona y por ello la envía a un viaje a la montaña o un viaje en tren, o bien le aconseja colocarse debajo de los árboles no debe ser considerado como una causa adicional que se agrega a las condiciones dadas. La acción tampoco ha causado el resultado de muerte. El sujeto ha pensado simplemente que las condiciones dadas posiblemente se producirían.

Según Liszt, el resultado es un componente necesario del concepto de acción. Como ya fue expresado, el resultado es comprendido como una modificación del mundo exterior. De esta concepción resultan soluciones extremadamente naturalistas para los casos concretos. [...] Sin embargo, no toda modificación en el mundo exterior es para Von Liszt penalmente relevante, sino sólo aquellos resultados que están

descritos en el tipo penal a través de ello establece un límite para el resultado.”³⁸

El citado Magistrado Federal realiza una importante observación y señala que “en las ediciones posteriores de su manual, Von Liszt advierte que su formulación del concepto de acción es aplicable sólo a los delitos de comisión y no así a los delitos de omisión, pues las leyes causales no serían aplicables a éstos últimos delitos porque no se puede hacer referencia a movimiento corporal causante alguno. Por ello, posteriormente formuló un concepto de acción unitario: ‘acción es comportamiento voluntario hacia el mundo exterior’, es decir una modificación (...) causación o falta de impedimento de una modificación del mundo exterior a través de un comportamiento voluntario. Sin embargo, la voluntariedad es justamente en los delitos de omisión difícil de percibir, pues puede ocurrir que el cuerpo no se mueva en absoluto. De este modo si se utilizara el concepto de acción de Von Liszt, resultaría difícil probar, por ejemplo, que la falta de movimiento corporal no se ha debido a los movimientos reflejos.”³⁹

En relación a la antijuridicidad, Liszt parte de la clásica distinción entre el aspecto formal y material de la conducta delictiva, al señalar que:

- “1. El acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es una transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.
2. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial).”⁴⁰

Desde luego, esta contrariedad del acto con el derecho objetivo, como contravención formal de la prohibición estatal y lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, continuaría vigente hasta nuestros días.

Uno de los grandes defectos de esta doctrina fue que no lograba explicar de manera satisfactoria la subjetividad implícita en todo acto humano, por lo cual, esta rígida explicación mecanicista del acto humano, perdió fuerza y dejó de tener

³⁸ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Derecho Constitucional Penal, Tomo I*, Porrúa, México, Distrito Federal, 2007, pp. 246 y 247.

³⁹ *Ibidem*, p. 247.

⁴⁰ VON LISZT, Franz. *Op. Cit.*, p. 382 y 384.

aplicación al paso del tiempo; sin embargo, la idea de del “acto antijurídico” o “contrario a derecho” sería posteriormente reestructurada bajo una categoría intermedia: el tipo penal, el cual habría de separarse de la antijuridicidad como elemento con identidad propia dentro de la estructura del delito.

b) Ernest Von Beling: el tipo “puramente descriptivo” en el causalismo clásico

En la primera publicación de su obra “*Die lehre von verbrechen*” (Doctrina del delito) en 1906, el maestro alemán elabora por primera vez el concepto de tipo penal y lo distingue de los diversos elementos antijuridicidad y culpabilidad, refiriéndose a la existencia de elementos exclusivamente objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, es decir, en su concepción originaria, el tipo penal se refiere a los elementos materiales o tangibles necesarios para caracterizar las especies de cada delito en particular.

Sin embargo, debido a las fuertes críticas que recibió su concepción originaria, principalmente en respuesta a los cuestionamientos de Mezger, reelabora su teoría y veinticuatro años después publica su obra “*Die Lehre von Tatbestand*” (*La doctrina del Delito-Tipo*, 1930), en donde introduce el concepto de “*imagen rectora*” o “*cuadro dominante*” del tipo, para tratar de salvar algunas deficiencias que el mismo autor reconoce, a pesar de que en su opinión, ninguna de las críticas determinó de modo suficiente el punto en el cuál su doctrina tenía que corregirse.⁴¹

En un principio, comenta el Doctor Rafael Márquez Piñero, “al exponer Beling su teoría en 1906, fue recibida con grandes reservas por los tratadistas alemanes; incluso el maestro Binding la atacó muy durante y, asimismo, fue ignorada en el extranjero”.⁴² Por ello, en esa época “el *Tatbestand* derivaría en el tipo material [...] como la descripción de la conducta objetiva plasmada en la ley, ajena al ánimo del agente o aspectos valorativos”⁴³, siendo el tipo penal, “la suma de

⁴¹ CFR. VON BELING, Ernest. *La doctrina del delito-Tipo* (2ª. edición), trad. del alemán por Sebastián Soler, Depalma Editores, Buenos Aires, Argentina, 1944, p. 2.

⁴² MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, Op. Cit., pp. 134 y 135.

⁴³ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 18.

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.”⁴⁴

Como dato de gran trascendencia, el Doctor Urosa Ramírez nos ilustra respecto a la base sobre la cual Beling estructuró su teoría, precisando que ésta:

“(…) parte de la reelaboración del esquema formulado por Karl Binding para poder interpretar lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal Alemán de 1871. Binding distinguió dentro de la ley penal entre la norma y el precepto o sea, la prohibición de actuar contra la norma y la descripción legislativa, al establecer que el hecho realizado por el delincuente no contradice la ley, sino que coincide con esa parte descriptiva de la ley, en cambio la norma penal no está codificada, ya que es subyacente a la ley penal y consiste en la prohibición que de ella se infiera; por ello el delincuente no actúa contra la ley sino contra la norma que lógicamente le precede.”⁴⁵

Cabe destacar que la primera etapa de la elaboración de su teoría ha sido llamada “fase de la independencia”⁴⁶, puesto que en ella la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y la culpabilidad; así, tipicidad y antijuridicidad son conceptos distintos y tipo es un elemento de la ley Penal. En éste sentido, explica el Doctor Márquez Piñero:

“El tipo y la norma son, pues, las dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito, ya que el tipo describe y la norma valora. No obstante, ya que lo injusto, (sic) lo antijurídico no es divisible por parcelas jurídicas, sino unitario, la acción típica y la antijurídica no son lo mismo, sino dos elementos independientes. (...) También ha de separarse la tipicidad de la culpabilidad, ya que la determinación de la tipicidad de un acto, no reside, exclusivamente, en la determinación del dolo ni de la culpa, ya que el tipo, referente a la acción cometida (repetimos, sea dolosa o culposamente) debe tener, por exigencia, ineludible el mismo contenido.”⁴⁷

Por su parte, con su acostumbrada claridad expositiva, Claus Roxin considera a la primera concepción belingiana como objetiva y valorativamente neutral. Al referirse a la primera de las cuestiones, precisa que su significado “comprende

⁴⁴ JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México D.F., 2010, 8ª. edición, p. 28.

⁴⁵ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 28.

⁴⁶ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México Distrito Federal, 2005, pp. 133 y 134.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 134.

únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor”, pues los sucesos subjetivos “trascurridos en el interior anímico del autor, no corresponden al tipo penal”. En lo que respecta al segundo de tales elementos, con certera precisión aclara algunas de las expresiones que provocaron confusión en la primera obra de Beling y considera al tipo como valorativamente neutral, al establecer que “el tipo no contiene ningún juicio de valor del legislador”; es decir, “que en él no hay elementos que contengan un juicio sobre el carácter antijurídico de la acción”, puesto que la comprobación de la tipicidad no significa que en sí misma contenga, la valoración de un hecho como antijurídico. Dicha neutralidad valorativa no sólo se significa frente al legislador, sino también frente al Juez; es decir el tipo es valorativamente neutro “cuando todos los elementos contenidos en él provienen del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales y el juez sólo debe comprobarlos sin necesidad de valorar”. Ahora bien, el que el tipo penal sea “puramente descriptivo” no significa que Beling lo hubiere entendido como una neutralidad de las valoraciones judiciales, sino a que la acción reglada por el legislador, no resulta por ese hecho, antijurídica.⁴⁸

En su reelaborada obra, el término “*figura delictiva*” con el que pretende corregir algunas imprecisiones, tiene un contenido amplio o conglobante que incluye un “*compuesto de distintos elementos*” y que describe de la siguiente manera:

“Las figuras del delito se inscriben en el vasto dominio de la conducta culpable y antijurídica; yacen por entero dentro de él y destacan sólo determinadas *especies* del mismo. Por su contenido ellas son, en primer lugar, tipos de ilicitud, (acciones antijurídicas de cualquier clase). Estos tipos de ilicitud se tornan figuras de delito por agregación de los requisitos que la correspondiente prescripción penal presupone con respecto a la dirección específica de la culpabilidad.”⁴⁹

Posteriormente agrega:

⁴⁸ CFR. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, versión castellana del Profesor Dr. Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, pp. 57 a 60.

⁴⁹ VON BELING, Ernest. *Op. Cit.*, p. 4.

“Para el legislador, naturalmente, el acuñamiento de las figuras delictivas no significa ningún juego de capricho. Por ese medio realiza una doble valoración: separa lo ilícito culpable para establecer si es *tan* culpable y antijurídico que deba o no ser punible y, por otra parte, establece una escala de valores, en el dominio de lo típico, en figura de tipos. Las figuras de delito son cuadros normativos, tan normativos como la ilicitud y la culpabilidad en cuyo círculo se encuentran.

II. Toda figura delictiva representa un todo compuesto de distintos elementos. Por muchos y variados que sean esos elementos, sin embargo, ellos remiten de las figuras autónomas de delito, que de inmediato se presenten, a un cuadro conceptual que funda la unidad de ésta figura delictiva, cuadro sin la cual aquellos elementos perderían su sentido como características de ésta figura. Este cuadro es el delito-tipo para ésta figura delictiva.”⁵⁰

Como se ve, aunque no lo explica de forma determinante, la “*figura delictiva*” sostenida por Beling se identifica con el delito mismo, descompuesto en sus elementos tipo, antijuridicidad y culpabilidad; sin embargo, disipando un poco los ataques a su teoría, enfatiza el carácter típico de las conductas punibles.

Posteriormente agrega que los tipos sólo son “imágenes representativas” que proceden lógicamente a las correspondientes figuras de delito, pero que sólo son *regulativa* e intelectualmente condicionantes.⁵¹ De ésta manera, concibe la parte especial del Derecho Penal como una especie de catálogo en el cual las figuras delictivas se encuentran alineadas, refiriendo que los delito-tipos entran en un catálogo o libro de imágenes, en el cual están esquemática y estilizadamente representados.⁵²

Más adelante, considera al tipo como “un simple esquema rector” de la figura delictiva, en cuyo caso, cumpliéndose la misma –incluyendo al tipo–, colocan a ese esquema desnudo en relaciones especiales (aunque no aclara el sentido de tales relaciones), señalando que:

“Si bien es pues lícito decir que los tipos definitorios (tatbestandlichen) son típicos para las correspondientes figuras delictivas, sin embargo, alineándose éstas, con todas sus características, como sobre un hilo ante aquellos, el delito-tipo aparece siempre como el simple esquema

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

⁵¹ *Ibidem*, p. 8.

⁵² *Ibidem*, p. 11.

rector para las figuras delictivas, cuyas características (incluyendo la cumplida realización del delito-tipo) colocan prácticamente al esquema desnudo en relaciones especiales.”⁵³

A este respecto, el Doctor Mariano Jiménez Huerta apunta:

“En el año de 1930 el propio Beling hace una nueva presentación de su doctrina, en la que altera e idealiza algunos de sus primitivos puntos fundamentales. La idea medular de Beling es, ahora, la separación que establece entre el ‘tipo’ y la ‘especie delictiva’, (misma que es) concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos – previstos a veces *expressis verbis* y otras *sub intelligenda*, para precisarse o completarse por la interpretación– que se encuentran en la correspondiente descripción legal. Estos elementos son: unos, de naturaleza externa y objetiva; v. gr., los que caracterizan la antijuridicidad; y otros, de naturaleza subjetiva, como, por ejemplo, los que configuran la culpabilidad. Todos estos elementos, empero, 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. El tipo no es ya, para Beling, el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito, por sus elementos materiales, en cada especie delictiva, *sino la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens* que norma y preside cada especie delictiva. De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una ‘representación conceptual’ que no debe ser confundida con su ‘realización exterior’; ‘una categoría sin contenido’; ‘un concepto puramente funcional’ que sólo ejerce una función orientadora; ‘un libro de imágenes en el cual las especies delictivas están esquemática y estilizadamente representadas’; un ‘concepto troncal’ de ‘ordenación metódica’ que ‘domina el Derecho Penal en toda su extensión y profundidad’.”⁵⁴

Más adelante, Beling niega la existencia de lo que denomina “*tipos de ilicitud*” y desecha la postura de Mezger; de ésta manera destaca el carácter “*puramente descriptivo*” de los tipos penales, pues en su opinión, “en ellos no se expresa aún la valoración jurídica calificante de lo antijurídico (tipo de ilicitud)”. Por ello, niega tajantemente la concepción de los *elementos normativos del tipo* al referir que sólo algunos conceptos jurídicos expresan una valoración jurídica, como el caso de la culpabilidad, mientras que los demás se presentan sólo como objetos de

⁵³ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁴ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Op. Cit.*, pp. 29 y 30.

reglamentación jurídica, no siendo en consecuencia, por sí mismos, de carácter normativo y dejando en manos del jurista el entendimiento del sentido que da el legislador a un concepto jurídico que aparece en un precepto jurídico como objeto regulado.⁵⁵

Como se ve, el obstinado de Beling no advierte que “*el entendimiento*” de tales “conceptos jurídicos que aparecen en un precepto jurídico como objeto regulado”, por parte del jurista, corresponde a la abstracción que realiza el aplicador de la norma y que constituyen los elementos normativos del tipo, que dicho sea de paso, se reconocen de manera unánime la ley, la jurisprudencia y la doctrina hoy en día.

Por ello, congruente con su discurso defensivo, aunque sin ser ya convincente en su argumento, la calidad de “*puramente descriptivo*” en el tipo penal, la explica en los siguientes términos:

“(…) por medio del delito-tipo, una acción sólo es *caracterizada* conforme a su particularidad y no ya *reglada* como antijurídica. Ahora bien, para caracterizar una conducta, el legislador puede tomar toda clase de elementos: el comportamiento corporal mismo, la situación vital de la cual aquel proviene, aquella en la que ha incidido y aquella que ha acarreado. Por eso no puede impedírsele que se sirva de las relaciones jurídicas de la conducta para la construcción de los tipos (cosa “ajena” § 242 C.P.; cosa “propia” § 288; ejercicio “ilegítimo” de un cargo, § 113; etc.). Pero mientras éstas le sirven sólo para delimitar la conducta presupuesta en el sentido de las clases de delito correspondientes, conservan su función “descriptiva” y nada anticipan de las circunstancias que están más allá de su carácter especial y de las cuales dependerá si la conducta así descrita, está reglada como antijurídica.”⁵⁶

La anterior apreciación constituía un equívoco por Beling, pues las “relaciones jurídicas de la conducta”, utilizadas “para la construcción de los tipos”, aunque sirven en principio para delimitar la conducta específica, no se limitan sólo a ser descriptivas, pues contrario a ello, sí anticipan la existencia y conocimiento, aun cuando sea indiciario, de la antijuridicidad de la conducta.

⁵⁵ VON BELING, Ernest. *Op. Cit.*, p. 16.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 17.

Y en lo tocante a los llamados “elementos subjetivos (específicos) del tipo”, el maestro alemán expresa su inconformidad de reconocerlos a nivel de la tipicidad, aduciendo que:

“Mezclando ‘lo subjetivo’ del alma del autor en el delito-tipo, nos perdemos en un desvío metodológico. Un delito tipo tan impuro no podría cumplir más su función de esquema común para la faz objetiva y subjetiva. No sólo sucederá que en la *ejecución*, ello es en su faz *objetiva*, se nos presentaría inopinadamente lo psíquico, sino que también la faz subjetiva se tornaría un cuadro completamente torturado. La culpabilidad debería extenderse a uno de sus propios elementos constitutivos. Si, por ejemplo, se colocase en el delito-tipo una representación determinada del autor, el dolo del autor en el caso, según el § 59 del C.P., debería comprender la representación de que tiene esa representación. Se perdería toda claridad metódica.

Con eso, naturalmente, no se discute la relevancia jurídica de aquellas circunstancias que se han designado como ‘elementos subjetivos del delito-tipo’. Sólo que su lugar metodológico es otro: son características de la figura delictiva misma y no de su esquema, que es de ella separable.

(Por ello)... admitiéndose que lo externo y lo interno son dos objetos distintos de la valoración jurídica, se daría un paso atrás al tomarse mezcladamente lo externo y lo interno como un todo cuya antijuridicidad debe investigarse, borrando con ello la cuestión relativa al modo con que el orden jurídico valora la conducta exterior por sí misma.

La aceptación de ‘elementos subjetivos del delito-tipo’ se apoya también en que ciertas palabras textuales aportarían elementos subjetivos. Así sería inseparable del concepto de acción ‘impúdica’ el propósito lascivo y, en consecuencia, el delito tipo lo contendría también. La incorrección de esto dedúcese de que con tal aceptación se daría la rareza psicológica de un dolo dirigido, entre otras cosas, al propio propósito lascivo.”⁵⁷

Resulta imprecisa la opinión que antecede, pues el autor incurre en el exceso de pretender un análisis de culpabilidad, extendiéndolo a un elemento propiamente típico, que por sí mismo, no representa algún tipo de dolo específico, ni la representación dolosa de tal dolo específico.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

Posteriormente se entrará al estudio de la naturaleza jurídica de dichos elementos típicos subjetivos; sin embargo, baste por el momento recordar que surgen como una referencia que el legislador exige para colorear la antijuridicidad de la conducta concretamente determinada en el tipo, alejándose de una posible concepción como elemento de la culpabilidad.

El Doctor Rafael Márquez Piñero precisa que a esta reformulación de su teoría se le conoce como la “fase defensiva” y se identifica con la referida “*figura o imagen rectora*” del delito, con la que Beling pretendía solucionar aquellos problemas que surgieron después de la dura crítica a su monografía en 1906; de ésta manera, “el tipo no es ya para Beling el hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino que constituye la imagen rectora, cuadro dominante o *tipo regens*, que delimita y preside cada especie delictiva”; es decir, la tipicidad ya no es un encuadramiento de la conducta al tipo, sino al concepto diverso de la “imagen rectora”. Por ello, “la adecuación de la conducta al tipo (idea ínsita en la noción de tipicidad) ha de ser adecuación no a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora, o cuadro dominante de cada una de ellas.”⁵⁸

A pesar de las críticas recibidas, la teoría de Beling tiene un innegable aporte teórico de suma trascendencia a fijar el punto de partida de la sistemática penal moderna, siendo a partir de este momento que la teoría del delito se ha venido estructurando metodológicamente sobre la base del tipo penal, amén a que “su aportación dio sistematización y función al tipo o *Tatbestand* en la teoría del delito, otorgándole independencia de otros elementos analíticos del ilícito, principalmente de la antijuridicidad que lo subsumía, además de ser el portador de la función garantista adoptada en la actualidad por la mayoría de los Estados democráticos de corte liberal”⁵⁹. Con sobrada razón rige hoy en día como el eje fundamental del garantismo penal contemplado en nuestra Constitución Federal.

⁵⁸ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, Op. Cit., pp. 136 y 137.

⁵⁹ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 28.

Cabe decir que a esta postura doctrinal se le conoce como “causalismo clásico” para diferenciarla de la “escuela neoclásica” iniciada años más tarde por Edmundo Mezger. Aquí lo importante es simplemente “la adecuación de la conducta con la descripción que de ella hace el tipo, sin alguna clase de contenido normativo o subjetivo, siendo de relevancia jurídica el resultado producido por la acción y la relación de causalidad.”⁶⁰

c) Edmundo Mezger: el injusto valorativo y los elementos subjetivos específicos del injusto en el neocausalismo

Para explicar el cambio ontológico que sucedió en la estructuración del delito, retomo la exposición realizada por el Doctor Rafael Márquez Piñero, quien a su vez se apoya en las consideraciones elaboradas por el jurista alemán Hans-Heinrich Jescheck y en este sentido, señala que:

“(...) la estructura de la noción de delito correspondiente al sistema de Liszt y Beling sufrió, pronto un proceso profundo de transformación. Puede designarse la etapa siguiente como la referente al *concepto neoclásico del delito*, ya que sin abandonar totalmente los principios sistémicos anteriores, produjo una reforma inmanente al sistema, aunque amplia.

En lugar de la coherencia formal de un pensamiento jurídico, introspectivamente volcado dentro de sí mismo, se pretendió construir el concepto de delito, partiendo de los fines inherentes al derecho penal y en función de las perspectivas valorativas que constituyen su base, es decir, la *teoría teleológica del delito*.

En este periodo, se hace sentir la influencia de la teoría *cognoscitiva neokantiana* (así, Stammler, Rickert, Lask y un amplio etcétera) que en conexión al método científico-naturalístico del observar y describir restauró una metodología perteneciente a las ciencias del espíritu, caracterizada por el comprender y el valorar.

Lo anterior provocó una contemplación de la esencia del derecho penal en la *orientación a valores e ideas*, si bien su contenido escasamente se concretó debido a la característica renuncia del neokantismo al conocimiento vinculante de criterios materiales de valor.

⁶⁰ LUNA CASTRO, José Nieves. *El concepto de tipo penal en México, un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional*, Porrúa, México Distrito Federal, 2008, p. 29.

En la teoría neoclásica del delito la ciencia jurídica germana del derecho penal llegó a su punto álgido en cuanto a su rendimiento y vigencia internacionales. A partir de ese momento, la dogmática jurídico penal alemana produjo una gran influencia en Italia, España, Portugal y Grecia.”⁶¹

De tal modo, después que Beling elaborara su doctrina, en 1931 Edmundo Mezger publica su *“Tratado de Derecho Penal”*, donde estima a la conducta como *“típicamente antijurídica”*, es decir, el estudio de la tipicidad no se lleva a cabo en un apartado propio, sino que se incluye en la antijuridicidad misma, tratada primero como injusto objetivo y posteriormente como injusto tipificado.⁶²

Años más tarde sintetizó su obra magna en lo que él mismo consideró como un apoyo metodológico para los estudiantes universitarios de su época, la obra: *“Derecho Penal, Parte General”*.⁶³ Aquí, el autor partió del concepto del **hecho punible** como base para su teoría. Este concepto, en su opinión, “presenta un aspecto concreto (objetivo) y personal (subjetivo)” y le niega el carácter de elemento al tipo penal, pues entiende que la *“teoría general del hecho punible”* comprende sólo las formas generales en que aparece éste, es decir, muestra lo que es común a todos los hechos punibles y que, en su opinión, son tres: acción, antijuridicidad y culpabilidad.

Para este autor, el tipo no constituye un elemento con identidad propia dentro de la estructura de hecho punible, dado que deviene como un simple agregado adjetival a los elementos fundamentales; así, existe una “acción típica”, una “antijuridicidad típica” y una “culpabilidad típica”. En tal sentido, refiere que la tipicidad se subsume en la antijuridicidad, considerándola como una *“antijuridicidad especial”*.

En su doctrina, Mezger define a la antijuridicidad como “el juicio impersonal-objetivo del ordenamiento jurídico sobre el *hecho* (que puede contener, por su parte, elementos ‘subjetivos’)” o lo que él denomina *“teoría de los elementos*

⁶¹ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la antijuridicidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, serie de estudios jurídicos, número 38, México, 2003, pp. 31 y 32.

⁶² MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, *Op. Cit.*, 2005, p. 135.

⁶³ MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, julio de 1958, Buenos Aires Argentina, p. 80.

subjetivos del injusto”, distinguiéndola de la culpabilidad, que define como “la *imputación* personal-subjetiva del hecho a un *autor* determinado”.⁶⁴

Aquí, la antijuridicidad equivale al sustantivo “*injusto*”, que hace referencia al “*aspecto externo* (injusto objetivo), como así también al *aspecto interno* del injusto (elementos subjetivos del injusto)” que con carácter excepcional se presentan en la descripción legal, haciendo la precisión de que la teoría de la antijuridicidad se refiere a sus principios generales y “a la **estructura típica de los hechos punibles**”, así como a la exclusión de la misma, conforme a sus principios de ausencia y el derecho predominante.

Claus Roxin precisa que para este autor el acto de creación legislativa “contiene ya directamente la declaración de su antijuridicidad, la fundamentación de lo injusto como injusto especial tipificado. El legislador crea mediante la formulación del tipo penal la antijuridicidad específica: la adecuación típica de la acción no es mera *ratio cognoscendi*, sino *ratio essendi* de la antijuridicidad especial. La adecuación típica convierte a la acción en acción antijurídica, naturalmente no por sí sola, sino en vinculación con la falta de especiales fundamentos que excluyen la antijuridicidad”; por ello, “el tipo penal es un juicio por el cual se establece que la acción subsumida en él constituye un injusto mientras no se demuestre lo contrario”.⁶⁵

Mezger conceptualiza a la acción como toda conducta humana concreta con dos aspectos principales: “1. El fundamento de la voluntad de la acción, como fenómeno psíquico, como acto subjetivo de la voluntad” puesto que “toda acción es una conducta enderezada por la voluntad y, por ello, necesariamente, es una conducta dirigida a un fin, a una meta.” Así, “el que actúa debe siempre querer ‘algo’, y el que omite, no querer ‘algo’. De tal manera, toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza ‘ontológica’ (esencial), un carácter ‘final’. Está siempre dirigida a una ‘meta’ determinada”. De este modo, sostiene que “la cuestión de si

⁶⁴ *Ibidem*, p. 81 y 82.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, pp. 64 y 65.

uno es, en el derecho penal, '*finalista*' o '*no finalista*', es una insensatez", pues "lo único dudoso es si uno sustenta un '*finalismo*' acertado o no."⁶⁶

En segundo lugar se encuentra el "movimiento corporal externo con su resultado ulterior, como suceso objetivo producido mediante el acto de voluntad". En éste lo que importa es el *contenido* de la voluntad de la acción, pues "la acción jurídico-penal se pregunta qué ha querido y qué se ha propuesto el *autor*", considerando la "finalidad del autor".

En síntesis, para Mezger la acción se encuentra conformada por: I) el acto de voluntad, II) la conducta corporal y III) el resultado posterior. De este modo, el acto de voluntad representa el fundamento de la acción en sentido amplio; constituye la "causa" del suceso externo, que se traduce en "querer algo siempre" en el hacer activo, aún en el hacer culposo y en la omisión en un "no querer algo"; así, en la omisión dolosa es el rechazo real de una idea existente que se impone, mientras que en la omisión culposa no existe un suceso psíquico real, sino un querer puesto en relación con algo esperado, concreto y bien determinado. El resultado se compone de los efectos ocasionados por la conducta corporal, los cuales se presentan en el mundo material, que también pueden manifestarse en la vida psíquica de las personas.⁶⁷

Por lo que respecta a la apreciación o valoración normativa del fenómeno delictivo (del deber ser jurídico), ésta se realiza hasta la teoría del *injusto* o de la *culpabilidad*, pues se pretende que el concepto de acción logre su necesario carácter "neutral" y servir como la base de todas las "investigaciones jurídico-penales"; de lo contrario, se recargaría la teoría de la acción en una "forma imposible" respecto a sus consecuencias, lo que llevaría a un sistema y desorden ininteligible.

Dentro de esta teoría, la antijuridicidad es sinónimo del sustantivo "*injusto*", definido como "*el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico*", en tanto que la *culpabilidad* destaca la

⁶⁶ MEZGER, Edmundo. *Op. Cit.*, pp. 88 y 89.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 104.

imputación personal de un hecho al *autor*.”⁶⁸ Ello, tomando en consideración que el Derecho sólo se refiere a la regulación de la conducta humana, pues existen mandatos y prohibiciones de lo que el destinatario de la norma debe y no debe hacer; de ahí que se distinga “una *norma* objetiva de *valoración* del derecho que materializa esa ordenación objetiva de vida y una *norma* subjetiva de *determinación* que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le dice y le quiere decir lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración”, pues “lo que contradice la norma objetiva de valoración es ‘*antijuridicidad objetiva*’ o (...) ‘***injusto***’.”⁶⁹

Para este autor “la norma objetiva de valoración del derecho puede referirse tanto a la *conducta externa* (‘objetiva’) como a la *conducta interna y psíquica* (‘subjetiva’); de ahí que estime al derecho como “una ordenación ‘objetiva’ de vida”, pues materializa una valoración de sucesos sociales, sin una relación con sujetos determinados como “norma de determinación”, que no necesita estar limitada a sucesos externos-objetivos, dado que la subjetivización se realiza allí, en la transición desde la norma de valoración a la de determinación.”⁷⁰

Ahora bien, partiendo de la premisa de que el Derecho ordena de forma objetiva la convivencia o vida externa de las personas y que en el núcleo central de los tipos, se designan, lingüísticamente, los verbos que expresan la actividad del autor (matar, quitar, incendiar, etc.), Mezger estima que se hace referencia a la adecuación, al estado o a la no modificación del estado en que se encuentra. Tales verbos, teniendo formas transitivas, son de índole causal, pues mencionan un resultado y abarcan toda conducta que es causal en orden al mismo, por lo cual se trata de un suceso “objetivo” con efecto “objetivo” en el mundo externo, aunque, el derecho también puede referirse a la conducta interna.”⁷¹

Lo anterior encuentra su fundamento si se toma en cuenta que la convivencia externa de las personas es siempre la expresión de la actitud interna y

⁶⁸ *Ibidem*, p. 131.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 134.

⁷⁰ *Ídem*.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 135 y 136.

psíquica de ellas y que el derecho no debe ser fundamentalmente una “ordenación de los sentimientos”, pues debe incluir en sus apreciaciones lo psíquico como origen de la conducta externa; de ahí que, el injusto jurídico-penal contenga los llamados “*elementos subjetivos del injusto*”, los cuales pueden dividirse en **a) delitos de intención**, caracterizados porque el autor hace algo como medio de un actuar posterior (robo) o para que se produzcan consecuencias posteriores (envenenamiento); **b) delitos de tendencia**, que por su propia adjetivación se explican (atentados al pudor) y **c) delitos de expresión**, donde se pone de relieve la acción como resultado de un proceso o estado interno y psíquico del autor (falsedad en declaración).

Por lo que respecta al aspecto negativo de la ilicitud de la conducta, Mezger considera que, “el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto”; de manera que “el tipo jurídico-penal (...) es fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto”, pues “si tal ocurre la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.”⁷²

Lo anterior es sintetizado de la manera siguiente:

“(...) *concepto del tipo jurídico-penal*. Es punible sólo el que actúa típicamente. Todo hecho punible es, por consiguiente, un *injusto típico*. Pero una acción típica es un injusto, siempre que no exista *ninguna causa de exclusión del injusto*.”⁷³

Al referirse al concepto del tipo, Mezger precisa la existencia de dos clases de tipos penales. En primer lugar, se encuentra el “*tipo de acción*”, que define como el conjunto de los presupuestos de la acción punible, incluyendo los requisitos de culpabilidad. En segundo término, está el “*tipo del injusto*”, que considera como el “tipo en sentido estricto”, referido a la *antijuridicidad* del hecho y el cual no comprende todos los presupuestos de la pena, especialmente la culpabilidad del autor (dolo y culpa), puesto que el “dolo” o conocimiento y

⁷² CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 45ª. edición, Porrúa, México, 2004, p. 169.

⁷³ MEZGER, Edmundo. *Op. Cit.*, pp. 143 y 144.

voluntad del hecho, no pertenece al tipo del injusto, pues como ocurría en algunos de ellos, propios de su época, las formas de culpabilidad eran separadas expresamente.

En este sentido, el “tipo de injusto” es el circunscribe el *injusto conminado con pena*, constituyendo un “*injusto tipificado*” o, de otra manera, “*antijuridicidad tipificada*”; siempre y cuando no exista una causa de exclusión del injusto; por ende, “en la descripción del injusto le corresponde (...) una significación *material*, es su ‘fundamento real’, su ‘ratio essendi’, y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera ‘ratio cognoscendi’.”⁷⁴

Respecto a éste último punto, Mezger critica la opinión de Ernest Mayer (quien consideraba al tipo como “indicio” de antijuridicidad) y refiere que, aunque es cierto que el tipo no demuestra siempre la antijuridicidad de la acción, como cuando existe una causa de exclusión del injusto; la expresión del indicio se acerca demasiado al mero fundamento del reconocimiento, pues el tipo fundamenta el injusto y no deja simplemente reconocerlo, dependiendo de las circunstancias el saber si el tipo trae consigo el injusto en una forma conceptual determinada (apoderamiento en el robo), o si crea el injusto de por sí (incesto o atentados contra el pudor), pues ambas posibilidades son potencialmente viables. Esta discusión doctrinal será reconocida años más tarde como una de las “*funciones del tipo penal*” y que, en realidad, no aporta algún beneficio metodológico de suma trascendencia para la sistemática del Derecho Penal.⁷⁵

Por su parte, sintetizando al máximo la postura de Mezger, comprendida en los dos apartados fundamentales de su doctrina, el Magistrado Federal Doctor Jorge Ojeda Velázquez, refiere que dicho autor “parte fundamentalmente de la separación entre injusto puramente objetivo y culpabilidad completamente subjetiva: injusto es, desde el punto de vista formal, contradicción con la norma abstracta, que no posee destinatario; desde el punto de vista material es lesión de intereses. La culpabilidad sólo es atribuida en relación con el ilícito cometido. Esta

⁷⁴ *Ibidem*, p. 145.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 145.

relación es, sin embargo, siempre de naturaleza psíquica; por consiguiente, el ilícito está orientado básicamente de un modo subjetivo.”⁷⁶

d) Hans Welzel: la acción final y los elementos subjetivos del tipo en el finalismo

Como evolución de la teoría del delito, surge en 1940, la obra del jurista alemán Hans Welsel, “*Derecho Penal, Parte General*”, donde recoge los estudios previamente realizados por Hellmut Von Wever y Alexander Graf Zhu Donna para desarrollar y difundir su “*teoría de la acción final*”, que revolucionó la metodología de estudio de la “acción” como el eje rector del Derecho Penal.

El profesor de la Universidad de Bonn analiza a fondo los alcances de la acción dentro del sistema causalista y elabora un concepto diverso al que agrega elementos subjetivos, comprendiendo a la finalidad como parte esencial de la acción. Derivado de ello, cambia la sistemática en el análisis del delito, pues se parte de un concepto ontológico de la acción.

Como explica el Doctor Fernando Castellanos Tena, “Welzel plantea, en su sistemática finalista, que la acción humana se caracteriza por tener siempre una finalidad; el legislador cuando tipifica las acciones delictivas, lo hace pensando, no en un proceso causal simple, sino en un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin, lo anterior tiene como consecuencia que tanto el dolo como la culpa, que en el sistema tradicional son formas de culpabilidad, pasan a formar parte del tipo de injusto como elementos subjetivos de éste.”⁷⁷

De esta manera, Welzel “se afilia a las posiciones filosóficas de Pufendorf y Hegel, para quienes la voluntad constituía un elemento esencial de la acción”, precisando que en la época de Hegel, “no se consideraba acción a toda consecuencia causada por un sujeto, sino que al sujeto sólo le podían ser imputadas como obra de la voluntad, aquéllas acciones que dependían de su voluntad o eran dominadas por él”, la cual sólo es “puesta de relieve través de un

⁷⁶ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Op. Cit.*, p. 249.

⁷⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. Cit.*, p. 170.

examen profundo de la estructura ontológica del material objetivo mismo”.⁷⁸ Por ello, para esta doctrina la realización de las conductas humanas quedan comprendidas por el Derecho en su generalidad, sin distinguir si pertenecen al Derecho Penal en forma exclusiva.

El maestro alemán critica duramente las antiguas concepciones naturalista y valorativa de la acción, donde existía una tajante separación entre el factor externo u objetivo y el factor interno o subjetivo. Le resultaba inconsistente analizar la acción como causalidad ciega para unirla posteriormente con la finalidad de la voluntad hasta el capítulo de la culpabilidad, pues aquélla era el factor determinante que regía a la acción; de este modo, las acciones humanas no constituyen un mero mecanicismo del que posteriormente se sepa cuál fue su finalidad, sino que es ésta, precisamente, el factor inmanente del que surge y se nutre su existencia.

De ahí que estime, que la acción se encuentra determinada por una “finalidad desde su origen”, es decir, se despliega racional e intencionalmente como un “acto con dominio de la voluntad final”, pues la naturaleza propia de la conducta humana obliga a considerar que se encuentra impregnada con un contenido subjetivo al manifestarse en el plano de realidad.

En opinión del Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez, este autor alemán “considera que la filosofía de los valores de la teoría neoclásica es una continuación del positivismo jurídico, critica el método positivista aplicable al derecho penal, en el que solamente lo objetivo o material puede ser sujeto de comprobación, en cambio, el método del finalismo responde a la naturaleza de las cosas, a lo que denomina estructuras lógico-objetivas”.⁷⁹

Ahora bien, al estructurarse la vida social sobre “la actividad finalista de los miembros de la comunidad”, el hombre puede proponerse fines u objetivos futuros, “elegir los medios necesarios para su obtención, y ponerlos en actividad”, supuesto que resulta el primer criterio del actuar humano en general; por ello,

⁷⁸ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Op. Cit.*, pp. 251 y 252.

⁷⁹ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal, Op. Cit.*, p. 49.

“el acontecer puro de la naturaleza es ciego en su causalidad”, empero, “el hombre puede prever el futuro consciente del objetivo; concretar, sobre la base de experiencias causales, las más diversas clases de propósitos, según la forma planeada”.⁸⁰

De este modo, al no existir un mecanicismo puro, la casualidad se produce como consecuencia de la capacidad del ser humano para querer y conseguir un fin específico; ésta capacidad de raciocinio deriva de un conocimiento “*gnomológico*”, es decir, del saber previo que tiene cada individuo con base en la experiencia de las cosas, pudiendo prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de sus acciones y elegir los medios para la consecución de sus objetivos.

Por ello, para el Doctor Rafael Márquez Piñero “esta teoría considera la acción, ubicada en su problemática como una acción ontológica”; aquí –continúa explicando el elocuente profesor–, Welzel llegó a una concepción finalista de la acción valorativamente considerada, donde la acción penal se encontraba orientada –*ab initio*–, es decir, encauzada a la consecución de una finalidad, de modo que “la acción es el ejercicio final de la actividad humana.” Posteriormente comenta que “Hans Welzel se ocupa de la ‘valoración social de la acción’ diciéndonos que: todo delito es acción en el espacio social (concepto nazi) y ahí encuentra su valoración”. De este modo, “la ‘Antijuridicidad es la valoración negativa de la acción’, desde el punto de vista de la comunidad” y como “contrapartida, el autor de la conducta típica valoriza la acción, y al cometerla lo hace de modo positivo. El sujeto realiza la acción porque lo hace de modo positivo. El sujeto realiza la acción porque la considera beneficiosa o porque, de cualquier otro modo la valoró positivamente. Esta diferencia entre la valoración negativa comunitaria y la positiva del agente constituyen el fundamento del reproche de culpabilidad.”⁸¹

⁸⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*, Roque de Palma Editor, Traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Argentina, 1956, pp. 35 y 36.

⁸¹ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, Op. Cit., pp. 142 y 143.

Para el maestro alemán, las acciones finalistas que estructuran la vida de la comunidad, son las mismas que la lesionan, siendo acciones que se mueven dentro del orden de la vida social y valoradas positivamente por el orden de la comunidad como “adecuadas a derecho”; dichas acciones, si son lesivas, son valoradas como antijurídicas o “contrarias a derecho”. En consecuencia, “la antijuridicidad contiene, simplemente, el juicio de valor según el cual la acción cae fuera de los ordenamientos de la vida de comunidad”, donde la acción constituye, un suceso colmado de valoración ético-social.⁸²

El erudito iuspenalista Claus Roxin, explica la relación de antijuridicidad con el tipo, refiriendo que “una conducta típicamente adecuada, es decir, contraria a la norma, estará en contradicción con el orden jurídico en su totalidad, si en el caso particular no concurre una proposición permisiva”; de ésta manera, “el juez que haya comprobado la adecuación típica sólo necesita para determinar la antijuridicidad, realizar un *procedimiento negativo*”, es decir, “no necesita buscar ningún otro elemento para pasar de la contrariedad de la norma a la antijuridicidad, sino que se limitará a investigar si en el caso *no* concurre una proposición permisiva”. Ésta adecuación típica es *indiciaria* de antijuridicidad y Welzel la reconoce como *tipos cerrados*, “pues el círculo de los elementos indicativos de lo injusto es cerrado.” Sin embargo, Welzel reconoce “que en los delitos de comisión dolosos no todos los tipos son cerrados”, debido a que en muchos de los casos, “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”, resultando así un *tipo abierto*, “es decir, la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva y, por tanto, la realización del tipo no podría indicar la antijuridicidad, Consecuencia de esto sería que el Juez en lugar del procedimiento negativo habitual propio de los tipos cerrados, aquí tendría que comprobar la antijuridicidad en forma ‘positiva’, Para ello, luego de determinar la realización del tipo ‘abierto’,

⁸² CFR. WELZEL, Hans. *Op. Cit.*, p. 37.

debe investigar la antijuridicidad mediante la comprobación de los llamados 'elementos del deber jurídico'." ⁸³

Ahora bien, citando la frase célebre de Hans Welzel, la actividad finalista es explicada de la manera siguiente:

“La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer ‘finalista’ y no solamente ‘causal’. 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 escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es ‘vidente’; la causalidad es ‘ciega’.” ⁸⁴

Enfatiza lo anterior al referir que “la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo” con lo cual, “la voluntad consciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista (...) el factor de dirección, que sobredetermina el acontecimiento causal exterior” y sin el cual degeneraría en un proceso causal ciego, con lo cual se justifica que “la voluntad finalista, como factor que conforma objetivamente el acontecimiento real” pertenezca también a la acción.

Para dicho autor, la dirección objetiva del acontecimiento causal o voluntad finalista “se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo; es decir, a: 1 el objetivo que se propone alcanzar; 2 los medios que emplea para ello y 3 las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios”; así, tomando en consideración éste último elemento, “la actividad finalista no sólo comprende la

⁸³ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, pp. 5 y 6.

⁸⁴ WELZEL, Hans. *Op. Cit.*, p. 39 y 40.

finalidad de la acción, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias, necesariamente vinculadas”, siendo “una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en el cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento, y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos.” En tales circunstancias, la voluntad finalista no sólo comprende “el objetivo (*finis*)”, pues se trata de una “*voluntad de concreción*” al comprender todas las consecuencias necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, que el autor conoce y, por las cuales, quiere realizar la acción.⁸⁵

Ahora bien, al tener en consideración que la voluntad de la acción se encontraba dirigida desde su nacimiento, resultaba asistemático englobar al dolo como elemento ajeno al tipo, pues la acción se encontraba revestida del elemento subjetivo “*telos*”, por lo que éste elemento subjetivo es extraído del capítulo de la culpabilidad para ser trasladado al ámbito de la tipicidad, como una consecuencia imperiosa del cambio metodológico.

Lo anterior se logra partiendo de la naturaleza misma de la conducta humana, de donde se deduce que el elemento volitivo que impregna a la acción es un factor que el legislador no puede dejar de lado al momento de tipificar una conducta; por ello, como valiosamente sintetiza el Doctor Armando Urosa Ramírez, “el tipo es un concepto con estructura objetiva y subjetiva, y estos últimos corresponden a los elementos subjetivos del tipo –o sea, los ánimos, tendencias o especiales conocimientos anímicos del agente descritos legalmente– y el dolo como núcleo central de la parte subjetiva del tipo”; ello, en atención a que “el dolo es la parte subjetiva medular del tipo, pues se encuentra subyacente en la descripción legislativa y comprende el aspecto cognoscitivo además del volitivo o sea, es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, pero sin incluir el discernimiento de la antijuridicidad o conciencia de ésta pues se trata de un dolo ‘avalorado’.”⁸⁶

⁸⁵ CFR. WELZEL, Hans. *Op. Cit.*, pp. 40 y 41.

⁸⁶ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal, Op. Cit.*, pp. 50 y 51.

Por su parte, el ilustre iuspenalista Moreno Moisés Hernández refiere que “con el sistema finalista se establece que en todos los casos el tipo penal se estructurará tanto de elementos objetivos, normativos y subjetivos y que entre estos últimos habría que considerar la existencia del dolo o de la culpa. Dolo y culpa, de acuerdo con el sistema finalista son extraídos de la culpabilidad y ubicados en el tipo penal, porque en el plano de lo óntico, la acción se concretiza así en la realidad. El legislador, al crear los tipos penales, toma de ese mundo de acciones que se dan en la realidad, aquéllas que considera deben ser reguladas penalmente, y las toma tal como se dan en ese mundo fáctico, con su propia y natural estructura; de tal manera que al plasmarlas en los tipos penales ellas conservan esa estructura óntica. Por lo que eso que en toda acción realizada en el mundo fáctico se llama finalista, ahora, al formar parte del tipo penal adquiere un nombre técnico que se precisa en el de acción dolosa. Por ello, se afirma que el dolo no es otra cosa que la ‘finalidad tipificada’.”⁸⁷

Esta doctrina, a pesar del gran mérito que significó para su tiempo, tuvo un enorme talón de Aquiles: las conductas culposas; su desarrollo encontró la dificultad notoria de justificar su estructura con la premisa de una acción “conscientemente dirigida desde el fin”, pues resultaba poco creíble que en estos casos, pudiendo ser previsible el resultado, no se hubiera querido “desde el inicio”. Este inconveniente dificultó demasiado la justificación de los delitos culposos dentro de esta estructura metodológica; no obstante ello, logró un gran avance que más tarde recogerían los iniciadores y desarrolladores de la escuela funcionalista alemana.

C) Antecedentes del cuerpo del delito en México

En el transcurso de tiempo, nuestra doctrina ha venido desarrollando su propio concepto del cuerpo del delito que, aunque no dista mucho de la materialidad física propuesta por la doctrina italiana, con el paso del tiempo se le

⁸⁷ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Op. Cit.*, pp. 336 y 337.

han ido agregando o quitando ciertos elementos; sin embargo, a pesar de la ardua labor de nuestros procesalistas nacionales, nunca se logró delimitar su contenido de forma unánime y satisfactoria, pues tal y como se observa a continuación, la adopción de diversas escuelas teóricas y la reforma a nuestro texto constitucional y leyes secundarias, dieron lugar a la amplísima dispersión del concepto.

Como comenta (con toda razón) el iuspenalista Doctor Javier Jiménez Martínez, “existen sendas interrogantes sobre el cuerpo del delito, mucho se ha discutido sobre su utilidad y su naturaleza, las conclusiones obtenidas hasta hoy parecen no haber alcanzado el grado de convicción que todos deseáramos, y que, desde luego, inquieta a gobernados y a gobernantes encargados de procurar y administrar el derecho.”⁸⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena conocer las diversas opiniones existentes en torno al tema para tener un punto de partida sólido en la estructuración de este concepto.

a) Vertientes doctrinales del concepto en México

En nuestro país, el cuerpo del delito tuvo siempre una acepción plurívoca tanto en la ley como en la jurisprudencia y la doctrina, en gran parte, debido a la falta de armonización de criterios jurídicos, pero también por la inercia de nuestros legisladores de adoptar este concepto sin tener una idea suficientemente clara sobre su contenido para delimitar su contenido con precisión.

Desde 1955 el erudito iuspenalista Doctor Mariano Jiménez Huerta ya advertía la situación antedicha, precisando que su significado era entendido:

“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, etcétera–; 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

⁸⁸ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Elementos de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 2006, p. 318.

consERVE como reliquia de la acción material perpetrada –un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno, una llave falsa, etcétera–.”⁸⁹

Indudablemente, la opinión del maestro español tenía una fuerte influencia de la doctrina procesal italiana, pues las tres acepciones coinciden sustancialmente con las posturas sustentadas por autores como Pietro Ellero y Nicola Framarino dei Malatesta. Cabe decir que la distinción anterior proviene de la vieja división propuesta por Eugenio Florian para quien el cuerpo del delito debe entenderse en sentido amplio “como signos de la actividad del delincuente, como producto del delito (*corpus criminis*) y como medios e instrumentos empleados por el delincuente (*corpus instrumentorum*)”,⁹⁰ la cual es recogida por autores como el Doctor Arturo Zamora Jiménez, quien señala que “durante el Medievo tuvo variantes en determinados lugares”:

- a) “*Corpus crimini*, persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que la ley menciona como delito en el tipo.
- b) *Corpus instrumentorum*, se compone de los instrumentos que han servido como medios para que el autor realice el daño que se propuso, y
- c) *Corpus probatorium*, elementos de prueba que se desprenden del propio cuerpo del delito.”⁹¹

Sin perjuicio de lo anterior, las tres posturas que giran en torno a este concepto pueden sintetizarse de la siguiente manera.

1. Como vestigio o rastro material de la acción punible

Esta postura, cuya raigambre en la consciencia colectiva es la más fuerte, comprende al cuerpo del delito como el conjunto de rastros materialmente sensibles que deja la ejecución del delito, es decir, las cosas que permanecen a consecuencia de éste; por ejemplo, “los moretones” o “la fractura” en el delito de lesiones, “la billetera sustraída” en el delito de robo, “la casa quemada” en el delito de daños o “el semen” dejado en el cuerpo de la víctima, en el delito de violación.

⁸⁹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. “*Corpus delicti y tipo penal*”, *Criminalia*, año XXII, número 5, mayo de 1956, pp. 242 y 243.

⁹⁰ OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.*, p. 199,

⁹¹ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, *Op. Cit.*, p. 5.

Existen al menos dos objeciones serias en torno a esta postura; la primera consiste en que la verdad jurídica es obtenida con una limitación bastante obvia: la posible ausencia, total o parcial, de vestigios materiales del delito, disminuyendo la posibilidad de demostrar su existencia en juicio; la segunda se refiere a la confusión que crea esta denominación con la “prueba indiciaria”, pues los términos “vestigio”, “rastros” o “evidencia” se refieren propiamente a “indicios” de naturaleza “real”.

Esta concepción materialista fue recogida de forma genérica en los Códigos de Procedimientos Penales de país y era entendida, más comúnmente, como sinónimo de “vestigios”; sin embargo, se dejaba a las llamadas “reglas especiales de comprobación” su regulación particular para un determinado grupo de delitos. Así, por ejemplo, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal aludía a los delitos de homicidio (arts. 105, 106 y 113) y lesiones (arts. 109 y 113), delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual (art. 109 bis), robo (art. 114), violencia familiar (arts. 115 y 115 bis), daños (art. 118) y uso o falsificación de documento (art. 119).

2. Como instrumento o medio de ejecución del delito

Dentro de esta postura, cualquier objeto que sirva de apoyo para ejecutar la conducta delictiva, será considerado como cuerpo del delito; por ejemplo, el machete para lesionar o matar a alguien, a bomba para cometer un homicidio múltiple, la ganzúa o la tijera cortapernos para cometer robo.

La gran debilidad que tiene esta postura, reside en que, para cierta clase de delitos (con especial énfasis en los delitos “de peligro”) el instrumento es en sí un elemento del tipo penal; por ejemplo, en los delitos de “portación ilegal de arma de fuego” o “portación de objetos aptos para agredir”.

Lo anterior desnaturaliza la esencia “instrumental” del cuerpo del delito; máxime cuando se trata de delitos en los que se exigen medios “morales” dentro del tipo que, por su propia naturaleza, requieren de una valoración jurídica o cultural, traduciéndose en un elemento normativo del tipo; por ejemplo, el medio

comisivo de la violencia (física o moral), que se encuentra en los delitos de robo o violación o el engaño, requerido en el delito de estupro; en ambos casos, el cuerpo del delito se significaría como un ente inmaterial o meramente intelectual.

Por otro lado, esta concepción se refiere esencialmente a los delitos dolosos, pues causaría bastante extrañeza considerar su naturaleza instrumental en un delito calificado como culposo; por ejemplo, “el automóvil” con el que fue arrollado “accidentalmente” un transeúnte.

Cabe destacar que la anterior legislación distrital hizo referencia reiterada a los instrumentos de ejecución del cuerpo del delito, aunque nunca precisó su naturaleza.

3. Como indicio de la conducta típica

Esta postura, que en las últimas décadas tuvo un nutrido desarrollo, es la más acertada desde el punto de vista ontológico del concepto; su esencia consiste en considerar al cuerpo del delito como una valoración primaria de la conducta típica donde, por regla general, sólo se incluyen los elementos objetivos del tipo.

La doctrina desarrolló y trató de delimitar el concepto anterior, sirviéndose de alguna de las doctrinas o escuelas penales desarrolladas durante el siglo XX (causalismo, neocausalismo, finalismo); sin embargo, ello dio pie a la dispersión conceptual, alimentada en buena parte por el ego de ciertos autores. De tal modo, su desarrollo fue de menos a más, desde incluir solamente los citados elementos objetivos de tipo (la posición mayoritaria), hasta incluir todos los elementos del tipo (minoría); no obstante ello, la legislación se quedó estancada durante algún tiempo y la jurisprudencia no supo resolver el problema, agravando más el problema de incertidumbre jurídica.

Como resultado de dicha discusión doctrinal, se omitió el estudio y desarrollo del nivel (o grado) probatorio requerido para acreditar el cuerpo del delito, es decir, no se diferenció con total claridad y precisión la cuestión de fondo

de la cuestión probatoria inherente al mismo, agravando aún más, la disparidad de criterios existente.

En este sentido, el Magistrado Federal Doctor José Nieves Luna Castro critica con gran acierto el método iuspositivista que influenció a nuestros doctrinarios para dotar de contenido al cuerpo del delito, apuntando que:

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

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.”⁹²

Ciertamente, la inercia de algunos doctrinarios de limitarse ser meros glosadores de las disposiciones jurídicas positivas, fue el factor decisivo para provocar el estancamiento de un auténtico desarrollo teórico de este concepto; sin embargo, parte del presente esfuerzo está encaminado a solucionar esa falta de claridad y unidad conceptual, procediendo para ello en un análisis conjunto de su desarrollo histórico dentro del marco constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal, seguido de un robusto análisis probatorio; de tal modo, la idea principal consiste en establecer un punto de referencia sólido y duradero.

b) Su conceptualización en la doctrina mexicana

A fin de conocer el significado que le ha dado nuestra doctrina al “cuerpo del delito”, a continuación se citan algunas opiniones que han tratado de delimitar el

⁹² LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 69.

concepto; para ello, consideré pertinente dividirlo en tres apartados. El primero, dedicado a la doctrina “clásica” mexicana, que concentra las opiniones de algunos de los juristas más destacados de nuestro país, las cuales fueron sustentadas en alguna obra de carácter “general”. En el segundo apartado, dedicado a la doctrina “especializada”, se citan opiniones de los autores que han dedicado un esfuerzo considerable para determinar, con mayor exactitud, el contenido de ésta figura procesal con una mayor rigurosidad, sea que hubieran dedicado la totalidad de su obra o algún capítulo en específico, cuya profundidad se estime suficiente. En el tercer y último apartado, consideré algunas de las opiniones con menor resonancia dentro de la doctrina, pero que sin embargo, significan algún criterio que merece la pena tener en cuenta sólo para conocimiento.

1.1 General

1.1.1. Según Sergio García Ramírez

Uno de los más ilustres y fecundos investigadores que ha dado la doctrina mexicana es, sin duda, el Doctor Sergio García Ramírez, quien hace un par de décadas estimaba que “la tendencia de la doctrina moderna 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 hayan debidamente integrados tales elementos, en los términos del cuerpo correspondiente.”⁹³

Desde hace tiempo, para este autor el sentido del concepto “cuerpo del delito” había sido fijado con toda claridad y suficiencia en México,⁹⁴ pues en su opinión se dio al esfuerzo de los procesalistas mexicanos que establecieron su alcance “después de una elaboración técnica desarrollada durante mucho tiempo.”⁹⁵

⁹³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Porrúa, México, 1974, p. 345.

⁹⁴ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, “Una reforma constitucional (la inquietante del 9 de diciembre de 1997)”, *Criminalia*, México, año LXIV, num. 1, enero-abril de 1998, p. 7-9 y 15-16.

⁹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El nuevo procedimiento penal mexicano; la reforma de 1993-1994*, México, Porrúa, 1994, p.13

1.1.2. Según Marco Antonio Díaz de León

Por su parte, para el reconocido jurista Doctor Marco Antonio Díaz de León “el cuerpo del delito corresponde al conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos que integran el tipo penal”,⁹⁶ precisando más adelante que, los elementos *descriptivos* se encuentran “integrados por los de carácter objetivo (derivados de la realidad perceptible, como por ejemplo matar), los subjetivos que están conformados en la psique, como tener la finalidad de algo o actuar contra la voluntad de alguien, y los normativos que exigen valoraciones, como los calificativos: ajeno, inmoral, peligroso”.⁹⁷

Este autor reconoce que a pesar de que el concepto es de carácter netamente procesal, en su elaboración intervinieron iuspenalistas, pues en su opinión, fue a partir de la doctrina mezgeriana del tipo que “se acabaron con las confusiones que existían sobre el concepto”.⁹⁸ Además, estima al cuerpo del delito como una “garantía de legalidad”, relacionada con la “teoría del tipo penal”,⁹⁹ señalando que “el cuerpo delito y la probable responsabilidad del inculpado son insuficientes para establecer la ilicitud del comportamiento; pues *únicamente representan un indicio de antijuridicidad y culpabilidad*, por tanto, son sólo el antecedente probatorio constitucional indispensable para legitimar, primero una consignación y, después un auto de formal prisión o de sujeción a proceso”.¹⁰⁰

Por otro lado, destierra a la antijuridicidad, no solo del cuerpo del delito, sino también de la probable responsabilidad, pues considera una “aberración procesal” incluirlos en la orden de consignación o el auto de término constitucional, dado que equivaldrían “prácticamente a una sentencia definitiva”, lo que dejaría al Juez “*únicamente el juicio de reproche*”, convirtiéndolo en un mero observador del proceso, “al cual sólo correspondería dejar la culpabilidad y el *quantum* de la pena en base al reproche el autor o partícipe”.

⁹⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Tratado sobre las pruebas penales*, T. I, Porrúa, México D.F., 2004, p. 350.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 354.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 351.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 354.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 358.

Ahora bien, con fundamento en el artículo 168 de la legislación procesal-penal federal, considera que el cuerpo del delito corresponde únicamente “a la demostración de la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso”, deduciendo que el sustantivo “*conducta*” delimita el objeto de la averiguación previa y del proceso a los “*actos penalmente relevantes*”; es decir, acciones (en sentido estricto y a la omisión también), reveladoras de un hecho típico y el “mínimo de elementos establecientes de su esencia jurídico-penal”. De tal modo, llega a la conclusión de que “el *cuerpo del delito* es de alguna manera también descripción de la *conducta* prohibida por un determinado y específico tipo penal, señalante, primero, del principio de legalidad – correspondiente al *nullum crimen nullum poena sine lege* de los penalistas–, por lo cual no existirán dichos cuerpo del delito y probable responsabilidad penal del inculpado sin una norma penal que describa al primero de éstos, como se ordena en el artículo 14 constitucional.”¹⁰¹

Asimismo, estima que es el “*hecho típico concreto*”, derivado de una “conducta humana”, el que es objeto de la investigación ministerial y del proceso penal, de donde, afirma, su teoría abarca a “la descripción del tipo y el hecho típico”, que junto con la probable responsabilidad, “funda y motiva, primero la *consignación* del Ministerio Público, después del *auto de formal prisión* y, finalmente, de probarse la plena responsabilidad del inculpado, la sentencia definitiva”. Como consecuencia de la afirmación anterior, considera al cuerpo del delito como “el presupuesto de la acción penal, de la consignación, de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión”, manifestando su desacuerdo en “pretender aplicarle al cuerpo del delito, para su comprensión, sólo la *teoría del delito* y aun de la tipicidad en su totalidad”, pues tomando éstos como su único fundamento considera que “no lo podrán comprender ni tampoco explicar, menos entender su función constitucional ni su teleología en el proceso penal”.¹⁰²

1.1.3. Según Guillermo Colín Sánchez

¹⁰¹ *Ídem.*

¹⁰² *Ibidem*, p. 60.

El destacado jurista y exjuzgador se adhiere manifiestamente a la concepción neocausalista del Derecho Penal y, mediante una clasificación algo extendida, considera 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 corresponderá, atendiendo a la situación concreta: a) a lo meramente objetivo; b) a lo objetivo y normativo; c) a lo objetivo, normativo y subjetivo; d) a lo objetivo y subjetivo.”¹⁰³

Para este autor, “el cuerpo del delito corresponde en la mayoría de los casos a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales, a lo que corresponde como figura delictiva, o sea: el total delito (robo, abuso de confianza, fraude, allanamiento de morada, etc.)”.¹⁰⁴

Concluye que el tipo y el *corpus delicti*, son conceptos íntimamente relacionados, pues considera al primero como la conducta antijurídica y el segundo como la realización del delito; éste último existe en relación a la descripción típica correspondiente, de modo tal que, “el tipo penal es una creación legislativa, mientras el cuerpo del delito es la adecuación de una conducta a la descripción típica”, o sea, el encuadramiento típico (tomando como base la fórmula *nullum crimen sine tipo*).¹⁰⁵

1.1.4. Según Julio Acero

El destacado jurista y exmagistrado jalisciense se adhiere a la posición sostenida por los procesalistas italianos que identifica al cuerpo del delito con “el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción” y aunque no se muestra muy conforme con la idea, señala que también se entiende referido al “delito mismo pero considerado en su aspecto meramente material de hecho violatorio, del acto u omisión previstos por la ley; prescindiendo de los elementos morales (intención dolosa, descuido del agente o lo que sea que hayan ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero sólo para constituir la responsabilidad, no del cuerpo del delito)”; con base en ello, concluye

¹⁰³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 379.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 279.

¹⁰⁵ CFR. *Ibidem*, p. 377.

que este concepto procesal “*está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición*”, estimando que su postura resultaba “la más precisa y completa”, dado que permitía “distinguir el cuerpo del delito, del delito mismo”.¹⁰⁶

1.1.5. Según Carlos Ernesto Barragán Y Salvatierra

Para este jurista existe una relación muy estrecha entre tipo delictivo y cuerpo del delito, señalando que “el tipo delictivo se refiere a la conducta previamente considerada antijurídica por el legislador y el cuerpo del delito es la realización del delito”. En este sentido, afirma, “para que pueda darse el cuerpo del delito, deberá existir previamente el *tipo delictivo* correspondiente”; éste último término lo considera exclusivo del ámbito penalístico y alejado del procesal.¹⁰⁷

Aclara el autor en cita que, “el tipo es algo estático, emanado del legislador y la tipicidad (...) sólo cobra dinamismo cuando existe una conducta susceptible de ser identificada con la descripción incluida en el catálogo legal”, es decir, se trata de “la adecuación de la conducta al tipo (*nullum crimen sine tipo*)”, en tanto que el concepto de “cuerpo del delito es un concepto básico del derecho procesal penal”.¹⁰⁸

1.1.6. Según Juan José González Bustamante

Para el distinguido exministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el concepto del cuerpo del delito en el procedimiento penal, “está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición del tipo”, identificándolo con “todo fenómeno en que se interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que es apreciado sensorialmente.”¹⁰⁹

1.1.7. Según Fernando Arilla Bas

El reconocido maestro español, con una fecunda vida como docente e investigador, mostraba una posición más amplia respecto al cuerpo del delito, al

¹⁰⁶ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*, Editorial Cajica, Puebla, México, 1968, p. 132.

¹⁰⁷ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*, McGraw Hill, 3ª. edición, México, D.F., 2004, p. 373.

¹⁰⁸ *Ídem*.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho procesal penal mexicano*, 3ra. edición corregida, aumentada y concordada con la jurisprudencia de la SCJN, Editorial Porrúa, México, 1967, p. 159.

señalar que éste se encuentra constituido “por la realización histórica espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito”, es decir, bastaba con una conducta concreta en un lugar y tiempo determinados que se adecuaban a la descripción típica para que hubiera cuerpo del delito. En este sentido, posteriormente agrega que “las normas penales singulares describen figuras de delito, las cuales tienen únicamente un valor hipotético, ya que para que nazca el delito propiamente dicho es necesario que una persona física realice una conducta que sea subsumible en alguna de ellas. Al realizarse en el mundo exterior una de dichas conductas, se ha integrado, tanto en el tiempo como en el espacio, históricamente la hipótesis y se ha corporizado la definición legal. Es decir, ha surgido el cuerpo del delito, denominado igualmente tipo penal.”¹¹⁰

1.1.8. Opinión de Manuel Rivera Silva

Desde muy temprana época, el exministro de la Suprema Corte de Justicia Manuel Rivera Silva, ponía de manifiesto la importancia de un estudio serio y profundo sobre el cuerpo del delito, pues de esta manera consideró que se llegaría “a una postura unívoca, salvadora de varias de las penurias del Derecho Penal en general”. Por aquel entonces entendió que, “si el acto es el cuerpo del delito y su descripción se halla en la tipificación legal de los delitos, lógicamente se puede concluir: el cuerpo del delito comprende los elementos con que se describe el delito”.¹¹¹

Más adelante, puso de relieve la importancia de la teoría del tipo penal, al considerar que el cuerpo del delito “se integra únicamente con la parte que empotra con precisión en la definición legal de un delito”, de modo que, “es el contenido de un delito real que cabe en los límites fijados por la definición de un delito legal” en donde muchas veces van “elementos de carácter moral” o “de carácter valorativo”, elementos que si bien no son denominados de ese modo por

¹¹⁰ ARILLA BAS, Fernando. *El procedimiento penal en México*, 25ª. edición, Porrúa, México, D.F., 2009, p. 104.

¹¹¹ RIVERA SILVA, Manuel. *Apuntes sobre el cuerpo del delito*, Revista Criminología, año IX, 1942, número 1, pp. 26 y ss.

la doctrina, se entienden referidos a los “elementos subjetivos específicos del tipo” y a los “elementos normativos”.¹¹²

1.2. Especializada

1.2.1. Según Alejandro Sosa Ortíz

En su interesante obra, el Magistrado Federal Doctor Alejandro Sosa Ortíz precisa el concepto del cuerpo del delito con base en el Derecho positivo mexicano (Constitución Federal, legislación procesal-penal federal y distrital). Esta obra constituye la actualización de la tesis de doctorado del autor, redactada en torno a los entonces en vigencia, “*elementos del tipo penal*”, que se incluyeron como parte de las reformas hechas en 1993 a la Constitución federal y ordenamientos procesal-penales del país, obra a la cual habré de referirme más adelante al examinar dichas reformas.

Para este autor, el aludido concepto se entiende como: “la *actualización* en el mundo fáctico de la *conducta descrita* en la ley penal como prohibida, considerando: a) sólo sus elementos materiales u objetivos (según lo concibió el constituyente permanente al reformar el artículo 19) o, en caso de que los contenga: b) también los normativos (legislación federal) o, c) los dos anteriores y además los subjetivos específicos (legislación distrital); es decir, todos.”¹¹³ Asimismo, excluye a los “elementos genéricos subjetivos del tipo” y reserva el estudio de las formas de participación criminal para el apartado de la probable responsabilidad penal; en tal sentido, manera específica determina los elementos que deben exceptuarse en su opinión, precisando que:

“Esta noción, **nunca comprende:**

- a) Dolo ni culpa.
- b) Ni las formas de intervención de los sujetos activos:
 - b.1) Autoría intelectual (fracción I hipótesis de acordar, del artículo 13 del CPF),
 - b.2) Autoría mediata referida a la ausencia de imputabilidad o dolo del intermediario,

¹¹² RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento penal*, 6ta. Ed., Porrúa, México, 1973, p. 160.

¹¹³ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, 2ª. edición, Porrúa, México, D.F., 2005, pp. 46 y 47.

b.3) Inducción ni complicidad (fracciones V, I, hipótesis de preparar VI, VII y VIII del artículo 13 del CPF)

b.4) Coautoría (delito emergente), prevista en el artículo 14 del CPF.

Además, tratándose de la concepción del *cuerpo del delito* del constituyente permanente (que considera sólo los elementos objetivos o externos), tampoco comprende las siguientes hipótesis:

1ª La autoría mediata referida a la carencia de la calidad del intermediario, cuando ésta se traduzca en un elemento normativo.

2ª Ni la autoría mediata referida a la ausencia de la especial intención o ánimo del intermediario.”¹¹⁴

No obstante lo anterior, para dicho autor:

“ÚNICAMENTE LAS ACCIONES U OMISIONES COMPRENDIDAS EN LOS TRES SIGUIENTES SUPUESTOS, CONFORMAN *CUERPO DEL DELITO*:

- 1) La autoría material (fracción II del artículo 13 del CPF),
- 2) La coautoría material (fracción III del artículo 13 del CPF) y,
- 3) Los casos siguientes de autoría mediata: *a)* la que se hace derivar de la ausencia de conducta del intermediario; *b)* la que se relaciona con la falta de calidad específica del intermediario y ésta se traduzca en un elemento normativo (tratándose de las legislaciones que consideran a éste integrante del *cuerpo del delito*); y *c)* la que se refiere a la falta de intención específica del intermediario (en las codificaciones que comprenden al elemento subjetivo específico dentro de la noción del *cuerpo del delito*).

DICHO DE OTRA MANERA, NO QUEDAN COMPRENDIDAS DENTRO DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA NOCIÓN *CUERPO DEL DELITO* (...) LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DISTINTAS A LAS SEÑALADAS Y SU MOTIVACIÓN DEBERÁ REALIZARSE EN EL APARTADO DE LA RESPONSABILIDAD.”¹¹⁵

Aunque no es momento para analizar la opinión antedicha, cabe mencionar que, la aplicación de una clasificación tan compleja como la anterior, sólo generaría un estado nada saludable para la función jurisdiccional, pues como queda de manifiesto posteriormente, la simplificación y uniformidad de los estratos analíticos dentro del procedimiento penal permite un mayor acceso a la justicia a los gobernados, pues se evitan posibles disparidades y contradicciones de

¹¹⁴ *Ídem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

criterios entre los aplicadores de la ley; lo anterior, sin prejuzgar sobre la utilidad y beneficios técnico-procesales que pudiera aportar.

Sumado a lo anterior, el autor en cita agrega otro de los elementos ontológicos del concepto, la cuestión probatoria y, en tal sentido, comenta que:

“El concepto de *cuerpo del delito* es netamente procesal, aparece siempre ligado a los verbos acreditar o comprobar. Así, cuando se utiliza, se afirma que las pruebas existentes en autos, o mejor dicho, los hechos demostrados a través de ellas, acreditan (o comprueban) o no, el *cuerpo del delito*, es decir, la actualización en el mundo real de la conducta descrita en la ley penal. Esta noción es empleada generalmente por el legislador para delimitar, junto con la probable responsabilidad, los requisitos mínimos que habrán de satisfacer el libramiento de una orden de aprehensión o dictado de formal prisión. Por ende, una sentencia condenatoria presupone también la comprobación del *cuerpo del delito* de referencia.”¹¹⁶

Vale la pena enfatizar la importancia del comentario anterior, pues resulta una de las cuestiones con mayor relevancia dentro del estudio del concepto; no obstante ello, vale anticipar desde este momento que su comprensión y desarrollo han sido bastante pobres en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Baste por ahora dejar constancia de ello y reservar su análisis para un apartado posterior de la presente obra.

1.2.2. Según Gerardo Armando Urosa Ramírez

A pesar de referirse al hecho delictivo (introducido con motivo de la reforma de 2008), este jurista equipara a esta garantía de seguridad jurídica con el “*injusto penal*”, es decir, con el “hecho típico y antijurídico”.¹¹⁷ A reserva del análisis de su postura posteriormente, baste por el momento tener en cuenta lo anterior.

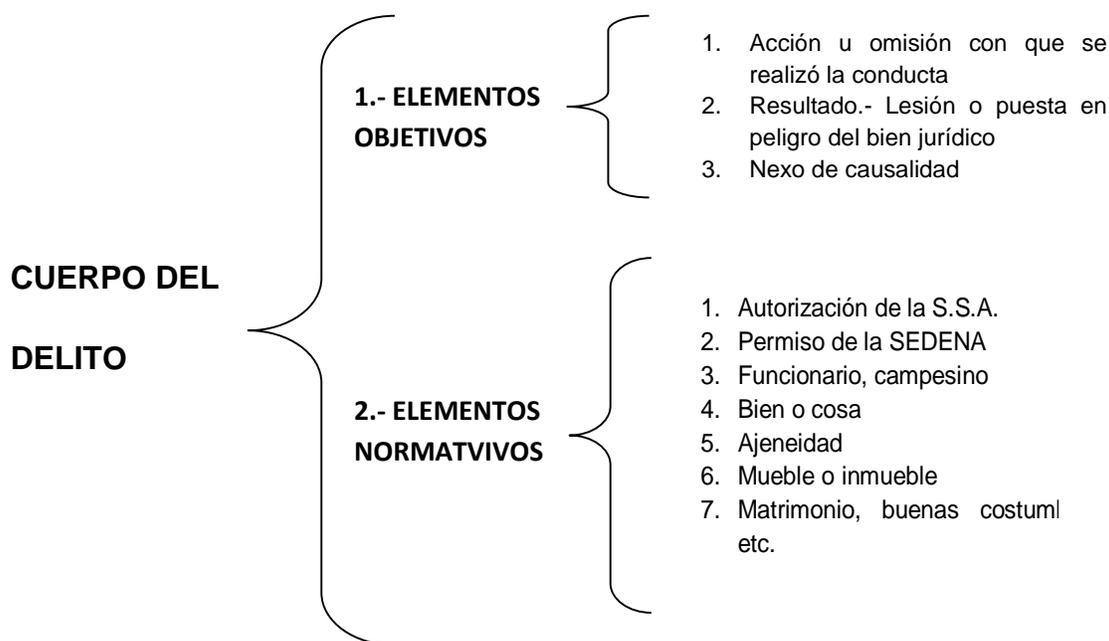
1.2.3. Según Jorge Ojeda Velázquez

En referencia a la reforma constitucional de 1999, donde se regresó a la utilización del cuerpo del delito, el Magistrado Federal, Doctor Jorge Ojeda Velázquez propuso un mapa semántico bastante claro para sintetizar su postura

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

¹¹⁷ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 195.

respecto a lo que debía de entenderse por dicho concepto, el cual tiene el ligero inconveniente de considerar la existencia de una “tipicidad parcial”.¹¹⁸



1.2.4. Según José Nieves Luna Castro

Por su notable aporte a la ciencia jurídica, la obra del Magistrado Federal,| Doctor José Nieves Luna Castro puede ser considerada como uno de los textos básicos para la formación de cualquier abogado penalista en México, pues el autor no sólo se dedicó a estudiar la relación de tipo penal con el cuerpo del delito, sino también desarrolló un estudio cuantitativo sobre el preocupante desconocimiento del Derecho Penal que existe en nuestro país, con base en encuestas realizadas a juzgadores, ministerios públicos, litigantes y estudiantes, de modo que resulta una excelente referencia del panorama jurídico penal a nivel nacional.

Por otra parte, este autor sigue la opinión del profesor Mariano Jiménez Huerta quien, a su vez, bajo una interpretación del Código Distrital, considera que “en el Derecho Mexicano el concepto ‘cuerpo del delito’, indiscutible y mayoritariamente fue utilizado (...) como la acción punible abstracta y

¹¹⁸ OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. *Op. Cit.*, p. 244.

objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción (un incendio, un homicidio, un fraude)”.¹¹⁹

1.2.5. Según Arturo Zamora Jiménez¹²⁰

Para este jurista, político y notario jalisciense, el “*cuerpo del delito* es una institución de carácter procesal, que se entiende como conjunto de elementos materiales cuya existencia permite al Juez tener la certidumbre de la comisión de un hecho descrito en un *tipo penal*”, precisando además que se trata de “un conjunto de circunstancias fácticas que deben ser objeto y no, medio de prueba”.

Para arribar la conclusión anterior, el autor considera que, si el tipo penal es la descripción normativa o valorativa que hace el legislador de las distintas hipótesis delictivas, entonces debe analizarse del acontecimiento penalmente relevante frente a la descripción típica para afirmar si esa conducta tiene el carácter de delito o no; de este modo, en su opinión, será “a través de los distintos medios de prueba como se pueda afirmar la existencia o inexistencia del *tipo penal*”, donde “el *corpus delicti* cumple una función más de finalidad que de medio en el proceso”.

Resalta como característica propia del cuerpo del delito a “*la impersonalidad*”, precisando que sólo se trata de la verificación de un hecho tipificado como delito por la ley. Vale adelantar que la afirmación anterior es compartida por el suscrito y desarrollada al final de la presente obra.

Asimismo, refiere que nuestro Máximo Tribunal se había proclamado, en un principio, por la exigencia de realizar un análisis de cualquier suceso que pudiera ser delictivo; sin embargo, debido a la reforma del artículo 16 constitucional en el año 1993, hubo la necesidad de aclarar cuáles eran los elementos del tipo penal y cuál era la diferencia entre éste y lo que el autor concibe como “materialidad del delito” (o *cuerpo del delito*); asimismo, basando su postura en un criterio jurisprudencial, que precisa los requisitos para decretar el auto de formal prisión

¹¹⁹ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 67.

¹²⁰CFR. ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. *Cuerpo del delito y tipo penal*, Ángel Editor, 7ma. reimpresión, México, 2007, pp. 33 a 50.

en términos del artículo 19 constitucional, este autor señala al cuerpo del delito como un elemento de fondo para su dictado y estima que, dentro de la doctrina nacional, se entiende como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva.

El apoyo jurisprudencial, constituye el punto fuerte de las opiniones vertidas por este autor, de donde abstrae algunos de los caracteres esenciales que corresponden a este concepto, que a saber, puntualiza de a siguiente manera:

“Cuerpo del delito:

- Es objeto de comprobación de la existencia de un hecho o de una omisión (tipo comisivo u omisivo) que la ley reputa como delito.
- Es el medio a través del cual se acredita la materialidad del delito (Elementos objetivos del tipo).
- Es diferente a los instrumentos utilizados para cometer el delito.
- Se compone de elementos de carácter procesal y se demuestra a través de los medios de prueba.
- Es un conjunto de elementos físicos o materiales, principales o accesorios de que se compone el delito.
- Conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se afirma la comisión de un delito.”

El valioso aporte Doctor Zamora Jiménez demuestra que, para precisar la naturaleza de este concepto procesal, no debe acudir solamente a la interpretación de la ley vigente, sino entender cuáles son sus caracteres únicos, así como sus funciones en el proceso.

1.2.6. Según Mariano Jiménez Huerta

El destacado discípulo de Luis Jiménez de Asúa y prolijo autor, Doctor Mariano Jiménez Huerta, escribió un ensayo denominado “*Corpus delicti* y tipo penal”, que representa su discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales y que, posteriormente, recogería en una de sus obras más representativas, “Derecho Penal Mexicano”.

El reconocido maestro español considera que el “*corpus delicti* es medular en el sistema mexicano pues sobre él descansan el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores” y que, “erraría quien concibiere este concepto como

trascendente sólo en el Derecho procesal penal e irrelevante en el Derecho penal sustantivo”, dado que dicho concepto “deja sentir su impronta en la dogmática del delito y en forma específica en el estudio de la tipicidad”.

Al realizar un análisis de la legislación (en ese entonces vigente), Mariano Jiménez Huerta consideró que existían “en el ordenamiento jurídico vigente en México, inequívocas bases dogmáticas que permiten afirmar que la expresión *cuerpo del delito*, tan frecuente citadas en la Constitución Federal y en las leyes de procedimientos penales, está empleada (...) como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el Código punitivo o una ley especial”, sin desconocer “que en los artículos 94 a 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en los artículos 168 a 187 del Código Federal de Procedimientos Penales, se contienen numerosas disposiciones que recogen el sentido que la expresión *corpus delicti* tiene las acepciones” de “efecto material” o “vestigio de naturaleza real”, con la aclaración de que “dichos preceptos hacen concreta referencia a la *comprobación* del cuerpo del delito, esto es, a los medios legales de acreditar lo que en el sistema de la ley se entiende por *cuerpo del delito*; y esta irrefragable realidad evidencia plenamente que son conceptos totalmente diversos, el concepto sustancial y abstracto del *corpus delicti* y el de los medios arbitrados por las leyes de procedimiento para obtener su *comprobación*”.¹²¹ Esta última distinción, avanzada para su época, se torna de la mayor relevancia en tanto precisa uno de los caracteres específicos que corresponde al concepto y que le otorgan una autonomía procesal propia. Posteriormente expresa:

“(...) en el ordenamiento jurídico de México es utilizada como... el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, ínsito en cada delito; o dicho de otra forma, la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción –un incendio, un homicidio, una estafa–. Lo evidencian los artículos 19 constitucional, 161, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los que se establece una paladina diferenciación entre el concepto fundamental de *corpus delicti* y los datos procesales que deben considerarse bastantes para su

¹²¹ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

comprobación; lo confirman los artículos 115 fracción I, 116 y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los que concretamente se reconoce que (la existencia de) los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho, según lo determina la ley penal, constituyen el contenido conceptual del *corpus delicti*; y lo corrobora irrefragablemente el artículo 168, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales, en el que elocuentemente se establece que el cuerpo del delito está formado por ‘los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal...’. Y si de este modo es posible reconstruir el concepto de *corpus delicti* que yace en la base del sistema penal, el dogmático que trate de actualizar el sistema y construir sobre el mismo la teoría del delito, halla en el concepto de *corpus delicti* firmísima base para orientar, asentar, fincar y erigir el tipo penal. No es un hecho aislado y sin paralelo en la elaboración jurídica la transformación del *corpus delicti* en *tipo penal*, operada en Alemania; sobre similares bases y análoga reconstrucción dogmática es dable afirmar que la teoría del tipo tiene también en México los innatos privilegios que se derivan de la territorialidad.

No quedaría, a nuestro juicio, completo el análisis, si hiciéramos alto y nos estancáramos en las bases científicas y dogmáticas que han quedado expuestas. Ellas ministran es cierto, los criterios rectores más estables y comunes para la elaboración jurídica; pero no pueden, en forma alguna, ser rígidamente aceptadas en todas las hipótesis que el Derecho contempla. Las construcciones jurídicas, trasunto de la propia vida, han de ceñirse y reflejar la completa realidad fenoménica; precisamente por esto, tanto la concepción beligniana como la construcción del *corpus delicti* –fincadas ambas sobre bases rígidamente objetivas– se afirmaron por poco tiempo. El punto débil de una y otra, bien pronto revelado, fue limitar la significación y alcance del tipo penal y *corpus delicti* a lo estrictamente objetivo. Pronto se evidenció que no era siempre posible estructurar el tipo penal sobre una base estrictamente objetiva, como, también, que no era tampoco siempre posible construir el *corpus delicti* con elementos estrictamente materiales. La razón de ésta doble imposibilidad yace en que, como el tipo delictivo concretiza la antijuridicidad y el *corpus delicti* corporiza el delito, esta labor de concreción o corporización no siempre es posible hacerla sin tomar en consideración elementos subjetivos situados en el ánimo del agente. Así surgieron en la doctrina científica penal alemana los llamados *elementos típicos subjetivos*, esto es, aquella especial intención o aquella determinada finalidad que tiñe de ilicitud la conducta y configura el tipo penal; así también surgió en la elaboración científica mexicana y en la doctrina jurisprudencial sentada por la que depende la configuración del cuerpo del delito. Este nuevo otros denominamos *elementos corporales de raíz subjetiva*, esto es, aquella especial intención o finalidad, situación o actitud psíquica de la Suprema Corte

de Justicia en orden al *corpus delicti*, lo que nos paralelismo que registramos en la evolución de la doctrina científica del tipo penal y en la de doctrina científica y jurisprudencia del *corpus delicti*, nos confirma en nuestra arraigada convicción de que *corpus delicti* y *tipo penal* se funden en un todo en la dogmática del delito construida sobre la legislación nacional.”¹²²

1.2.7. Según Enrique Díaz Aranda

El prestigiado tratadista considera que el cuerpo del delito (posterior a la reforma de 1999) aún acogía la doctrina de la acción finalista; para tal efecto, realiza una síntesis de las escuelas clásica, neoclásica y finalista, así como una interpretación del Código Federal de Procedimientos Penales y concluye que “la reincorporación del cuerpo del delito en la legislación mexicana con la reforma de 1999 sólo significa que todos los elementos del tipo penal (tipo objetivo y subjetivo, dispuestos con la reforma de 1994) se restringen a los elementos objetivos del tipo (tipo objetivo)”, afirmando que, “aún con dicha restricción sigue vigente la sistemática del finalismo, porque después del cuerpo del delito (tipo objetivo) se coloca al dolo y la culpa (tipo subjetivo) antes de la antijuridicidad (ausencia de causas de licitud o propiamente de justificación) y de la culpabilidad”.¹²³

Esta postura deriva de una incorrecta interpretación de la legislación federal (y que no encontró apoyo en la doctrina), fundamentalmente porque, en nuestro sistema jurídico (salvo el plazo contemplado de 1994 a 1999) no existió fundamento legal alguno para incluir al dolo y la culpa dentro del tipo penal.

Cabe precisar que para dicho investigador, “el cuerpo del delito es un término empleado en la legislación procesal de nuestro país desde finales del siglo XIX; pero su concepto se ha ido restringiendo de todos los elementos del delito (conducta típica, antijurídica y culpable) a sólo el tipo objetivo.” Por otra parte, estima que el término cuerpo del delito no había sido empleado en el Código Penal sustantivo, concluyendo que dicho concepto “es propio del derecho procesal penal mexicano.”¹²⁴ A reserva de un análisis posterior, baste por el momento decir

¹²² *Ibidem*, pp. 37 y 38.

¹²³ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Problemas fundamentales de Política criminal y Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 35.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 28.

que durante el siglo XIX y parte del siglo XX se entendió al cuerpo del delito como un mero “materialismo”.

Posteriormente, dicho autor rectifica su postura y precisa que en el cuerpo del delito “se valora y acredita el hecho en sí mismo”; posteriormente agrega que, si éste se encuentra descrito junto con el autor dentro del tipo, que hace una descripción objetiva, normativa y subjetiva, sólo las dos primeras se pueden aplicar al hecho en sí mismo, excepto las últimas, porque ellas “corresponden exclusivamente al autor.” Por ello, el autor considera que “cuerpo del delito se restringe a probar o acreditar, conforme a las reglas procesales, la existencia del hecho relevante para el derecho penal conforme a los elementos objetivos del tipo penal y, cuando así se requiera, los normativos.” Finalmente, concluye que esta idea del cuerpo del delito “como el hecho que acontece y que es valorado conforme al tipo, se puede constatar si separamos los dos componentes del primero: “cuerpo” y “del delito”. El cuerpo es algo puramente material o exteriorizado y existe con independencia del segundo.”¹²⁵

1.3.Otras opiniones

1.3.1. Opinión de Javier Jiménez Martínez

En una brevísimo apuntamiento y con apoyo en el orden jurídico positivo, este prolijo autor considera que “atento a los artículos 16 y 19 constitucional, 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, correlacionado con la jurisprudencia, el cuerpo del delito coincide *parcialmente* con la estructura del tipo penal complejo”,¹²⁶ parcialidad que no contempla a las formas de intervención (autoría y participación) y las formas de realización (dolo y culpa), que se encuentran en la responsabilidad penal.

1.3.2. Opinión de Leopoldo de la Cruz Agüero

En una postura similar, el jurista Leopoldo de la Cruz Agüero, quien parte del hecho innegable de que “los autores no se han puesto de acuerdo en

¹²⁵ DIAZ ARANDA, Enrique. *El cuerpo del delito y la probable responsabilidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp.163 y 164.

¹²⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Op. Cit.*, p. 320.

establecer una definición concreta, precisa o clásica de lo que es el cuerpo del delito y todos los elementos que intervienen en la comisión del hecho criminal consumado”, considerando que dicho concepto procesal debe entenderse como “el conjunto de elementos subjetivos y objetivos que confluyen en la comisión del ilícito previsto en la norma penal, tales como la conducta y el resultado, operando entre ambos el nexo de causalidad.”¹²⁷

c) Principales críticas a la opinión de la doctrina mayoritaria

Como se ha visto, la postura “materialista” del cuerpo del delito tuvo mayor predominio dentro del campo doctrinal; sin embargo, debe decirse que cuenta con serias objeciones que permiten descartarla, como son las siguientes:

- A.** *Que la cosa material de la que fue objeto el delito, se encuentre desaparecida.* Resulta lógico que los vestigios materiales se tomen como indicios razonables de la comisión del hecho punible, sin embargo, es irrefutable estimar que en algunos casos dichos rastros materiales no existen, sea por haber desaparecido naturalmente o por obra posterior de alguien. En éstos casos, podría llegarse al absurdo de estimar que no existe conducta delictiva alguna que perseguir, generando impunidad y aumento en la delincuencia; por ejemplo, la inexistencia del cadáver o de la cosa mueble materia del desapoderamiento, el desvanecimiento del moretón o rasgadura en del cuerpo humano. Este problema era resuelto por el código distrital, que imponía una serie de cargas procesales específicas para los casos de homicidio (arts. 107 y 108).
- B.** *Que la cosa u objeto material haya sido falsificado o alterado,* pues aunque dicha circunstancia pudiera ser objeto de investigación por separado (o incluso plantearse como una objeción dentro de juicio), se pierde fiabilidad de uno de los elementos fundamentales de la justicia: la prueba; consecuentemente, ésta prueba pierde su valor preponderante y remite al juzgador a los demás elementos de prueba existentes.

¹²⁷ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. *El término constitucional y la probable responsabilidad penal*, Porrúa, México, 3ª. edición, 2002, pp. 41 y 42.

- C. *Incapacidad para distinguir al indicio como un medio autónomo de prueba*; ello en tanto se confunde a la conducta delictiva con una de las pruebas, a través de la cual, se puede acreditar su existencia y que, en muchos casos, resulta de carácter fundamental. Este defecto hace que ambos conceptos sean confusos y resulte sumamente difícil establecer una clara separación entre ambos.
- D. *Dificultad para distinguir los delitos consumados de los delitos tentados*; especialmente en aquellos delitos donde la tentativa inacabada no suele dejar ningún tipo de rastro material, como en los delitos formales o de mera actividad (por ejemplo, cohecho, ejercicio indebido del servicio público, abuso de autoridad, entre otros).
- E. *No precisa el nivel de prueba* requerido para tener por acreditada su existencia o, dicho de otro modo, no fija de modo claro un parámetro sólido para estimar que la conducta delictiva “posiblemente aconteció” en el plano fáctico, defecto que lo vuelve un concepto incompleto. Este inconveniente es analizado a profundidad al referirme al ámbito probatorio que forma parte esencial de este concepto.

d) Desarrollo histórico del concepto en la legislación federal

Toca el turno de analizar la regulación “legal” que ha tenido este concepto en nuestro país a lo largo de su evolución histórica; de tal modo, sólo se tomará en consideración la legislación federal, pues rebasaría el propósito de la presente obra, el análisis de todos o de la mayoría de los Códigos procesales emitidos por cada una de las entidades federativas.

Previamente, hay que señalar que después de la lucha de independencia (que duró del 16 de septiembre de 1810 al 21 de septiembre de 1821), como era natural que sucediera, siguieron aplicándose muchos de los ordenamientos vigentes en la Nueva España; entre los cuales, se hallaban los que hacían referencia a las reglas del enjuiciamiento criminal, tales como ***Las Siete Partidas*** (vigentes de 1348 a 1822; en específico la Partida Séptima. Título Primero. “*De las acusaciones que se hacen sobre los hechos malos, y de las denuncias, y del oficio*

del juez que tiene que pesquerir los malos hechos”); **La Recopilación de las Leyes de Indias** (Libro Segundo. Títulos XVII al XXIII y Libro Cuarto. Títulos VIII al XV); así como **La Novísima Recopilación** (de 1806; Libro XII. *De los delitos y sus penas y de los juicios criminales*), cuyos cuerpos legales se siguieron utilizando para decidir las controversias de índole jurídico (recuérdese que dichas leyes también contenían disposiciones relativas al derecho canónico, teología y finanzas públicas, entre otras materias). Esta multiplicidad de disposiciones, afectó severamente la administración de justicia, pues debido a la sobreposición de unas con otras, se creó una extendida confusión e incertidumbre respecto al derecho aplicable en la resolución de los asuntos.

Ahora bien, dada la turbulencia política que siguió al periodo independentista, surgió la primaria necesidad de establecer cuál sería la organización y las funciones del nuevo Gobierno (monarquía –absoluta o moderada– y república –federal y central–), es decir, las disposiciones jurídicas relativas al orden constitucional y administrativo tuvieron una mayor preferencia, situación que retrasó considerablemente la codificación de determinadas materias, como las materias penal y procesal-penal. En semejante estancamiento, las leyes españolas extendieron su vigencia hasta casi terminado el siglo XIX, a pesar de que, para ese entonces eran ya consideradas como obsoletas.

Uno de los primeros juristas en reseñar algunos los antecedentes histórico-legislativos que precedieron al primer Código de Procedimientos Penales, junto con los procedimientos en él contenidos, fue el prolífico tratadista y destacado Juzgador de los fueros local y federal (donde más tarde llegaría a ocupar el puesto de Ministro de la Suprema Corte), licenciado Ricardo Rodríguez, quien en su obra magna *“El procedimiento penal en México”*, del año 1900, realizó el siguiente apuntamiento histórico:

“Volviendo a nuestra historia legislativa, debo apuntar aquí, que a pesar del estado de continua agitación en que nuestra patria se hallaba en las épocas a que me he referido, determinado por la lucha de partidos políticos, algo se intentó para mejorar la administración de justicia, comenzando por las leyes de 4 de

septiembre de 1824, la de 16 de mayo de 1831 (también conocida como “ley de suplicaciones”) y la de 18 de marzo de 1840; la primera se relaciona con la de 9 de octubre de 1812 expedida por las Cortes Españolas; y aunque estas leyes se refieren a los recursos de denegada apelación, suplicación y nulidad, siempre se trató de mejorar el procedimiento en dichos recursos; las dos primeras fueron derogadas por el artículo 140 de la ley de 23 de mayo de 1837 (se refiere a la *Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales del Fuero Común*, que organiza la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Superiores de los Departamentos, Juzgados de Primera Instancia y Jueces de Paz, así como algunas disposiciones procesales bastante embrionarias para la materia civil y criminal), que es la que se ocupó con más extensión del procedimiento penal en México, como se observa en el capítulo VI que comienza en el artículo 120 (**agrego:** en especial el artículo 126, que en su literalidad establecía: “cuando la información sumaria proceda a la aprehensión del delincuente, luego que ésta se verifique, y tomada al reo su declaración preparatoria, se citarán los testigos que se hayan examinado, para los efectos prevenidos en el artículo anterior –careos y ratificación de documentos–). Ciertamente es que su deficiencia es notoria, pero desde entonces, además de los principios generales que sobre la materia se consignaron en nuestras Leyes fundamentales, se vino notando la tendencia de los gobiernos para mejorar la administración de justicia. La ley de 23 de mayo de 1837 no cambió el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal heredado de las leyes españolas, de manera que el procedimiento siguió siendo escrito y secreto, con el Juez único de derecho, que fundaba su decisión en las *Leyes de Partida*, en las *Recopiladas* y en la “*Novísima Recopilación*”, debiendo proceder de oficio, por acusación de parte o por denuncia, que son precisamente los medios designados en la legislación española, que se acaba de citar, para incoar todo procedimiento.

La ley de 23 de noviembre de 1855 derogó las anteriores, es decir, las de la administración del General Santa Anna, dejando vigentes las que regían el 31 de diciembre de 1852; esta ley no se ocupa de procedimiento penal, siendo más bien orgánica de los Tribunales Federales.

La ley de 5 de enero de 1857, para juzgar a los homicidas, heridores y vagos, fue una ley de circunstancias, y como excepcional, no modificó el procedimiento seguido hasta entonces en el ramo penal; pero el adoptado para estos casos, según se observa en el artículo 55 al 83, parece más enérgico y más expedito que el establecido conforme a las leyes españolas; y es natural, porque el estado de inseguridad en que se hallaba la nación con motivo de la guerra

intestinal, ameritaba la expedición de dicha ley para asegurar la tranquilidad de la sociedad, con ejemplar castigo de los criminales.

Finalmente, la ley de 4 de mayo de 1857 que se expidió para el Distrito Federal y Territorios, se ocupa del procedimiento civil, y sólo en cuanto al ramo penal reglamenta desde el artículo 179 las visitas de cárceles, de manera que se continuó observando la legislación española en el procedimiento penal.

(...) cuando el Gobierno nacional volvió a ocupar la Capital de la República y la Constitución de 1857 tornó a ser la Ley fundamental del país, se dio en 15 de junio de 1869 la *ley de jurados*, expedida por el inmortal Juárez y su Ministro de Justicia, el notable jurisconsulto Sr. Lic Ignacio Mariscal, una ley que aunque deficiente, vino a llenar el vacío que se advertía en nuestras leyes y con tanto imperio reclamado por nuestras mismas instituciones.

Hasta entonces, la legislación española, como antes se ha expresado, había sido la que informara toda nuestra jurisprudencia y por ende la aplicada también en nuestros tribunales en materia procesal, pero con todos sus defectos, con todos sus inconvenientes, con todo el atraso en fin de una época histórica tan refractaria a los progresos de las ciencias jurídicas.”¹²⁸

Con semejante caos legislativo, resultaba necesario elaborar Códigos para sistematizar y conocer con exactitud las disposiciones aplicables para cada caso en concreto. Ello dio pie a que se gestaran diversos intentos de codificación en varias provincias de nuestro recién creado país, correspondiendo al jurista veracruzano Juan Fernando de Jesús Corona y Arpide (entonces Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Veracruz) el mérito de haber coordinado la redacción de los primeros Códigos Penal y de Procedimientos Penales para su provincia (también conocidos como “*Códigos Corona*”) que datan del año 1869 y que, sin duda alguna, constituyeron un sólido antecedente para la elaboración de la legislación federal, misma que a continuación se analiza.

1. Código de 1880

¹²⁸ RODRÍGUEZ, Ricardo. *El procedimiento penal en México*, 2ª. edición, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1900, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, D.F., 1ª. reimpresión 2003, p. 203.

Como parte del espíritu codificador de la época, se pretendió que este cuerpo sistematizado de leyes estuviera dedicado exclusivamente para la materia criminal y que pudiera terminar con el caos de las normas procesal-penales de la época, pues como se ha visto, derivó de una caduca legislación española que carecía de toda unidad y claridad de contenido; asimismo, con la expedición de este Código quedó abrogada la Ley de Jurados que había sido tan fuertemente criticada.

En aquél entonces –reseña el distinguido jurista Ricardo Rodríguez–, los autores patrios se habían ocupado del estudio de la jurisprudencia y “habían venido significando en sus obras, la necesidad de la codificación de nuestras leyes; porque las españolas que eran las existentes, ni respondían a las exigencias de la época, ni podían adaptarse a la índole y aspiraciones de pueblo mexicano, que desde que consumó su independencia y en su incipiente vida nacional, manifestó sus tendencias progresistas, y por ende, su espíritu eminentemente democrático.”¹²⁹

En esta ocasión, la “*exposición de motivos*” corrió a cargo del entonces Secretario de Justicia, Lic. Ignacio Mariscal Fagoaga (cargo que ocupó del 16 de noviembre de 1879 al 28 de noviembre de 1880), quien se encargó de precisar las circunstancias en las que fue elaborado este Código, misma que por su relevancia, he decidido retomar para elaborar la siguiente síntesis.¹³⁰

En fecha 4 de febrero de 1871 el Presidente Benito Juárez nombró una Comisión compuesta por los distinguidos juristas de la época, Licenciados Manuel Dublán, Manuel Ortíz de Montellano y Luis Mendez, para que redactaran un Código de Procedimientos para la materia penal, tomando en consideración el reciente *Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California sobre delitos del fuero común, y toda la República sobre delitos contra la federación* (vigente de 1872 a 1929; también conocido como “*Código Martínez de*

¹²⁹ *Ibidem*, p. 195.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 208 a 210.

Castro”). Posteriormente se integraron los licenciados José Linares, Manuel Siliceo y Pablo Macedo, este último en calidad de Secretario Técnico.

Posteriormente, mediante decreto de fecha 1 de junio de 1871, el Congreso de la Unión autorizó al Ejecutivo para que, durante el receso de las Cámaras, promulgara el Código de Procedimientos Penales con el que se organizarían provisionalmente los Juzgados y Tribunales del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Con posterioridad, el Secretario de Justicia y diversos juristas realizaron nuevas revisiones y observaciones al proyecto, por lo cual éste demoró demasiado en terminarse; de tal modo, ante el posible incumplimiento de su entrega en el plazo pactado, en 1871 se solicitó una renovación al Congreso para promulgar este Código, la cual fue concedida en ocasión posterior.

La Comisión redactora trabajó diariamente y el 18 de diciembre de 1872 presentó a la Secretaría de Justicia un proyecto para su revisión; ésta se llevó a cabo en casa del Oficial Mayor de la Secretaría, José Díaz Covarrubias. Luego, el proyecto fue revisado por el licenciado Protasio Tagle (Secretario de Justicia del 4 de junio de 1877 al 15 de noviembre de 1879) y modificado de acuerdo con sus observaciones por D. Manuel Dublán y Pablo Macedo. El proyecto así modificado se imprimió para su conocimiento y opinión en 1873.

Finalmente, el ***Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*** quedó concluido el 15 de septiembre de 1880 y comenzó a regir el 1 de noviembre de ese mismo año. Para ese entonces, ya había concluido el periodo presidencial de Benito Juárez y correspondió promulgarlo al General Porfirio Díaz en su primer periodo como presidente.

Resulta bastante interesante resaltar, que en la citada exposición de motivos, Ignacio Mariscal ya estimaba la exigibilidad de la comprobación del “*cuerpo del delito*” como parte del procedimiento penal, al referir que habían quedado señaladas con precisión:

*(...) las reglas que deben seguirse para substanciar todos los procesos, **determinando cómo ha de comprobarse el cuerpo del***

delito, y cuáles son los medios que la autoridad judicial puede poner en juego para descubrir al delincuente, sin que al emplearlos dejen de concederse al acusado todas las garantías posibles; entre otras, completa publicidad de la instrucción luego que se haya tomado la declaración indagatoria. Sobre todos estos puntos la legislación vigente es incompleta y vaga, hallándose además, dispersa en disposiciones antiguas y modernas. Así es que la práctica varía considerablemente, y en tan importante materia son inseguras las opiniones, que se fundan tanto pronto en apreciaciones privadas, como en doctrinas de autores de diferentes épocas, o en leyes muy diversas, de aplicación más o menos cuestionable. Parece, por lo mismo, que remover tales inconvenientes, fijando con claridad lo que debe practicarse conforme a los adelantos y el espíritu del siglo, tiene que ser, no obstante algunos inevitables defectos, una positiva ventaja, una mejora indudable en la administración de justicia.¹³¹

No obstante la breve justificación precedente, el término de “*cuerpo de delito*”, no fue expresamente reconocido dentro de este Código, haciendo alusión a la comprobación del “*hecho u omisión que la ley reputara como delito*” en su artículo 121, al que se reputaba como “*la base del procedimiento criminal*” y sin el cual “no podía existir procedimiento ulterior”.¹³²

2. Código de 1894

La vigencia del Código anterior fue bastante corta, entre otras cosas, por la deficiente regulación que tuvo de la institución de “los Jurados”, así como por la existencia de ciertos vicios procesales que requerían una inmediata solución; de esta manera, el 3 de junio de 1891 el Congreso autorizó al titular del Ejecutivo para reformar el Código, siendo abrogado por el nuevo *Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales* de fecha 6 de julio de 1894.

Vale la pena hacer un paréntesis y mencionar que este cuerpo legal se elaboró durante la época del *Porfiriato*, una etapa de nuestra historia caracterizada por una escandalosa corrupción política, un silenciamiento hegemónico de la prensa escrita y una enérgica represión del pueblo mexicano, donde Porfirio Díaz utilizó las leyes penales como meros instrumentos de “*apaciguamiento social*”, esto último, debido al gran descontento que provocaba el notable contraste

¹³¹ *Ibidem*, pp. 211 y 212.

¹³² UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 83.

económico entre la clase obrero-campesina y la clase político-empresarial, así como por la sobreexplotación laboral. Aunado a ello, todavía no existía una autonomía estructural y funcional del Poder Judicial respecto de la Administración Pública (existía la entonces llamada “*Secretaría de Justicia*”), por lo que, la justicia se caracterizó durante este periodo por ser parcial y arbitraria, sujeta a los designios del titular del Ejecutivo. Lo contrastante de este panorama, es que la grotesca situación de opresión social, a la par, fue la base del acelerado crecimiento económico de nuestro país, pues dado que los empresarios percibían un ambiente de calma y estabilidad social y política, se lograron importantes inversiones para el país.

Ahora bien, los juristas involucrados en la redacción de este código, precisa el consolidado Historiador del Derecho mexicano, Doctor Oscar Cruz Barney, fueron “Rafael rebollar, F. G. Puente, Pedro Miranda y J. Agustín Borges como secretario”, precisando que este Código fue encargado por el entonces Secretario de Justicia, Joaquín Baranda; sin embargo, en esta ocasión las fuentes de inspiración fueron “las leyes procesales y códigos de Francia, España, Italia, Bélgica, Portugal, Alemania y Japón, así como las obras de Pacheco, Robles Pozo, H. Marcy, Faustin Helié, J. Bollié, G. Timmermans, E. Roguin y otros.”¹³³

Aquí, el término “*cuerpo del delito*” no fue definido, empero, fue utilizado para referirse a la imposición de determinadas cargas probatorias, genéricas y específicas, tal y como se advierte de los siguientes numerales:

*“Artículo 65. Sólo en el caso en que no llegare a comprobarse el **cuerpo del delito** denunciado, y no hubiere habido indicio para suponer su existencia, quedará el autor de la denuncia sujeto a las penas de la calumnia judicial.*

(...)

*Art. 67. El querellante tiene derecho de presentar en la averiguación criminal, las pruebas que crea convenientes para la comprobación del **cuerpo del delito** y de la responsabilidad del culpable, y para apelar de la resolución del juez en que éste le niegue aquellas o declare que no hay delito que perseguir.*

¹³³ CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho en México*, Editorial Oxford, 2ª. edición, 2004, México, p. 725.

(...)

DE LA COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO

*Artículo 82.- El agente de la policía judicial que practicare las primeras diligencias, y el juez que tome conocimiento del negocio, deberán ante todo procurar comprobar el **cuerpo del delito** como base de la averiguación.*

*Artículo 97. En todos los casos de robo, el **cuerpo del delito** se justificará por alguno de los modos siguientes*

- I. Por la comprobación de os elementos del delito;*
- II. Por la confesión del inculpado, aun cuando se ignore quien haya sido el dueño de la cosa, materia del delito;*
- III. Por la prueba de que el inculpado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales no haya podido adquirir legalmente, si no justifica su procedencia;*
- IV. Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de a cosa materia de delito;*
- V. Comprobando que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito; que disfruta de buena opinión y que ha hecho alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrarla*

Estas pruebas serán preferidas en el orden numérico en que están colocadas, aceptándose las posteriores sólo la falta de las anteriores.”¹³⁴

Más adelante, se incluyeron una serie de diligencias, casuísticamente determinadas, para comprobar los delitos de homicidio, lesiones, aborto, estupro, entre otros, reglas que siguieron subsistiendo hasta nuestros días debido a la inercia del legislador para conservarlas y que son conocidas doctrinal y jurisprudencialmente como “*reglas específicas de comprobación*”, de las cuales se analiza su naturaleza y efectos procesales posteriormente.

Asimismo, se dispuso como regla genérica la comprobación de “*todos los elementos del delito*”, teniendo siempre en cuenta la presunción del dolo (suprimida en la reforma penal de 1983), un absurdo procesal que en la actualizad se encuentra proscrito por el “*principio de inocencia*” (con un sólido fundamento

¹³⁴ CFR. RODRÍGUEZ, Ricardo. *Op. Cit.*, pp. 20 a 26.

constitucional e internacional en nuestros días). En aquel entonces se dispuso que:

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

Por su parte el artículo 9 del Código Penal, establecía:

“Art. 9º. Siempre que a un acusado se le prueba 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.”¹³⁵

Al respecto, Ricardo Rodríguez expresaba que era preciso “no olvidar que el Ministerio Público al promover la acción penal, **tiene la obligación de hacer constar el hecho material que constituye el delito, el lugar y la fecha en que se perpetró**, así como las demás circunstancias que conduzcan a la más perfecta averiguación del hecho incriminado, y que tengan relación con el que resulte culpable y con sus cómplices”, incorporándose a la tendencia materialista que imperaba en la época. Más adelante, tomando en consideración el articulado precedente, refiere que “en resumen, el juez deberá proceder por razón de su oficio: 1º, a **reunir las pruebas del hecho transgresor de la ley, esto es, a comprobar el cuerpo del delito** y 2º, a asegurar a la persona que aparezca responsable. De estas reglas resulta: que **está obligado a hacer constar en la instrucción los hechos materiales**, el examen de peritos cuando proceda, la declaración de testigos, la confrontación y careos, y finalmente, la prueba documental en caso de que exista: artículos 82 al 104 del Código.”¹³⁶

Esta brillante opinión fue, para su tiempo, la más precisa y de las que más facilitaron la práctica judicial, pues distinguía al “*hecho penalmente relevante*” (hecho imputado) de las “*pruebas requeridas*” (nivel probatorio) para acreditarlo, a pesar de la concepción materialista que aún persistía en su época.

¹³⁵ RODRÍGUEZ, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 28.

¹³⁶ CFR. RODRÍGUEZ, Ricardo. *Op. Cit.*, pp. 313 a 315.

3. Código de 1908

Con el transcurso de los años, Porfirio Díaz fue endureciendo el uso del poder público a niveles despóticos, por lo tanto, las pesquisas y los enjuiciamientos punitivos tendían a ser cada vez más enérgicos y viciados. Estos designios dictatoriales lo llevaron a adecuar los instrumentos penales, a pesar de haberse promulgado el Código anterior pocos años antes. En este contexto, precisa el Ministro de la Suprema Corte Doctor José Ramón Cossío Díaz, “Porfirio Díaz expidió el *Código Federal de Procedimientos Penales* mediante las autorizaciones para legislar que el Congreso le otorgó el 24 de mayo de 1906 y el 13 de diciembre de 1907”, agregando que “dicho código fue publicado el 16 de diciembre de 1908 y entró en vigor el 5 de febrero de 1909.”¹³⁷

En esta ocasión, se definió legalmente al cuerpo del delito como la justificación de los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, según la disposición contenida en el artículo 107, cuya literalidad era la siguiente:

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

Cabe hacer mención que, para la fecha en que entró en vigor este cuerpo de leyes, debido a la desbordante irritación social contra el dictador, comenzó a gestarse uno de los movimientos armados más importantes de nuestro país, la *revolución mexicana*. Entre las causas más visibles del descontento, se encontraba la pobreza en un sector mayoritario de la población (junto a la notable desigualdad social), la opresión patronal (con sus indignantes e inhumanas condiciones de trabajo), la inexistencia de la libertad de expresión y, la más importante de todas para esta investigación, la forma mezquina de administrar la justicia, donde el autoritarismo judicial, disfrazado de discrecionalidad, sirvió para

¹³⁷ COSSÍO DÍAZ, José Ramón. “La sustanciación de los procesos penales federales con anterioridad al Código de 1908”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, Vol. XXVII, Enero-Junio de 2013, Segunda Época, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, p. 151.

la conservación de una tensa calma en social en el México prerevolucionario. En tal sentido, el Ministro Doctor José Ramón Cossío Díaz, con agudo sentido crítico realiza la siguiente observación histórica:

“La falta de racionalización de los procesos penales federales no implicaba, desde luego, la pérdida de poder del Estado en cuestiones de control social. Sin embargo y precisamente a partir de lo anterior, posiblemente se lograba simultáneamente otorgarle a los jueces mayores grados de discrecionalidad en lo tocante al manejo de los procesos de los cuales conocían, pero también permitir el fortalecimiento de otros actores no jurisdiccionales que de manera más directa ejercían ese tipo de control, primordialmente a través de la acción política-represora (gobernadores o jefes políticos, por ejemplo), esto último debido a la mayor discrecionalidad con la cual podían ejercer sus facultades.”¹³⁸

A casi dos años de haberse promulgado el nuevo Código, el 20 de noviembre de 1910 Francisco I. Madero derrocó al dictador y tomó el poder; posteriormente, seguiría “la rebelión campesina” liderada por Emiliano Zapata, seguida de “la decena trágica” donde el General Victoriano Huerta se sublevó e impuso una breve dictadura militar para posteriormente culminar el movimiento revolucionario años más tarde con el triunfo del “ejército constitucionalista”, liderado por Venustiano Carranza, sobre los llamados “convencionistas”, liderados por Emiliano Zapata y Francisco Villa. Finalmente se organizó el Congreso Constituyente en la ciudad de Querétaro (en funciones del 1 de diciembre de 1916 al 31 de enero de 1917) y posteriormente se promulgaría la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el 5 de febrero de 1917, misma que al día de hoy nos rige.

4. Código de 1929

Entrada la etapa postrevolucionaria, imperaba en el país una calma política estresante. Durante su periodo como presidente (1920-1924), Álvaro Obregón buscó apaciguar los conflictos bélicos en el país y otorgó la amnistía a Francisco Villa; además, buscó el reconocimiento y apoyo de los Estados Unidos de Norteamérica (que logró a través del Tratado de Bucareli en 1923) y poco tiempo después, aplastó la rebelión “delahuertista” (1923). Terminado su período, sube al

¹³⁸ *Ibidem*, p. 157.

poder Plutarco Elías Calles (1924-1928), quien tuvo el deber de negociar la culminación de la llamada “guerra cristera” (1927-1929), motivada por la aplicación del artículo 130 Constitucional y su ley reglamentaria, estimada de corte anticatólico (por la forma en que fue aplicada por el gobierno).¹³⁹

Para finales del año 1928, Plutarco Elías Calles salía del poder y poco tiempo después, Álvaro Obregón era reelegido como presidente, aunque pocos días después sería asesinado en la Ciudad de México (17 de julio de 1929). A su muerte, el Congreso designó a Emilio Portes Gil como presidente interino de la República, quien ocupó el cargo del 1 de diciembre de 1928 (iniciando la etapa conocida como “*maximato*”, donde Plutarco Elías Calles consolidaría su notoria influencia política de los años 1928 a 1934) y hasta el 5 de febrero de 1930, tras ser obligado a renunciar al cargo.

Asimismo, en este año se da a conocer el programa del recién creado Partido Nacional Revolucionario y poco tiempo después se celebró una nueva elección presidencial (plagada de irregularidades y calificada como fraudulenta) en las que resultó vencedor Pascual Ortiz Rubio.

En este contexto histórico, con ánimo de renovación, el licenciado Emilio Portes Gil expide el *Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de octubre y que entró en vigor el 15 de diciembre de 1929. La Comisión encargada de su redacción fue la misma que redactó el *Código Almaraz* (José Almaráz, Luis Chico, Goerne y J. Guadalupe Maynero).

En este código se suprimió la institución del jurado popular. Refiere el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez que este Código “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, se justificarían por

¹³⁹ AGUILAR CASAS, Elsa y SERRANO ÁVAREZ Pablo. *Posrevolución y estabilidad. Cronología (1917-1967)*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México, 2012.

la comprobación de sus elementos constitutivos, según la definición que de ellos haga el Código Penal”.¹⁴⁰

5. Código de 1931

Apenas dos años más tarde, el Congreso concedió facultades extraordinarias a Pascual Ortíz Rubio para que, mediante decreto de 2 de enero de 1931, pudiera expedir el nuevo *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales*, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 1931. Esta vez, la noción del cuerpo del delito regresó a su origen materialista, señalándose que:

*“Artículo 122.- El **cuerpo del delito** que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.”*¹⁴¹

6. Código de 1934

Durante el periodo presidencial de Abelardo L. Rodríguez, el licenciado Emilio Portes Gil fue designado como Procurador General de la República y presidió a redacción de nuevo *Código Federal de Procedimientos Penales* con la intención de ser adaptado al Código Penal de 1931. Este código se promulgó el 23 de agosto de 1934 y fue publicado el 30 del mismo mes y año, el cual nos rige al día de hoy.

Por su parte, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez considera que este código contiene: “múltiples mejoras en materia probatoria y mayor orden sistemático, producto de una Comisión presidida por el Procurador General de la República licenciado Emilio Portes Gil” agregando que “este ordenamiento siguió en gran medida el concepto del código Distrital.”¹⁴²

Ahora bien, en lo referente al cuerpo del delito, la nueva redacción legal era la siguiente:

“Artículo 161.- El auto de formal prisión se dictará de oficio cuando de lo actuado aparezcan llenados los requisitos siguientes:

¹⁴⁰ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 86.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 87.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 87 y 88.

*I.- Que esté comprobada la existencia del **cuerpo de un delito** que merezca pena corporal;*

(...)

III.- Que contra el mismo inculpado existan datos suficientes, a juicio de tribunal, para suponerlo responsable del delito; y

(...)

*Artículo 163.- Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores, se dictarán por el delito que aparezca comprobado aun cuando con ello se **cambie la apreciación legal** que de los hechos se haya expresado en promociones o resoluciones anteriores.*

Artículo 168.- El funcionario de policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

*El **cuerpo del delito** se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.*

*Artículo 180.- Para la comprobación del **cuerpo del delito**, los funcionarios de policía judicial y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella.”¹⁴³*

De nuevo se optó por la concepción materialista del hecho delictivo, aunque en esta ocasión parecía –por la forma en que quedó redactado el artículo 168– que las “reglas específicas de comprobación” eran “obligatorias”, pues existía la excepción en el sentido de que su comprobación era “salvo en los casos que tuviera señalada una comprobación especial”. Para tal efecto, las reglas específicas que esta vez se conservaron fueron las relativas a los delitos de lesiones, homicidio, infanticidio, robo, peculado, abuso de confianza, fraude, delitos contra la salud y ataques a las vías de comunicación.

Amén a lo anterior, debe destacarse el reconocimiento de tres elementos indispensables para la conformación del concepto. La primera, relativa a considerarlo como el fundamento del proceso penal mexicano (art. 161); la segunda, relativa a su carácter provisional (art. 163) y la tercera, relativa al

¹⁴³ DIARIO OFICIAL, Sección Segunda, México, Jueves 30 de agosto de 1934, Tomo LXXXV, número 52, pp. 1099 a 1101.

reconocimiento del principio de libertad probatoria para su aplicación en el enjuiciamiento penal (art. 180). Estos tres elementos, forman parte integral del concepto, según se explica con detalle al final de la presente obra.

7. Reforma de 1983

Siendo presidente Miguel de la Madrid Hurtado, con motivo de la reforma penal de 1983 (la más avanzada y completa para su época, que involucró tanto a Código Penal como al Federal de Procedimiento Penales y que tuvo por objeto el mejoramiento integral del Sistema Punitivo en su conjunto), el legislador federal se alejó de la concepción materialista del *corpus delicti*. La reforma al código adjetivo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1983 y con entrada en vigor al año siguiente, establecía en lo que interesa:

*“Art. 134.- Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se ha comprobado el **cuerpo del delito** y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos de a primera parte del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará a acción penal ante los tribunales. Para el libramiento de orden de aprehensión, éstos se ajustarán a los previsto en el artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código.*

Art. 168. (...)

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

*Artículo 200.- Si por datos posteriores el Ministerio Público estimare que ya no es procedente una orden de aprehensión, o que debe **reclasificarse la conducta** o hecho por los cuales se hubiese ejercitado la acción, y a orden no se hubiere ejecutado aún, pedirá su cancelación o **hará la reclasificación**, en su caso, con acuerdo del Procurador o de Subprocurador que corresponda. La cancelación no impide que continúe la averiguación y que posteriormente vuelva a solicitarse orden de aprehensión, si procede. En los casos a que se refiere este artículo el juez resolverá de plano.”¹⁴⁴*

Resulta interesante observar que bajo esta reforma se contemplaba una fórmula legal muy amplia para delimitar el concepto del cuerpo del delito,

¹⁴⁴ DIARIO OFICIAL, Primera sección, México, Martes 27 de diciembre de 1983.

suprimiendo la concepción materialista que había imperado hasta ese entonces; con ello, podían incluirse también los elementos normativos y subjetivos específicos del tipo y, consecuentemente, dicho concepto podía ser dotado de un contenido más amplio, situación que generó disputas y problemas en la práctica, según pone de relieve el Doctor Alejandro Sosa Ortíz:

- 1) “Se discutía si dentro de los elementos que integran la descripción de la conducta, debía o no considerarse al dolo y a la culpa, o si estos deberían analizarse en el capítulo de la responsabilidad.
- 2) El tema de la eventual autoría mediata, y la participación *stricto sensu* en el delito, comprendiendo en ésta a todos los sujetos que sin realizar por sí la acción típica (autor o coautor materiales) concurrían en la comisión del ilícito: autor intelectual, instigador y cómplice; era materia que debía analizarse en el capítulo de la responsabilidad.
- 3) Las circunstancias agravantes o atenuantes del delito no eran consideradas dentro del cuerpo del delito, sino datos para determinar el grado de responsabilidad.
- 4) Existían las denominadas reglas especiales para la acreditación del cuerpo del delito de determinados ilícitos.

La identidad del autor o autores y/o, en su caso, partícipes con el o los inculpados era abordada sólo en el capítulo de la responsabilidad.”¹⁴⁵

Previo a esta reforma, la jurisprudencia había venido sosteniendo la inclusión de los elementos subjetivos y normativos del tipo penal, ciertamente inclinándose hacia la teoría neocausalista, lo cual se confirma posteriormente, al analizar la jurisprudencia histórica dictada por la Suprema Corte y Tribunales Colegiados.

8. Reforma de 1993

Apenas una década después, los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal se reformaron para establecer como requisito de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión, la acreditación de los “*elementos del tipo penal*”, lo que obligó a realizar adecuaciones al Código Federal de Procedimientos Penales. Por primera vez existió una verdadera preocupación por establecer concretamente los elementos constitutivos de este concepto.

¹⁴⁵ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *Los elementos del tipo penal (la problemática en su acreditación)*, México, Porrúa, 1999, pp. 2 y 3.

La iniciativa corrió a cargo del ejecutivo federal. La Cámara de Diputados elaboró el dictamen correspondiente por conducto de las *Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales de Justicia* y se aprobó, tanto en lo general como en lo particular, en lo general en la Cámara de Senadores, para ser turnado al ejecutivo federal para los efectos constitucionales. El decreto de reforma fue finalmente publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de enero de 1994, junto con diversas reformas a la derogada Ley de amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, poder que fue reestructurado competencialmente como parte de una reforma integral. Del aludido dictamen, cabe destacar lo siguiente:

“Tanto doctrina como jurisprudencia en materia penal han tenido diversidad de criterios por lo que hace al concepto y a los elementos del “cuerpo del delito” y; no obstante que en 1983 (D.O.F. 27/dic.) 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 problema no se aclaró mucho sobre todo para los que 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.”¹⁴⁶

De tales consideraciones se advierte, como una de las razones principales de esta reforma, la notoria disparidad de criterios existentes en torno al concepto del cuerpo del delito y sus elementos constitutivos, principalmente para los Órganos Jurisdiccionales, pues cada uno había tenido un criterio distinto de lo que debía entenderse por tipo penal y sus respectivos elementos. De tal modo, la

¹⁴⁶ DIARIO DE LOS DEBATES. 20 de diciembre de 1993, Legislatura LV, año III, periodo ordinario, número 26.

solución encontrada fue el desglose estructural de los elementos que integran el tipo penal, aunque esta vez bajo la perspectiva predominante de la escuela finalista de la acción. Bajo esta perspectiva, bastante adelantada para su época dicho sea de paso, subdividió los elementos del tipo en “constantes”, es decir, aquellos que son analizados en todos los casos y en “variables”, dependiendo cada tipo en particular. Dos fueron los motores principales que movieron al legislador federal; por un lado, la idea de imponer “mayores exigencias” a los órganos del Estado y, por el otro, proporcionar “mayor seguridad jurídica” para los ciudadanos.

A partir de este momento, se estableció un verdadero filtro para el dictado de las órdenes de aprehensión, ya que anteriormente no se requería (ni constitucional, ni legal y ni jurisprudencialmente) la probable acreditación de la conducta delictiva, por lo cual, también se tuvo que reformar el artículo 134 del Código Federal, mismo que reguló la nueva figura constitucional en los siguientes términos:

*“Artículo 134.- En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado los **elementos del tipo penal del delito** y la probable responsabilidad del indiciado. En los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales; los que para el libramiento de la orden de aprehensión, se ajustarán a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código.*

(...)

CAPÍTULO I

Comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado

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

- 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;*

- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y
 III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

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

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

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

*Artículo 180.- Para la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la **acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes** según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.”¹⁴⁷*

Tiene razón el Doctor José Ovalle Favela¹⁴⁸ al estimar que “las fracciones II y III parecían referirse más a la probable responsabilidad” que a los elementos del tipo, aunque no resulta del todo exacta la afirmación siguiente, en el sentido de que “los conceptos de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad señalados en el art. 16 constitucional no parecían haber quedado claramente deslindados en la legislación secundaria, al menos no como ya lo estaban los de cuerpo del delito y probables responsabilidad, como consecuencia de una esforzada elaboración doctrinal, legislativa y jurisprudencial, que la reforma constitucional pareció desconocer.” Al respecto, debe precisarse que la delimitación conceptual del “cuerpo del delito” nunca fue homogénea ni en la legislación ni en la jurisprudencia ni mucho menos en la doctrina; por ende, el grado de claridad y cohesión conceptual nunca fue lo suficiente como para “desconocerlo” si nunca existió.

¹⁴⁷ DIARIO OFICIAL. Segunda sección, lunes 10 de enero de 1994.

¹⁴⁸ OVALLE FAVELA, José. *Garantías constitucionales del proceso*, Op. Cit., p. 117.

Ahora bien, con un cambio tan brusco en la conformación estructural del concepto (al margen de su nueva denominación), era de esperarse (o al menos “de pensarse”) que nuestro Sistema de Enjuiciamiento Punitivo no estuviera preparado para recibir la reforma sin inconvenientes de gran calado. Nótese que la incorporación de un término propio del Orden Penal sustantivo se extendió, indebidamente, hacia el ámbito procesal, representando un verdadero dislate por parte del legislador, pues al pasar de un materialismo objetivista (donde la subjetividad de la conducta quedaba fuera de estudio), hacia un finalismo subjetivista (que en el “tipo complejo de injusto” abarcaba el análisis del dolo o la culpa y de la forma de intervención criminal), se produjo un cambio radical en el análisis jurisdiccional de las conductas delictivas, que a la par provocó un conflicto encarnizado entre Ministerios Públicos y Juzgadores, dado que los primeros (cuya preparación técnica era bastante deficiente) acusaban a los segundos (que actuaban por impulso de una percepción desmedidamente garantista) de imponer requisitos prácticamente inalcanzables para la procedencia de la acción penal. Aunado a ello, se sumaba el aumento en el nivel probatorio. El caos en la Procuración y Administración de Justicia no se hizo esperar y sus resultados se notaron prontamente en el crecimiento alarmante de la delincuencia en nuestro país.

Con mucha razón, el destacado procesalista Doctor Sergio García Ramírez refería en aquel entonces que el artículo 168 había incorporado “criterios de escuela” que, en su opinión, “seguramente suscitarían polémica”, vaticinio que ocurrió, lamentablemente, en el sentido negativo de la expresión. Dicho autor, realizaba la clasificación siguiente:

- a) “**Necesarios**, pues concurren invariablemente en el tipo penal, bajo la perspectiva adoptada por la reforma: 1) acción u omisión y lesión o, en su caso, peligro a que haya sido expuesto el bien jurídico protegido; 2) forma de intervención de los sujetos activos (se entiende aquí, vienen al caso las **formas de autoría o participación delictuosas**, así llamadas hoy por el primer párrafo del artículo 13 del Código Penal reformado en 1993, y antes denominadas formas de responsabilidad), y 3) realización dolosa o culposa de la acción u omisión (así **se incorpora el dato subjetivo que había**

permanecido fuera del concepto de cuerpo del delito) (fracciones I-III).

- b) **Contingentes**, en cuanto su presencia depende de los requerimientos específicos de tipos determinados: “a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; d) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, d) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea” (antepenúltimo párrafo).¹⁴⁹

Por su parte, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez destaca como méritos principales de esta reforma la “claridad” y “precisión” del concepto legislativo, al que estimó como un “criterio orientador” para los “aplicadores de la ley”. Dicho señalamiento fue formulado en los siguientes términos:

“Resulta de gran importancia práctica el contenido que la iniciativa le asigna al artículo 168, pues de manera muy clara señala cuáles son los elementos que integran el tipo penal, así como la forma de determinar la probable responsabilidad.

(...) Tanto la doctrina como jurisprudencia en materia penal han tenido diversidad de criterios por lo que hace al concepto y a los elementos del “cuerpo del delito” y; no obstante que en 1983 (D.O.F. 27/dic.) 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 problema 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 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.”¹⁵⁰

¹⁴⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Comentarios sobre las reformas de 1993 al procedimiento penal federal*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, I.I.J.U.N.A.M., México, 1994, p. 16.

¹⁵⁰ UROSA RAMÍEZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 132.

Ahora bien, además de las complicaciones que supuso el análisis obligatorio de las formas de intervención criminal junto con la realización culposa o dolosa del hecho punible, el análisis jurisdiccional se volvió todavía más enérgico, pues dentro de los elementos contingentes se añadió, con total falta de técnica legislativa, la referencia a *“las demás circunstancias que la ley prevea”*. Esta última expresión orientó a los Tribunales Federales a entender que se trataba de “las agravantes o atenuantes del delito”, por lo que, se estimó de forma unánime su necesaria inclusión al momento de dictar el auto de formal prisión; una decisión bastante discutible desde el punto de vista doctrinal pero que complicó a niveles mayores la, ya de por sí, compleja concepción estructural de este concepto procesal.

Al lado de tan radical configuración normativa, se siguieron conservando (con adecuaciones mínimas) las reglas específicas de comprobación para los delitos de homicidio (art. 171), lesiones (art. 169 y 170), aborto e infanticidio (art. 173), robo de fluidos (art. 176) y ataques a las vías de comunicación (art. 179).

9. Reforma de 1999

Como era de esperarse, la reforma procesal de 1993 trajo consigo una serie de obstáculos graves para nuestro Sistema de Enjuiciamiento Punitivo, lo que obligó a realizar una nueva reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, apenas cinco vergonzosos años después de estar en vigor la norma previa. No sólo fue una simple reforma legal; los problemas habían sido tan graves y tan preocupantes que tuvo que cambiarse la denominación constitucional del concepto, nuevamente. En esta ocasión, el legislador federal reincorporó el concepto del *“cuerpo del delito”* bajo criterios doctrinales de orientación claramente “neocausalista”.

El entonces Presidente, Ernesto Zedillo Ponce de León, presentó su iniciativa de reforma el día 22 de abril de 1999 dentro del segundo periodo ordinario del Congreso Federal y correspondió a la Cámara de Senadores ser Cámara de origen. La minuta se turnó a la Comisiones Unidas de Gobernación,

Puntos Constitucionales y de Justicia y posteriormente se remitió a la Cámara de Diputados como Cámara revisora. Finalmente, el martes 18 de mayo de 1999 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal” que entró en vigor a partir del día siguiente por disposición de su artículo primero transitorio.¹⁵¹

El reestructurado concepto legal tuvo una integración normativa bipartita dividida en los artículos 134 y 168 del Código adjetivo federal, cuya extraña y dificultosa redacción es del tenor literal siguiente:

“Artículo 134.- *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 expresará, 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 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 analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

(...)

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

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

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

¹⁵¹ DIARIO OFICIAL, Primera Sección, martes 18 de mayo de 1999. Consultado en la página del Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de junio de 2014 a las 9:45 hrs. <http://dof.gob.mx/index.php?year=1999&month=05&day=18>

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.”¹⁵²

Asimismo, se incorporó como regla especial para la comprobación del delito de robo de fluidos, la presunción *iuris tantum* de propiedad federal de los hidrocarburos y de la energía eléctrica (art. 177) y se reiteró la facultad de los Órganos Jurisdiccionales para tener por acreditado el cuerpo del delito por cualquier medio de prueba, nominado o innominado, siempre que fuera legal (art. 180).

Ahora bien, esta reforma desplazó la antigua concepción materialista del hecho punible; de este manera, el conflicto jurisprudencial surgido décadas atrás en torno a la delimitación de sus elementos estructurales fue resuelto mediante la incorporación a la ley de una sencilla fórmula de corte neoclásica. Ya no se trataba sólo del “*aspecto exterior que materializara la acción delictiva*”, sino que ahora debían analizarse, además, los “elementos normativos del tipo”, que desde hacía bastante tiempo ya eran aceptados como elementos autónomos del tipo penal. En tal sentido, la reforma se propuso “incluir en la definición de cuerpo del delito a los elementos normativos cuando la conducta típica lo requiera” y con ello, “otorgar mayores elementos a la autoridad judicial para fijar el delito por el cual habrá de seguirse el proceso”;¹⁵³ sin embargo, también quedó establecido que el análisis de los “elementos subjetivos específicos del tipo” sólo resultaba oportuno en el momento posterior al dictado del auto de formal prisión, es decir, “que los elementos de la figura delictiva descrita por la ley penal, distintos a los elementos objetivos y normativos deberán, desde luego, **probarse plenamente al momento de resolver en sentencia el procedimiento**”.¹⁵⁴

Semejante desatino por parte del legislador, provocó una lluvia de críticas doctrinales, así como la ampliación del ámbito protector de algunos tribunales federales que, al momento de establecer jurisprudencia, impusieron como

¹⁵² Consultado en la página oficial del Congreso de la Unión en fecha 10 de junio de 2014 a las 10:30 hrs. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>

¹⁵³ CÁMARA DE DIPUTADOS. *Cuaderno de apoyo, Código Penal Federal, Datos Generales del Proceso Legislativo de las reformas que ha tenido desde su expedición, 1931-2008*, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Subdirección de Archivo y Documentación, julio, 2008, reforma número 71.

¹⁵⁴ CFR. *Idem*

“obligación extralegal” su análisis al momento de librar una orden de aprehensión y dictar un auto de formal prisión.

En sentido contrario se encuentra la opinión del Doctor Armando Gerardo Urosa Ramírez –uno de los grandes críticos de esta reforma–, para quien el legislador continuó en el sistema finalista de la acción. El autor arriba a dicha conclusión después de realizar una interpretación gramatical del artículo 168 del Código Federal, señalando que el análisis de los “elementos subjetivos del injusto”, así como el dolo y la culpa, formaron parte de una nueva redacción finalista. Asimismo, puso de manifiesto el peligro potencial de haber derogado “la lesión o puesta en peligro” del bien jurídico como parte del concepto del cuerpo del delito, que se encontraba vigente bajo los “elementos del tipo penal”. En forma sintética y consistente, el distinguido jurista abarca los lineamientos más importantes de la reforma y apunta las sólidas críticas siguientes:

- a) *“El cambio de vocablos ‘elementos del tipo’ por ‘cuerpo del delito’ carece de importancia para los fines de la reforma, pues la criminalidad no ha disminuido y no puede solucionarse mediante la ‘flexibilidad’ de los requisitos exigidos al fiscal para consignar, pues la raíz de tan intrincado problema se encuentra más en la deficiente actuación del Ministerio Público que en la ley e incluso, la supuesta ‘flexibilidad’ puede revertirse en contra del sistema de justicia penal, pues si ahora supuestamente se han atemperado los requisitos para una orden de captura o la formal prisión, ello implica que las averiguaciones serán más deficientes y repercutirán en sentencias absolutorias, pues no se puede sostener una resolución condenatoria bajo endebles premisas indagatorias difícilmente subsanables durante la instrucción del proceso.*
- b) *Con independencia de que el simple cambio de términos no va a disminuir la criminalidad que nos agobia, el debate que aparece en la exposición de motivos señalando que “el texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal”, agregando que la reforma de 1993 adoptó una doctrina extranjera, resulta contradictorio con la propia exposición, pues si el legislador no deseaba seguir ninguna corriente doctrinal foránea, cabe preguntarnos: ¿cuál fue el motivo para pretender retomar de manera subterfugio la sistemática casualista, propia de la dogmática penal alemana tradicional?*
- c) *Ahora bien, entre la exposición de motivos que sugiere rescatar el concepto material del tipo –conforme al sistema causal clásico–*

proyectado al cuerpo del delito y reconocido por la Jurisprudencia de la Suprema Corte desde hace más de un siglo, y la ley que finalmente se promulgó, existe un alarmante antagonismo, pues en tanto que la exposición apunta en determinado sentido, la ley reformada lo hace en otro y finalmente mantiene los mismos requisitos y elementos que supuestamente justifican las modificaciones respectivas, pero bajo una embrollada y desordenada redacción que presenta varios problemas de interpretación, muy por debajo del artículo derogado.

En efecto, aunque la exposición señala que el corpus delicti, debe constituirse con el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho delictivo, el actual artículo 168 incluyó textualmente a los normativos, en contraste con el planeamiento original y acercándose a los mismos aspectos que constituían los elementos del tipo en 1994; aconteciendo lo mismo con los elementos subjetivos del injusto, pues no obstante que el citado numeral no precisa la ubicación sistemática de éstos, las tesis jurisprudenciales que se han dictado con posterioridad a la reforma los colocan dentro del cuerpo del delito, es decir, que contrariamente a lo que señala la exposición de motivos, el cuerpo del delito se compone exactamente con los mismos elementos que integran el tipo –objetivos, normativos y subjetivos– y con la metodología propia del finalismo, tan criticados en la multicitada exposición y fundamento de la reforma (!).

La anterior conclusión se robustece si agregamos también que la colocación sistemática del dolo y la culpa es contemplada al estilo del finalismo, pues un detenido estudio de las reformas, nos llevan a la conclusión de que contradiciendo la exposición de motivos, por ignorancia o torpeza, el actual texto contiene más directrices finalistas que causalistas, a pesar de que uno de los principales argumentos que motivó la modificación fue la indebida adopción del finalismo.

En efecto, a diferencia del causalismo que concibe al tipo como una descripción del aspecto objetivo del hecho y remite todo lo subjetivo hasta la culpabilidad, el sistema finalista tiene como uno de sus cimientos la ubicación de los elementos subjetivos del tipo y principalmente del dolo y la culpa, con antelación a la antijuridicidad y culpabilidad, para colocarlos en el tipo, tal y como lo consigna el tercer párrafo del multicitado artículo 168 reformado, por lo que, a pesar de que el contexto de la exposición de motivos nos indica lo contrario, el legislador sin advertirlo siguió los elementos de la teoría de la acción final. El párrafo de mérito señala textualmente:

(Se transcribe)

Como se desprende de la transcripción, después de estudiar la participación del agente, debe analizarse al dolo o la culpa con

antelación a las causas de licitud, es decir, al estudio de la antijuridicidad e incluso a la culpabilidad, y es de explorado derecho, de acuerdo a la prelación lógica del delito, que el elemento esencial previo a la antijuridicidad y culpabilidad es la tipicidad, por lo que podemos afirmar que el legislador sin proponérselo, se adhirió nuevamente a la teoría finalista al ubicar al dolo y la culpa en el tipo y extraerlo de la culpabilidad en donde debe estar ubicado según el causalismo.

- d) *Una grave deficiencia que afecta directamente las garantías de todo gobernado, es haber suprimido la lesión al bien jurídico tutelado que sí contemplaba el artículo 168 derogado como uno de los elementos del tipo. La eliminación de tan importante aspecto legislativo, coloca al Estado al borde del autoritarismo, pues de conformidad con un derecho penal democrático, aquella conducta que no lesiona ningún objeto jurídico ni perjudica a terceros, debe quedar impune.”¹⁵⁵*

Es cierto que esta reforma procesal reacomodó los elementos estructurales del mismo concepto (elementos del tipo/cuerpo del delito) bajo una denominación y composición normativa diferente, sin embargo, no puede negarse que la sencillez de su formulación y explicación es mucho mayor a la confusión provocada por la redacción anterior. Asimismo, tiene gran peso el hecho de que ya no se hubiere considerado al bien jurídico como parte de su definición legislativa, sin embargo, éste gran obstáculo procesal afortunadamente fue superado por la imposición garantista de la justicia federal, pues años más tarde fue reconocido como una exigencia ineludible en el dictado de las órdenes de aprehensión bajo el principio de complementariedad del Derecho Penal, tal y como se precisa en el capítulo correspondiente.

Por otra parte, aunque la desordenada redacción del legislador federal fuera motivo de controversias respecto a las posibles interpretaciones de la ley, sin duda alguna, gracias a ese mismo debate doctrinal y jurisdiccional es que pudo establecerse, casi de manera uniforme, que la tipicidad parcial puede dar lugar a severos abusos autoritarios del poder punitivo del Estado y que, por lo tanto, debe de quedar desaterrada como una posible solución a la estructuración normativa del concepto que fundamenta el proceso penal mismo. Dicho de otro modo, la

¹⁵⁵ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *Consideraciones críticas en torno al cuerpo del delito en materia federal*, Op. Cit., pps. 313 a 321.

inconformidad producida por la nueva solución legislativa fue, precisamente, lo que impulsó la aceptación generalizada de la “*total tipicidad*” de la conducta con relevancia punible; de tal modo, se avanzó un escalafón más en la construcción normativa del concepto desde una doble y moderna vertiente jurídica: a) **la constitucional**, que permite el reconocimiento implícito y aplicación obligatoria del principio de “*taxatividad penal*” dentro de este concepto constitucional; y b) **la legal**, que circunscribe de forma integral y precisa los alcances jurisdiccionales que deben otorgársele a dicho concepto, sin menoscabo del citado principio constitucional.

Este avance, que pudiera suponerse obvio en nuestros días, resultó ser una conclusión extraída de profundas críticas, así como de una larga experimentación legislativa y un sinnúmero de debates jurisdiccionales que acabaron con la certidumbre jurídica del ciudadano. Como enseña un sabio refrán popular, “*echando a perder se aprende*”. Y no pudo de ser de otra manera, pues la evolución legislativa en nuestro país fue de la mano con la evolución doctrinal y la reelaboración jurisprudencial del concepto.

Ahora bien, esta redacción neocausalista fue uniformemente aceptada y permeó en gran parte de los Códigos Procesales de las entidades federativas, no sólo por resultar una fórmula menos conflictiva desde el punto de vista de la estructuración de las resoluciones jurisdiccionales, sino también por su gran facilidad de entendimiento y explicación. Lamentablemente, muchos de los Congresos locales cercenaron el estudio de la tipicidad a sólo la materialidad del hecho punible.

A continuación, se señalan dos ejemplos de regulación a nivel local, aclarando que la controversia relativa a los “elementos subjetivos específicos del tipo” generada por la reforma federal, preferí reservarla, por cuestión de enfoque sistemático, para el análisis estructural del concepto del cuerpo del delito.

e) Dos casos de regulación a nivel local

En nuestro país se encontraba consagrado en el artículo 124 constitucional el “**principio de reserva**”, que en concordancia con los diversos 73 fracción XXI y 122 inciso C base primera fracción V subinciso h) de la Carta Magna, otorgaba una soberanía limitada para legislar en materia penal y procesal penal a los Congresos locales y Federal, así como a la Asamblea Legislativa Distrital; por consiguiente, cada entidad federativa y la federación misma tenían el poder de determinar el contenido del cuerpo del delito según la filiación dogmática de los legisladores, así como dependiendo del grado de rigidez o laxitud con el que desearan tutelar la libertad personal.

Como se observa, el problema es la indeterminación constitucional del concepto, que por razones de estricto orden jerárquico, debía dejarse a la legislación secundaria para su perfeccionamiento; esta situación generó una diversidad conceptual tan amplia que, lejos de ser necesaria, degeneró en un pernicioso grado de incertidumbre jurídica, tal como queda demostrado con la gran diversidad de criterios jurisprudenciales que se crearon en torno al tema, sumado a que, algunas redacciones fueron poco claras y provocaron ambigüedades en su interpretación, con lo cual contribuyeron a la eficaz dispersión y deformación del concepto. Teniendo en cuenta ello, paso revista de dos casos de regulación a nivel local (Distrito Federal y Estado de México) del concepto que considero es “el fundamento del procedimiento penal mexicano”.

1. Distrito Federal

El abrogado *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931* mantuvo un concepto paralelo al de la legislación federal, con cambios similares durante su vigencia. En su redacción original, este cuerpo legal establecía una concepción materialista del cuerpo del delito:

“Artículo 122. El cuerpo de los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.”¹⁵⁶

¹⁵⁶ DIARIO OFICIAL. 29 de agosto de 1931. Consultado en la página del Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de junio de 2014 a las 11:15 hrs. <http://dof.gob.mx/index.php?year=1931&month=08&day=29>

Con la reforma procesal de 1984 la redacción cambió a una de carácter más amplia, al señalarse que:

“Artículo 122. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene éste código.”¹⁵⁷

Posteriormente, este código volvió a ser reformado en 1994 para incluir (o mejor dicho, copiar de la legislación federal) “los elementos del tipo penal”, quedando de la siguiente manera:

“Artículo 122. 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) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

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

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ DIARIO OFICIAL. 4 de enero de 1984. Consultado en la página del Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de junio de 2014 a las 11:30 hrs. <http://dof.gob.mx/index.php?year=1984&month=01&day=04>

¹⁵⁸ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 10 de enero de 1994. Consultado en la página del Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de junio de 2014 a las 12:00 hrs. <http://dof.gob.mx/index.php?year=1994&month=01&day=10>

Tras la denominada “contrarreforma” constitucional 1999, el texto positivo fue nuevamente reformado y la redacción del artículo 122 cambió en sus párrafos segundo y tercero. En esta ocasión, el nuevo esquema neocausalista se hizo patente, según se aprecia a continuación:

“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.”¹⁵⁹

Antes de ser abrogado, hubo una última reforma al código distrital en donde se reformó el segundo párrafo y con la cual se regresó a la redacción que existía en mil novecientos ochenta y cuatro, la cual sólo alimentó la controversia sobre el contenido del concepto. Dicho precepto establecía lo siguiente:

“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.

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.”¹⁶⁰

En todas las reformas precedentes, al igual de la legislación federal, se estableció la “acción más amplia” de los Órganos Jurisdiccionales para emplear los medios de prueba para acreditar el hecho delictivo (art. 124). Asimismo, además de los típicos delitos de homicidio, aborto, infanticidio, lesiones y robo, se fueron incorporando nuevas “reglas específicas de comprobación” para delitos como el feminicidio (art. 105, 105 Bis y 105 Ter), delitos contra la libertad y el

¹⁵⁹ GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL. 3 de mayo de 1999. Consultado en la página de la Gaceta Oficial del Distrito Federal en fecha 10 de junio de 2014 a las 12:15 hrs. http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/4f207fe02f6d4.pdf

¹⁶⁰ GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL. Distrito Federal, 28 de enero de 2005. Consultado en la página de la Gaceta Oficial del Distrito Federal en fecha 10 de junio de 2014 a las 12:30 hrs. http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/ENERO%2028%2005.pdf

normal desarrollo psicosexual (art. 109 Bis) y violencia familiar (art. 115, 115 Bis y 115 Ter).

Ahora bien, esta confusa redacción puso de nuevo sobre la mesa la discusión en torno a qué elementos integraban el cuerpo del delito. En tal sentido, puede observarse la opinión del Doctor Alejandro Sosa Ortíz, para quien “al no hacer éste texto ninguna limitación, resulta ser una concepción *plena del cuerpo del delito* que comprende a todos los elementos de la descripción legal: objetivos externos o materiales y, de contenerlos, los normativos y subjetivos específicos.”¹⁶¹

Por su parte, para el Doctor Sergio García Ramírez “en términos generales, el tratamiento del elemento normativo en ambos códigos (se refiere también al Código Federal) es básicamente el mismo, pero el Cdf puntualiza que dicho elemento debe estar previsto como ‘elemento constitutivo esencial’ –se refiere a los elementos normativos o subjetivos específicos–. Finalmente, cabe observar que el Cdf contempla el elemento subjetivo en la misma forma que el elemento normativo, a diferencia del Cf.”¹⁶²

2. Estado de México

El anterior Código mexiquense, publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México en fecha 20 de marzo de 2000, abrogó a su antecesor publicado de fecha 7 de enero de 1961 y tuvo una vigencia de poco más de una década hasta ser sustituido por el nuevo Código de Procedimientos Penales bajo el nuevo sistema acusatorio. En este cuerpo normativo definía al cuerpo del delito en los siguientes términos.

“Artículo 121. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de los elementos objetivos del tipo; así como los normativos y los subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste. La probable responsabilidad penal del inculpado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se pruebe directa o indirectamente su participación dolosa o culposa y no exista acreditada en su favor alguna otra causa de exclusión del delito. Respecto de los

¹⁶¹ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, Op. Cit., p. 40.

¹⁶² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El nuevo procedimiento penal mexicano; la reforma de 1993-1994*, Op. Cit., p. 303.

tipos que se señalan podrán acreditarse los elementos objetivos que se refieren en la forma que se indica.”¹⁶³

Desde la óptica del Magistrado Federal José Nieves Luna Castro dicho artículo implicaba “una desnaturalización aún mayor del concepto y un estado de incongruencia en relación con lo estimado por el legislador federal, así como respecto de aquellos otros ordenamientos de los Estados de la República Mexicana, en los que se adopte un concepto de ‘cuerpo del delito’ coincidente en cuanto a su contenido y el significado material del vocablo, esto es, respecto de aquellas legislaciones en que sólo se considere integrado por elementos materiales o externos del hecho.”¹⁶⁴

La opinión del respetable Juzgador resulta inexacta, pues debe tenerse en cuenta que el significado técnico de un concepto puede evolucionar en la medida en que los aportes de la doctrina así lo permitan; de ahí que la “desnaturalización” resulte una objeción sin mayor relevancia; máxime cuando se trata de un concepto de “explícito contenido legal” donde los Congresos locales ejercen su soberanía bajo los lineamientos fundamentales de las garantías de seguridad jurídica contenidas en los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal. En este sentido, cualquiera que sea la inclinación doctrinal del legislador secundario para determinar el contenido normativo de dicha garantía constitucional, será válido a condición de que no exceda los límites impuestos por la norma fundamental.

De igual modo, existieron las reglas específicas de comprobación para los delitos de lesiones, homicidio, aborto, infanticidio, robo, abuso de confianza, peculado, abigeato y fraude y se otorgaba al Órgano Jurisdiccional “*la acción más amplia para disponer las medidas de investigación que estimen conducentes con apego a las disposiciones legales*” (art. 128); además, se establecía que el cuerpo del delito podía tenerse por comprobado por *cualquier medio nominado o innominado no reprobado por la ley* (art. 120).

¹⁶³ Consultado en la página de “Legistel”, servicio de banco de datos de información digitalizada de la legislación del Estado de México, en fecha 10 de junio de 2014 a las 13:15 hrs. <http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/cod/abr/codabr003.pdf>

¹⁶⁴ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 169.

Un dato que llama mucho la atención de la abrogada legislación mexiquense y que resultaba verdaderamente incomprensible, fue que el cuerpo del delito era requerido como requisito de fondo para el dictado de la sentencia de condena, según se advierte del numeral 256 que disponía que: *“Sólo se condenará al acusado cuando se compruebe la existencia del cuerpo del delito y su responsabilidad. En caso de duda debe absolverse.”*

La indebida extensión de los efectos procesales otorgados a dicho concepto, pasó inadvertida en el Sistema de Enjuiciamiento Punitivo mexiquense, debido a la persistente confusión que siempre había existido en torno a su naturaleza y alcances dentro de aquél. Esta situación llevó a que la jurisprudencia lo aceptara sin objeción alguna, tal y como puede observarse en el criterio aislado que derivó del amparo directo número 924/88, donde el entonces Magistrado Ponente José Luis Caballero Cárdenas, sostuvo la importancia de su *“demostración plena”* en la *“sentencia definitiva”*, según se aprecia en la tesis de rubro y contenido siguientes:

“SENTENCIA PENAL, FALTA DE MOTIVACION Y FUNDAMENTACION DE LA. Es violatoria de garantías, una sentencia penal cuando el tribunal responsable afirma que están plenamente demostrados el cuerpo del delito como la responsabilidad del acusado, y correcta la pena impuesta, apoyándose sólo en razonamientos abstractos y generales, sin analizar las pruebas en que sustente sus afirmaciones ni explicar por qué llega a tal conclusión ni menos citar los preceptos legales conducentes.”¹⁶⁵

Por su parte, el Magistrado Federal Raúl Solís Solís, entonces adscrito al Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, resaltó la obligación del Tribunal de Alzada de examinar *“fundada y lógicamente”* las pruebas que *“tiendan a acreditar la existencia del cuerpo del delito”*, estimando como violatorio de las garantías de legalidad y seguridad jurídica, contenidas en los artículos 14 y 16 constitucionales, la omisión en el estudio de todas o algunas de las pruebas aportadas por la defensa; lo anterior, tal y como se desprende de la tesis aislada siguiente:

¹⁶⁵ Época: Octava Época Registro: 229149 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo III, Segunda Parte-2, Enero-Junio de 1989 Materia(s): Penal Tesis: Página: 777.

“PRUEBAS, FALTA DE ESTUDIO DE LAS. ES VIOLATORIO DE GARANTIAS. La Sala Penal tiene la obligación de examinar fundada y lógicamente las pruebas que tiendan a acreditar la existencia del cuerpo del delito y la plena responsabilidad del acusado; y por tanto, es claro que si omite el estudio de todas o algunas de las aportadas por la defensa, tal proceder es violatorio de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica, establecidas por los artículos 14 y 16 constitucionales, por carecer el acto autoritario de la debida fundamentación y motivación.”¹⁶⁶

En el mismo sentido se encuentra la tesis aislada sustentada por el Magistrado Federal José Ángel Mandujano Gordillo, entonces adscrito al Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, cuya literalidad es la siguiente:

“SENTENCIA CONDENATORIA INFUNDADA E INMOTIVADA. Si la Sala responsable se limita a expresar que, supliendo la falta de agravios, estima que la sentencia condenatoria de primer grado debe ser confirmada porque quedaron plenamente comprobados tanto el cuerpo del delito como la responsabilidad del acusado y además, la pena impuesta resulta equitativa, con tal proceder, viola garantías en perjuicio del quejoso, puesto que no emitió algún razonamiento lógico jurídico ni realizó el estudio y valoración de las pruebas aportadas al proceso.”¹⁶⁷

La incorrección terminológica era evidente, “el delito”, definido por el artículo 6 del Código Penal mexiquense como la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, cedía terreno frente a una reducida “comprobación de los elementos objetivos del tipo; así como los normativos y los subjetivos específicos del tipo”.¹⁶⁸ El estrechamiento del concepto sustantivo hasta ese punto resultaba inexplicable y evidenciaba una contradicción a nivel sistemático que carecía de justificación alguna; no obstante ello, debido a la inercia de las autoridades jurisdiccionales, en dicha entidad federativa nunca se reformó el citado artículo.

f) Análisis de su interpretación jurisprudencial en México

1. De los Tribunales Colegiados de Circuito

¹⁶⁶ Época: Octava Época Registro: 217385 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XI, Febrero de 1993 Materia(s): Penal Tesis: Página: 309.

¹⁶⁷ Época: Octava Época Registro: 215689 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XII, Agosto de 1993 Materia(s): Penal Tesis: Página: 567.

¹⁶⁸ Consultado en “Legistel”, en fecha 10 de junio de 2014, las 13:45 hrs. http://www.edomex.gob.mx/portal/page/portal/legistel/leyes/vigentes&usg=AFQjCNHy1XKR20Yfr986Nba6j_Gy8rpwnq

A mediados del siglo pasado existía una excesiva carga de trabajo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debido fundamentalmente al crecimiento demográfico y del cambio de una economía agrícola a una de carácter industrial y comercial, situación que incrementó considerablemente el número de litigios en nuestro país. Lo anterior trajo consigo una acumulación impresionante de los juicios de amparo, a pesar del aumento en el número de Salas de la Suprema Corte como medida para abatir el rezago. El esfuerzo fue estéril. El rezago siguió en aumento y la Suprema Corte seguía siendo el único tribunal en el país, con la agobiadora labor de resolver de la totalidad de los amparos directos, acumulándose a diario una mayor cantidad de asuntos sin resolver.¹⁶⁹

La urgente atención que requería la justicia federal, obligó a realizar una serie de importantes reformas a la ley de amparo que entraron en vigor el 19 de febrero de 1951 y dentro de la cual se crearon los Tribunales Colegiados de Circuito y los Tribunales Unitarios de Circuito, nuevos órganos de justicia federal que comenzaron a funcionar desde el 20 de mayo de ese mismo año. Asimismo, se creó una Sala Auxiliar en la Suprema Corte de Justicia para resolver los asuntos de rezago; de esta manera, en aquél entonces, sumaban ya veintiséis Ministros en total, cinco en cada una de las cinco Salas más el Presidente.

Los nuevos Tribunales Colegiados de Circuito tuvieron la encomienda exclusiva de auxiliar a la Suprema Corte en la resolución de todas las apelaciones pendientes, así como en los juicios de amparo considerados como “de menor importancia”. Lo anterior, además de contribuir significativamente al aligeramiento de la pesada carga de trabajo de nuestro Máximo Tribunal, preparó el camino para que, en lo subsiguiente, éste se abocara a resolver las controversias de orden propiamente constitucional, un fenómeno que se fue consolidando después de varias décadas.

Cabe decir que, en un principio, las legislaciones orgánica y de amparo les otorgaron una competencia muy pobre a estos Tribunales, sin embargo, conforme

¹⁶⁹ CFR. SCJN. *Apuntes de jurisprudencia*, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, SCJN, Ciudad de México, 2008, 1ª. reimpresión, septiembre de 2007, p. 61 a 64.

fueron demostrando su capacidad en la *praxis*, les fueron otorgadas un mayor cúmulo de competencias hasta que, después de las reformas constitucionales y legales de 1988, pudieron resolver el amparo directo en su totalidad.

Ahora bien, debido a que, desde su creación en 1951 y hasta 1967, los Tribunales Colegiados de Circuito fueron órganos de jurisdicción terminal con facultades bastante limitadas, **no podían integrar jurisprudencia**. Como era natural, debido a su reciente creación, la limitación de facultades fue producto de la desconfianza que había para que establecieran nuevos criterios jurídicos. A este período se le conoce como **“jurisprudencia congelada”**. Esta situación llevó a que siguieran aplicándose criterios anticuados u obsoletos, establecidos por la Suprema Corte, para la resolución de los amparos por parte de los Tribunales Colegiados. El resultado: una jurisprudencia vieja y desfazada de las nuevas reformas y leyes.

Rectificando el inconveniente, en fecha 25 de octubre de 1967 se publicó una importante reforma constitucional en la que se reestructuró el Poder Judicial de la Federación, estableciendo en el artículo 94 lo siguiente:

“La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.”¹⁷⁰

Desde entonces, los Tribunales Colegiados quedaron legitimados para emitir jurisprudencia solo en los amparos de su exclusiva competencia, empero, sólo a partir del primero de enero de 1969 comenzaron a publicarse los criterios jurisprudenciales. Cabe agregar que, aunque en principio sólo fueron 5 órganos jurisdiccionales de este tipo, su número siguió creciendo hasta llegar a la cifra de 193, los cuales son auxiliados (hasta el 15 de diciembre de 2011) en el dictado de sus resoluciones por 38 Tribunales Auxiliares.¹⁷¹

¹⁷⁰ SCJN. *Apuntes de jurisprudencia, Op. Cit.*, p. 63.

¹⁷¹ Datos obtenidos de la Dirección General de Estadística Judicial, dependiente del Poder Judicial de la Federación www.dgepi.cjf.gob.mx/organosjurisdiccionales/numeroorganos/numorganoscir.asp consultado el 7 de febrero de 2012 a las 16:20 horas.

En relación al cuerpo del delito, los Tribunales Colegiados establecieron una gran cantidad de criterios de tipo casuístico para determinar la esencia de determinadas conductas con relevancia penal o bien, para precisar la eficacia de ciertas pruebas en específico; así, por ejemplo, pueden hallarse tesis relativas a la comprobación de los delitos contra el estado civil de las personas y contra la familia (bigamia, sustracción de menores, adulterio, incumplimiento de obligaciones alimentarias), delitos contra la seguridad de las personas (portación de arma prohibida, disparo de arma de fuego, acopio de armas, ataque peligroso), contra la salud (con especial énfasis en materia de narcotráfico en sus diversas modalidades), contra el patrimonio (con abundancia tratándose de los delitos de robo, daño en propiedad ajena, fraude y despojo, así como los delitos de abuso de confianza y abigeato), contra la vida y la integridad corporal (siendo abundante en el delito de lesiones, asimismo en los delitos de homicidio y aborto), contra el libre desarrollo psicosexual y la moral pública (violación, corrupción de menores, lenocinio, rapto), entre otros.

Ahora bien, dado que la producción jurisprudencial sobre el tema fue basta, he decidido dosificar su estudio y crítica conforme se vayan analizando cada una de las épocas de las reformas constitucionales; por ello, baste por ahora tener en cuenta lo anterior.

2. De la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Durante la vigencia del cuerpo del delito (de 1917 a 1993), nuestro Supremo Tribunal fue prolijo en enfatizar la concepción materialista del concepto; de esta manera, su esencia fue definida desde la Quinta Época mediante una postura que seguiría reiterándose por varias décadas y que, aunque hoy constituyen tesis históricas, vale la pena tener en cuenta para conocer su evolución jurisprudencial en nuestro país.

En tal sentido, destaca en primer lugar la tesis sustentada por la Primera Sala en 1930, donde medularmente sostuvo que el cuerpo del delito se constituía por el “conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyen el delito,

sin incluir a la voluntad o el dolo (referidos a la culpabilidad)” y señalando que dicho concepto no debería entenderse como sinónimo del “delito” mismo, pues éste último requería, además, de “elementos psicológicos o subjetivos”. Algo que llama la atención sobre este criterio en particular, fue que derivó de una interpretación de los Códigos sustantivo y procesal de la materia; la aludida tesis es de rubro y texto siguientes:

“CUERPO DEL DELITO. *Por cuerpo del delito, no debe entenderse el delito mismo, pues esta conclusión sería antijurídica, ya que, por delito, según el artículo 4º del Código Penal, se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista delito, elementos psicológicos o subjetivos; mientras que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o el dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.*”¹⁷²

Ahora bien, aunque carecía de sentido práctico y fue enteramente reiterativa, la tendencia a justificar el cuerpo del delito en un sentido materialista siguió prevaleciendo durante varias décadas. En este sentido, se puede apreciar la postura de la Primera Sala, la cual volvió a emitir un criterio idéntico apenas dos décadas después; básicamente era reiterativo del criterio anterior, según se puede apreciar en la tesis siguiente:

“CUERPO DEL DELITO. *Por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.*”¹⁷³

Entrado el año de 1961, el Ministro Juan José González Bustamante, entonces adscrito a la Primera Sala, tomó una postura más avanzada sobre el tema y, expresamente apoyado en la doctrina neocausalista de Mezguer, precisó que “el dolo específico” formaba parte del cuerpo del delito sólo cuando éste

¹⁷² Época: Quinta Época Registro: 314718 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XXVIII Materia(s): Penal Tesis: Página: 209.

¹⁷³ Época: Quinta Época Registro: 314718 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XXVIII Materia(s): Penal Tesis: Página: 209.

constituía un elemento importante de carácter moral que requería de comprobación, tesis aislada del tenor literal siguiente:

“CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. *Es bien sabido que la comprobación del cuerpo del delito es la base del procedimiento penal, y al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte sustenta el criterio de que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley penal en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger), Tratado de Derecho Penal, Primer Tomo, páginas trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos.”*¹⁷⁴

Curiosamente, la Primera Sala resolvió un amparo *directo* en octubre de 1973 donde el motivo principal de la Litis constitucional fue la determinación del significado del cuerpo del delito, según se puede verse en la tesis siguiente:

“CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. *Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente.”*¹⁷⁵

Del examen del criterio precedente, se advierte que el concepto del cuerpo del delito fue confundido con el diverso “*delito*”, pues amén a que se trataba del examen de una sentencia definitiva (de apelación), en el que no cabía la posibilidad su estudio conforme al artículo 19 constitucional (previo a la reforma de 1993), dentro de esta tesis se exigió la “*demostración de la existencia de un hecho con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al*

¹⁷⁴ Época: Sexta Época Registro: 801241 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen XLIV, Segunda Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 54.

¹⁷⁵ Época: Séptima Época Registro: 236047 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 58, Segunda Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 27.

considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente”, es decir, se exigía la demostración del delito mismo, una cuestión que puso de manifiesto la evidente y grave confusión entre ambos conceptos.

Es debido a lo anterior, que resulta excesivo considerar, como lo hace el Doctor Martínez Jiménez, que antes de 1993 la Suprema Corte hubiera establecido que por cuerpo del delito debía entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos *“integradores del tipo penal respectivo”* y que dicho concepto se tendría por comprobado *“cuando se acreditara la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho”*.¹⁷⁶ Lo anterior, en virtud de que no siempre se consideró, de forma unánime, un concepto de “tipicidad plena” para establecer el cuerpo del delito, amén a que los criterios hacían referencia aludían al “delito o figura delictiva contemplado en la ley”, lo que resulta una imprecisión terminológica, propia de la época; asimismo, resulta en cierto modo reiterativo e impreciso estimar que este concepto sólo se refiriera a “la comprobación de los elementos que integran la descripción de la conducta”, pues no se aclara cuál era el nivel de prueba exigido.

3. Crítica a la interpretación constitucional

A lo largo del tiempo, nuestros tribunales federales se han comportado como meros exégetas de las reformas constitucionales y legales, situación que repercutió en la multiplicidad de concepciones sobre el cuerpo del delito y que, invariablemente, generó un estado de confusión y vaguedad conceptual, directamente atentatorio del principio de ***certidumbre jurídica*** que debe existir para todo gobernado.

En este sentido, si bien es cierto que la función jurisdiccional se colma cuando se **interpreta** y **aplica** el Derecho vigente, también lo es que al existir conceptos jurídicos carentes de la suficiente precisión y claridad terminológicas, se produce una la amplísima variabilidad de criterios que lesionan la uniformidad y solidez de los mismos; esta situación atenta contra los postulados de un sistema de derecho

¹⁷⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Op. Cit.*, p. 321 y 322.

escrito como el nuestro, donde se persigue arduamente la certidumbre jurídica, dejando claramente en estado de indefensión al gobernado.

En esta medida, la jurisprudencia fue cambiando al paso de las reformas constitucionales y legales; debido a ello, nunca hubo un verdadero análisis sobre la naturaleza y alcances procesales del cuerpo del delito, es decir, un estudio donde se abarcaran las características inherentes o intrínsecas de dicho concepto; de ahí que, conforme las reformas procesales venían llegando, los criterios jurisprudenciales se iban convirtiendo en obsoletos.

Al respecto, el Magistrado Federal José Nieves Luna Castro manifiesta una enérgica oposición respecto a la inclusión de alguna escuela doctrinal como parte de una posible interpretación jurisprudencial y enfatiza categóricamente que los tribunales federales sólo puedan emitir criterios jurisprudenciales dentro del contexto explícito de la norma positiva. Dicho juzgador se expresa en los términos siguientes:

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

contenido de ese vocablo, independientemente de la “evolución” que respecto de él se hubiere podido dar en otras latitudes.

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

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

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

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

(...) el concepto de “cuerpo del delito” fue e incluso sigue siendo, para aquellas legislaturas soberanas de los estados que así lo determinen, un concepto representativo del aspecto material de la figura o especie delictiva descrita por la ley. Esto es, con una filiación a la dogmática de corte tradicional o causalista.

De ello se sigue, lo irrelevante de que a partir de 1931, en otras latitudes (en Europa especialmente) se produjeran cambios en las concepciones tradicionales de la teoría del delito, ya que ni la Suprema

Corte ni ningún otro órgano de Justicia podía asignar al concepto “cuerpo del delito” un contenido “actual” o “moderno” (que de cualquier forma seguiría siendo ajeno a los ordenamientos punitivos mexicanos) de manera tal que esa concepción, por novedosa que fuera, resultara obligatoria, aún en contra del texto legal.

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

No podemos estar de acuerdo con esa concepción puesto que independientemente de que estemos enterados de esa evolución y aún compartiendo sus actuales contenidos dogmáticos, **no por ello resulta válido actuar en contra de los explícitos contenidos de nuestra legislación positiva y vigente, a pesar de que, desde un punto de vista doctrinario, pudiéramos asignarle el adjetivo de anticuada, anacrónica o poco evolucionada, pues a final de cuentas, tanto el derecho como la jurisprudencia sólo contienen su característica de obligatoriedad en la medida en que para su surgimiento se cumplan los requisitos legales correspondientes y formen parte del marco jurídico vigente.** Es decir, que ni agentes del ministerio público, como tampoco jueces o magistrados pueden válidamente resolver aplicando criterios teóricos (por modernos que estos sean), en contravención a las disposiciones aplicables vigentes y obligatorias, pues con este tipo de actitudes se atenta también contra el principio de legalidad y seguridad jurídica que debe imperar y los órganos de Justicia, son los primeros obligados en custodiar y hacer prevalecer, incluso, actuar en tal forma (desconociendo la ley aplicable) constituye motivo de responsabilidad y no de reconocimiento.”¹⁷⁷

Es cierto que los tribunales federales deben de emitir sus criterios interpretando normas jurídicas positivas, pero también es cierto que dicha interpretación debe llevarse a cabo con la mayor exactitud posible; para lograrlo, hay que realizar una discusión y análisis riguroso del precepto que se desea interpretar y tomar en cuenta las posibilidades que pueda surgir respecto a la toma de determinada postura.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que al sustentar un criterio jurisprudencial ahondando en el estudio de un concepto en particular, no puede

¹⁷⁷ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 78 a 80.

hablarse de una “transformación a la ley”, sino más bien **se estaría obteniendo la mayor claridad, concisión, durabilidad y estabilidad terminológicas que debe tener dicho concepto, en estricto cumplimiento a la exigencia del principio de certeza jurídica**, siempre y cuando no se llegue a incurrir en obsesiones doctrinales de ningún tipo. Debido a lo anterior es que difiero de la opinión sustentada por el juzgador federal, en el sentido de que:

“A la creación jurisprudencial no compete la facultad de ignorar las deficiencias técnicas de la legislación, al grado de sustituirla o transformarla en aquella que fuese ideal o preferible en un ámbito de *lege ferenda*, desconociendo, por tanto, la realidad de la ley existente, *lege lata*.”¹⁷⁸

Desafortunadamente, en nuestro país la cara de la justicia es otra. La mala *praxis* jurisdiccional, basada siempre en el dictado de resoluciones apresuradas y carentes de análisis exhaustivos, conllevan a sostener falazmente “una pronta impartición de justicia”, donde lo único verdaderamente relevante es “sacar el trabajo pendiente” y “evitar la sobrecarga de trabajo”, siempre abundantes en los Órganos Jurisdiccionales. De esta manera, las propuestas realmente trascendentes quedan relegadas en el último peldaño de la justicia y se crean severos efectos de ilegitimidad de las decisiones jurisdiccionales.

Ahora bien, existe conflicto en la doctrina de determinar con precisión cuál fue el verdadero origen de la postura materialista reiterada durante mucho tiempo en la jurisprudencia, pues existe la duda respecto a cuál fue la doctrina que sirvió como asidero de ésta postura, pudiendo ser tanto la escuela procesal-penal italiana o el causalismo alemán; por último, aunque resulta una tesis aislada, se señala a la escuela penal francesa clásica como la base de tal postura.

Así, por ejemplo, el Doctor Enrique Díaz Aranda se inclina a considerar que:

“(…) el cuerpo del delito se identificó en la jurisprudencia como el tipo objetivo. Si trasladamos lo anterior a los términos del proceso penal en México durante la **primera mitad del siglo XX**, podemos decir que el cuerpo del delito era equivalente al tipo objetivo y todo lo demás quedaba encuadrado en la probable responsabilidad.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 183.

Así, para dar contenido a las figuras procesales cuerpo del delito y probable responsabilidad, se atendió a la estructura del sistema clásico y neoclásico, los cuales ubicaban primero al tipo objetivo, después de la antijuridicidad (o ausencia de causas de justificación) y posteriormente la culpabilidad, dentro de la cual concebían al dolo y la culpa.”¹⁷⁹

A este respecto, con la finalidad de ubicar históricamente el desarrollo de la controversia, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez se pronuncia en un sentido diverso al comentar que “**la influencia de la teoría del tipo en la jurisprudencia se dejó sentir en nuestro derecho penal después de la segunda mitad del siglo XX**, pues la dogmática tardó varias décadas en difundirse a través de los trabajos de Celestino Porte Petit y Mariano Jiménez Huerta principalmente. Debe recordarse –como punto de referencia– que fue hasta 1914 cuando es traducido al español el Tratado de Franz Von Liszt por Quintiliano Saldaña.”

Algo es seguro, durante el periodo comprendido de 1917 a 1993, la jurisprudencia mayoritaria identificó de forma unánime, firme y casi idéntica a la materialidad del hecho delictivo con la postura materialista de los procesalistas italianos del siglo XIX; sin embargo, no queda del todo claro si fue éste el origen de la postura jurisprudencial de nuestro Supremo Tribunal.

Empero, aunque exista la dificultad relativa a determinar con exactitud cuál fue el influjo doctrinal predominante, difiero de la opinión de que se hubieran tenido en consideración, fundamentalmente, los postulados del causalismo clásico para delimitar el significado del cuerpo del delito, dado que no tuvo un alto grado de “similitud terminológica” con la doctrina de Beling, aunque sí fue reconocido expresamente el neocausalismo en una de las tesis citadas con antelación.

Por último, resulta interesante la opinión del Doctor José Ovalle Favela, quien considera que la expresión cuerpo del delito siguió las ideas del jurista francés del siglo XIX **Joseph Ortolán**, el cual identificaba a dicho concepto en términos casi idénticos a como lo hizo la Suprema Corte y funda su opinión en una breve pero

¹⁷⁹ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Problemas fundamentales de Política criminal y Derecho Penal*, Op. Cit., p. 31

contundente cita de la obra citado autor francés, “Elementos de Derecho Penal”, tomo I, que data del año 1886.

Como sea, un hecho que resulta inobjetable es que tanto la Suprema Corte como los Tribunales Colegiados emitieron sus criterios jurisprudenciales con apego a la legislación procesal vigente en cada época; de esta manera, en la medida que la legislación (especialmente la federal) iba siendo reformada, los criterios jurisprudenciales se iban adecuando en la misma medida, aunque también, con laudable óptica garantista, de acuerdo a la resolución de determinados asuntos en particular fue dándole el empuje necesario para la configuración normativa del concepto.

No pasa desapercibido el comentario que formula el jurista José Antonio Becerril González, quien se opone a la aseveración de que los elementos subjetivos y normativos del delito hayan quedado excluidos del cuerpo del delito, considerando que tanto la Suprema Corte como los Tribunales Colegiados de Circuito “adecuaron su postura en razón de la naturaleza de los casos que les fueron planteados.”¹⁸⁰ En este tenor, después de transcribir algunas tesis, el autor precisa que el ánimo, propósito o intención, como elementos subjetivos del delito, no fueron excluidos en la comprobación del cuerpo de diversos delitos, agregando que la Primera Sala reconoció que debía de acreditarse el dolo específico en ciertos casos, criterio compartido por los Tribunales Colegiados; de esta manera, la Primera Sala no pasó por alto la existencia de figuras delictivas que dentro de su descripción utilizaban las expresiones “con conocimiento” o “a sabiendas”, de contenido eminentemente psicológico, que aludían directamente al dolo de la conducta, siendo la razón de que en la quinta, sexta y octava épocas, resolviera en varias tesis aisladas, la exigencia del análisis de este elemento dentro del cuerpo del delito. En lo concerniente a los elementos normativos, refiere que su análisis también fue requerido por la Primera Sala para tener por acreditado el cuerpo del delito.

¹⁸⁰ BECERRIL GONZÁLEZ, José Antonio. *La orden de aprehensión*, Porrúa, México, D.F., 2006, p. 83.

Más adelante, el autor en consulta agrega que, durante la quinta, séptima y octava épocas, la justicia federal reconoció la necesidad de comprobar el ánimo del sujeto activo dentro del cuerpo del delito (ánimo de satisfacer un deseo erótico sexual en el rapto, ánimo de dominio en el robo y en el abigeato y *ánimus injuriandi* en el delito de calumnias). Asimismo, refiere que durante la sexta, séptima y octava épocas se enfatizó la necesidad de acreditar el propósito del sujeto activo (propósito de segregar a la ofendida de su medio ambiente en el delito de rapto, propósito de no pagar un cheque en el fraude, propósito de apropiarse de un bien inmueble en el despojo y propósito de causar un mal en el delito de atraco). Por último, señala que durante la quinta y séptima épocas fue exigida la justificación de la intención (de privar de la vida en la tentativa de homicidio, para distinguirla del homicidio consumado y del delito de lesiones, de faltar a la verdad en el falso testimonio y de amotinarse en el delito de motín).¹⁸¹

Es cierto que la jurisprudencia reconoció la necesidad de acreditar los elementos normativos y subjetivos específicos del tipo para de determinados delitos en concreto, empero, también es cierto que esta situación aconteció bajo un empobrecido criterio de tipo “casuístico”, por lo cual puede considerársele como jurisprudencia de tipo marginal, aunque no por ello pierda la importancia que merece a propósito de la construcción del concepto del cuerpo del delito.

Debido a lo anterior, las afirmaciones consistentes en que la justicia federal reconoció preponderantemente la exteriorización de la conducta delictiva para la conformación del cuerpo del delito, tienen su razón de ser. Aunado a ello, debe precisarse que, conforme fueron dándose las reformas constitucionales de 1993 y 1999, así como las respectivas reformas legales, la rigidez o laxitud del juicio de tipicidad que suponía el cuerpo del delito varió notablemente, cuestión que al afectar profundamente la concepción del referido concepto, por cuestión de metodología, resulta conveniente estudiarla en forma separada.

¹⁸¹ CFR. *Ibidem*, p. 84 a 86.

CAPÍTULO II

ESTRUCTURACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

Toca el turno de analizar la estructura conceptual que tuvo el cuerpo del delito bajo la reforma de 1999. En este sentido, decidí partir de este momento histórico pues considero que desde entonces la doctrina mexicana mostró un mayor interés sobre el tema y hubo una prolija producción de la literatura jurídica; este impulso doctrinal trató de establecer, con verdadero ahínco, la estructura que tenía el concepto en nuestro Sistema de Enjuiciamiento Punitivo.

Ahora bien, al hablar del cuerpo del delito (o cualquier otra denominación que se prefiera) hay algo incontrovertible y es el hecho de que, invariablemente, debe realizarse el estudio de uno de los elementos constitutivos del delito: “**el tipo penal**”; un elemento que, según el influjo de la doctrina predominante, podrá ser concebido con mayor o menor grado de complejidad. En todo caso, la concepción que resulte de ello, no deberá desconocer la realidad criminológica y jurisdiccional de nuestro país en el momento mismo de reformar el texto positivo.

Ciertamente, como precisaba el Doctor Guillermo Colín Sánchez, la connotación del concepto (cuerpo del delito) debe de obtenerse con base en **la doctrina o teoría del tipo penal** y “tomar de ésta las bases y elementos necesarios para precisar su alcance en el Derecho Mexicano, estableciendo, asimismo, la forma en que se integra en la legislación vigente.”¹⁸²

No obstante ello, siempre existió el problema de precisar su contenido al momento de formular la hipótesis legislativa. Entre otras cosas, el problema derivó de la superflua idea (y, ciertamente, “terquedad”) de estimar que con una sola de las doctrinas penales podía solucionarse, en su integridad, un problema mucho más complejo que abarca también los temas relativos a: I) el nivel probatorio requerido; y II) las consecuencias intraprocesales que produce en actos

¹⁸² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 374.

prejudiciales y judiciales, es decir, las facultades jurisdiccionales inherentes a este concepto.

Sin embargo, por insólito que parezca, las cuestiones anteriores fueron relegadas frente a un reiterado y poco productivo análisis de los elementos estructurales del tipo penal, abundando las opiniones a este respecto que no sólo eran diversas sino incluso, en el peor de los casos, contradictorias. Precisamente por ello, la evolución conceptual llegó con cierta dificultad aunque también existió un cierto estancamiento; máxime que algunos doctrinarios se enfrascaron en una discusión llena de exagerados tecnicismos, un problema propio en aquellos autores que decidieron llevar hasta extremos insospechados el desarrollo teórico del tipo penal como base del procedimiento penal mexicano (incluidos algunos Juzgadores), situación que trajo consigo una volatilidad conceptual y una terrible confusión para los recién iniciados al Derecho Penal.

De ahí que, resulte acertadísima la opinión del Doctor Javier Jiménez Martínez en el sentido de que aún “existen sendas interrogantes sobre el cuerpo del delito”, del cual “mucho se ha discutido sobre su utilidad y su naturaleza” y que, asimismo, “las conclusiones obtenidas hasta hoy parecen no haber alcanzado el grado de convicción que todos deseáramos, y que, desde luego, inquieta a gobernados y a gobernantes encargados de procurar y administrar el derecho.”¹⁸³

Algo es cierto, cualquiera que sea la denominación constitucional y legal que se le otorgue a este concepto, seguirá siendo motivo de discusiones entre doctrinarios y encargados de procurar y administrar justicia, con especial énfasis entre aquellos que desean “**imponer**” sus opiniones, más que **someterlas a discusión**; aquellos que además de exponer razones mínimas y poco convincentes para justificar sus opiniones, se empeñan más en criticar las opiniones de otros autores pero no en realizar una propuesta integral de regulación dentro de nuestro Sistema de Enjuiciamiento Punitivo, o lo que es peor, en algunos casos se limitan a realizar comentarios con reducido margen de

¹⁸³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Elementos de Derecho Penal Mexicano, Op. Cit.*, p. 318.

eficacia jurisdiccional, algo con poco valor en términos de un mejoramiento sustantivo de nuestra justicia punitiva.

Ahora bien, sin perjuicio de un análisis posterior, a partir de este momento procedo a analizar los elementos estructurales que conformaron al cuerpo del delito, con base en los postulados de la escuela neocausalista, que además de ser (y haber sido) la doctrina con mayor peso en la construcción de nuestro sistema de enjuiciamiento punitivo, ciertamente es la doctrina con mayor raigambre entre legisladores, juzgadores y litigantes en la actualidad.

A) Elementos estructurales

a) Los elementos objetivos

1.1 Concepto

En términos generales, estos elementos comprenden aquellas descripciones típicas que pueden percibirse a través de los sentidos naturales del ser humano y que permiten delinear la conducta con relevancia punible, es decir, su naturaleza se encuentra en aquellas cosas, personas o situaciones que de manera concreta se encuentran contenidas en el tipo penal y que, sin realizar ningún esfuerzo cognitivo, se perciben de forma inmediata en el plano material o tangible; de ahí que tengan una función *“meramente descriptiva”*.

En este sentido, Edmundo Mezger señala que “los tipos penales describen, por regla general, estados o procesos de naturaleza externa, susceptibles de ser determinados espacial o temporalmente, perceptibles por los sentidos ‘objetivos’, fijados por el legislador en forma descriptiva y apreciables por el juez mediante la simple actividad del conocimiento.”¹⁸⁴

Por su parte, realizando un planteamiento bastante sencillo pero igualmente acertado, el Magistrado Federal Alejandro Sosa Ortíz refiere que “si el tipo penal es la descripción de la conducta prohibida, sus elementos objetivos externos, son aquellos que delinear sólo la parte exterior de esa conducta y que no requieren de

¹⁸⁴ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano, Op. Cit.*, p. 74.

una especial valoración jurídica o cultural del hecho concreto para constatar su existencia.”¹⁸⁵

En igual sentido se encuentra la opinión del extinto tratadista Doctor Mariano Jiménez Huerta al referir que “el tipo penal es por naturaleza eminentemente descriptivo”, dado que en él “se detalla, con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial de un Código tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible.”¹⁸⁶

Al respecto, en cierto modo casuístico, el extinto procesalista Doctor Guillermo Colín Sánchez consideraba que el elemento objetivo o material se encuentra referido al sujeto activo que realiza la conducta, al sujeto pasivo –persona física– y al objeto material del delito, concluyendo que “*lo objetivo o material*, corresponde a estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados, espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos ‘objetivos’, fijados en la ley en forma descriptiva y también, estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor”.¹⁸⁷

Dado que no requiere de mayor explicación el significado de estos elementos, a continuación se analiza si se trata de un elemento necesario o más bien de carácter contingente.

1.2 Justificación de su existencia: elemento necesario

Para entender la relevancia de estos elementos dentro de la estructuración general de los tipos penales, debe tenerse en cuenta que cualquier conducta considerada lesiva de intereses superiores, que merezca ser conminada con pena, no puede tutelarse si no se circunscribe, al menos, la exteriorización que resulta de la manifestación de la voluntad del agente infractor, es decir, la conducta delimitada dentro de un plano fáctico. De tal modo, puede decirse que estas descripciones constituyen piezas fundamentales de la actividad legislativa en

¹⁸⁵ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, Op. Cit., p. 74.

¹⁸⁶ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Op. Cit.*, pp. 73 y 74.

¹⁸⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 378.

materia penal; de lo contrario, resultaría extremadamente difícil delinear la esencia punible de una conducta sin hacer referencia a ellas.

Es así que el legislador encierra la punibilidad dentro de un conjunto de circunstancias fácticas que rodean al hecho, considerado como lesivo de bienes jurídicos; por ello, con justa razón el extinto profesor Mariano Jiménez Huerta, señalaba que “los tipos delictivos contienen siempre una descripción de conducta. Los movimientos e inercias corporales, resultados externos y estados o procesos que describen, objetivizan la conducta humana.”¹⁸⁸

1.3 Elementos que lo integran

Uno de los aspectos que suele tener cierta relevancia en la doctrina, al momento de explicar estos elementos, es la subdivisión de lo que a su vez “podría integrar” el tipo objetivo, es decir, la clasificación doctrinal de las incrustaciones típicas que comúnmente se entienden referidas a la exteriorización de la conducta con relevancia punible. En este sentido, las opiniones que hacen referencia al número total de elementos que integran el tipo objetivo son bastante dispares, pues mientras unos optan por englobar aquí la totalidad del “**delito objetivo**” (entendido como conducta, típica y antijurídica), otros prefieren disminuir la cantidad de los elementos típicos a mínima expresión típica, según se aprecia a continuación.

Ahora bien, se ha debatido constantemente sobre el subconjunto de elementos que integran a su vez el conjunto de elementos objetivos del tipo; sin embargo, resulta de mayor utilidad práctica puntualizar los elementos que deben excluirse, pues sería improductivo repetir aquellos que la teoría ha delineado de forma homogénea, mismos que a continuación se justifican.

Comenzando por la primera de las posturas citadas, se encuentra la opinión del ilustre iuspenalista Javier Jiménez Martínez, quien se pronuncia en un sentido amplio al considerar que los elementos objetivos o externos del cuerpo del delito se constituyen por la conducta, el bien jurídico, el objeto material, el resultado, la relación de causalidad, los medios de comisión, las circunstancias de ejecución

¹⁸⁸ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Op. Cit.*, p. 74.

(lugar, tiempo, modo, ocasión), así como las circunstancias modificativas (atenuantes y agravantes); asimismo, dicho autor reconoce que no todos los tipos penales requieren de un “objeto material”, un “resultado”, un “nexo causal”, “medios comisivos” y “circunstancias”, aunque no por ello pierden su calidad como *objetivos* o *externos* cuando el tipo los requiera.¹⁸⁹ A su vez, el Doctor Arturo Zamora Jiménez incluye dentro de esta categoría al autor, la acción, las formas y medios de la acción, resultado, objeto material, número de sujetos y cualidad de autor o de pasivo.¹⁹⁰

Por su parte, en una postura un poco más sistemática, el Doctor Alejandro Sosa Ortíz,¹⁹¹ clasifica los elementos objetivos o externos del tipo penal de la manera siguiente:

- A. “Invariablemente:
 - 1. La acción u omisión (sin considerar los delitos de omisión impropia).
- B. En la mayoría de los tipos penales.
 - 1. El resultado y su nexo causal.
 - 2. El objeto material.
 - 3. Los medios utilizados.
 - 4. Las circunstancias de lugar.
 - 5. Las circunstancias de tiempo.
 - 6. Las circunstancias de ocasión.
- C. En muy pocos tipos penales.
 - 1. El sujeto pasivo.
 - 2. Las calidades del sujeto activo.
 - 3. Las circunstancias de modo.”

Por lo que hace a la segunda de las posturas citadas, el Doctor Gustavo Malo Camacho¹⁹² reduce la enumeración anterior a sólo los siguientes elementos: conducta, resultado, bien jurídico y circunstancias (lugar, tiempo, modo, ocasión y medios); opinión bastante similar a la sostenida por el ex-ministro de la Suprema Corte Fernando Castellanos Tena, para quien los elementos del tipo objetivo son el “autor, la acción, medios y formas de comisión, resultado, objeto material, etc.”¹⁹³ De una idea similar era el extinto jurista alemán Edmundo Mezger, quien

¹⁸⁹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Elementos de Derecho Penal Mexicano*, Op. Cit., pp. 324 y 325.

¹⁹⁰ CFR. ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Op. Cit., p. 65.

¹⁹¹ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, Op. Cit., pp. 75 y 76.

¹⁹² MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit., p. 327.

¹⁹³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit., pp. 170 y 171.

consideraba que los elementos objetivos (que junto a los subjetivos, los encierra dentro de los elementos “*descriptivos*” del tipo) son aquellos que se refieren a las “*cosas y sucesos del mundo sensible externo, perceptibles por los sentidos*”.¹⁹⁴

Personalmente, no comparto la idea de considerar que existan elementos que se encuentren siempre presentes en cualquier tipo penal, pues cualquier clasificación que se realice en torno a ello, será de relativa y nunca definitiva; no obstante ello, puede decirse que los elementos objetivos del tipo penal son: **objeto material, resultado típico, verbo rector, medios comisivos (o de ejecución), pluralidad del sujeto activo y/o sujeto pasivo.**

No vale la pena detenerse aquí a reiterar el contenido de dichos elementos puesto que ya se ha encargado lo suficiente de ellos la doctrina penal; sin embargo, resulta conveniente señalar que, en ciertos casos, tanto el resultado típico como los medios comisivos de la conducta, entran dentro de los “elementos normativos” del tipo, por no atender a una circunstancia descriptiva sino a una propiamente de carácter valorativa.

1.4 Elementos que no lo integran

Acotados los elementos que integran el tipo objetivo, conviene precisar cuáles **no constituyen descripciones típicas objetivas** y proceder a dar las razones correspondientes. Dichos elementos son: **a)** la conducta o hecho punible; **b)** el bien jurídico tutelado; **c)** la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; **d)** calidad específica del sujeto activo o pasivo; **e)** circunstancias agravantes o atenuantes (calificativas); **f)** formas de participación criminal.

A) La conducta o el hecho con relevancia punible. Con independencia de la denominación que se prefiera, la conducta o hecho con relevancia punible es un **presupuesto del tipo**; ello es así, pues éste constituye el instrumento legal por medio del cual se **seleccionan** y sancionan sólo aquellas conductas consideradas como lesivas de bienes jurídicos, dentro **del universo de conductas existentes**, es decir, ontológicamente la conducta

¹⁹⁴ MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, pp. 146 y 147.

precede a su prohibición y su sanción. Por ello, este **elemento objetivo del delito**, que exige un análisis de la **voluntad** (que se elimina en caso de existir una *vis maior*, *vis absoluta* o un movimiento-reflejo), el **nexo causal** (que determina el juzgador mediante la supresión *in mente* de la conducta como productora del resultado) y el **resultado material** (en caso de existir en el caso concreto) quedan fuera de la descripción típica; sin embargo, existe el problema de que, en algunos casos, la conducta se presenta como **verbo rector** del tipo y, por ende, debe considerarse como una excepción a la regla, pues no debe perderse de vista que en Derecho Penal los absolutos no existen, sino más bien se trata de formular hipótesis cuya generalidad abarque la mayoría de los casos y permita explicar consistentemente la estructura del Sistema Punitivo. A lo mejor, por este régimen de excepción, el extinto jurista Luis Jiménez de Asúa afirmó hace algún tiempo que “la pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo, por ejemplo, de un verbo principal: matar, apoderarse, apropiarse, sustraer, etcétera”; aunque después agrega que “junto a éste núcleo, aparecen referencias al sujeto activo y pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar o a la ocasión, y a los medios.”¹⁹⁵

- B) *El bien jurídico tutelado*. Entendido como el valor ético-social que por su alta jerarquía axiológica merece la más enérgica protección a través de la conminación punitiva estatal. Esta afirmación parte del hecho de que, para lograr un armónico desarrollo en su conjunto y evitar un estado primitivo de lucha constante, la sociedad necesita mantener incólumes esos valores. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta indiscutible que el bien jurídico precede ontológicamente a la creación del tipo penal y, dado que éste sólo puede **recogerlo** y protegerlo, se trata de un **presupuesto del tipo penal**; por ello, al no pertenecer a éste elemento del delito, su correcta ubicación es dentro de la antijuridicidad material, que indiscutiblemente es un **elemento objetivo del delito**. Tradicionalmente, se le atribuyen tres funciones al bien jurídico: **1) Función fundamentadora**, que permite justificar la actividad

¹⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado...Op. Cit.*, p. 799.

punitiva del legislador y establecer el límite objetivo a la tipificación conductas consideradas con exclusiva relevancia punible. **2) Función sistemática**, que permite estructurar los diversos tipos penales en torno a un grupo o conjunto de bienes jurídicos para que los tipos penales adquieran orden y congruencia en su redacción legislativa; por ello, aunque sean de muy variada clase (vida, propiedad, honor, libertad, seguridad pública, medio ambiente, integridad personal, salud pública, derechos políticos-electorales, libertad personal, normal desarrollo psicosexual), su regulación se erige en formas modulares con estrecha interrelación de los tipos penales, a pesar de que muchas veces se encuentren imbíbidos y no figuren expresamente la ley penal. **3) Función interpretativa**, que permite definir la esencia de un delito en particular, facilitando la delimitación de la conducta punible en el caso concreto o, dicho de otro modo, en esta función el bien jurídico cumple un papel instrumental para el entendimiento y dotación de contenido a los términos gramaticales empleados por el legislador.

- C) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Entendido como un juicio de **disvalor de resultado** de la conducta estimada como típica o, dicho de otra manera, como la operación mental que realiza el juzgador para verificar si la conducta desplegada por el sujeto activo produjo un efectivo menoscabo al valor tutelado por el tipo o si ésta sólo produjo un estado potencialmente nocivo. En este sentido, si el bien jurídico pertenece a la antijuridicidad (*elemento de objetivo del delito*, se reitera), resulta metodológicamente adecuado que el juicio de disvalor se realice, de igual modo, en un apartado extratípico, el cual propiamente corresponde a la antijuridicidad material. Ciertamente, como estimó el Doctor Mariano Jiménez Huerta, “lo antijurídico implica *desvalor*”; surge “como un predicado de la conducta expresado negativamente” y significa “una reprobación jurídica que recae sobre el hecho al ser éste puesto en relación y contraste con las esencias ideales que integran el orden jurídico”.¹⁹⁶ De tal modo, a pesar de la tipicidad de una conducta, la especial relación de contraste entre

¹⁹⁶ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Op. Cit.*, p. 203.

ésta y la afectación producida al valor tutelado por el tipo, resulta una cuestión propiamente ajena al juicio de tipicidad; de ahí que, aunque su relación sea tan estrecha no sea de carácter inclusiva. No obstante lo anterior, existe una objeción de peso a lo anterior y se encuentra en el hecho de que, en la construcción de ciertos tipos penales, el resultado típico se traduce, al mismo tiempo, en una lesión¹⁹⁷ o puesta en peligro¹⁹⁸ del bien jurídico tutelado; sin embargo, en el primer caso no puede determinarse con precisión suficiente el grado de lesión a que fue sometido el bien jurídico y en el segundo caso, el juicio de disvalor debe proyectarse bajo un criterio que distinga si se trata de un peligro abstracto o concreto, situaciones ambas que no figuran bajo un simple encuadramiento de la conducta con el tipo. Aunado a ello, resultaría metodológicamente inapropiado que se realice un análisis extratípico del bien jurídico, reservando el análisis de su lesión o puesta en peligro para el juicio de tipicidad, pues se perdería toda congruencia en su estudio al regresar a un elemento que fue analizado precedentemente. En todo caso, podría afirmarse que se tratan de elementos normativos del tipo cuya relación es estrecha con el juicio de disvalor.

- D) La calidad específica del sujeto activo o pasivo. Entendidas como referencias o atributos cualitativamente exigibles a los sujetos de la conducta, no son elementos objetivos del tipo porque requieren de una especial valoración cultural o jurídica en todos los casos, traducéndose en un elemento normativo del tipo.
- E) Las circunstancias agravantes o atenuantes de la pena. No abundaré sobre el tema en este momento, pues tiene una relevancia superior dentro de la

¹⁹⁷ Como en el caso de los delitos de: A) “daños a los bienes” (donde la descripción típica exige los resultados típicos de “daño, deterioro o destrucción”); B) “lesiones” (donde el tipo se encuentra caracterizado por la alteración que cause “daños a la salud”); C) “falsificación de documento” (cuando se exige como requisito para su punición que este delito “resulte perjuicio” a la sociedad, al Estado, Municipio o a un particular); D) “fraude específico” (donde se requiere “el detrimento del patrimonio común” en perjuicio del cónyuge o el concubino). Delitos contemplados en el Código Penal para el Estado de México.

¹⁹⁸ Por ejemplo, en los delitos de: A) “ataque peligroso” (donde la descripción típica requiere que el ataque “pueda producir como resultado lesiones o la muerte”); B) “portación, tráfico o acopio de armas” (donde la descripción típica requiere que las armas prohibidas, por sus características o circunstancias de portación, “puedan generar peligro”); C) “violencia familiar” (donde la descripción típica requiere que el integrante del núcleo familiar afecte o “ponga en peligro” la integridad física de otro integrante del mismo núcleo) o D) “contra el trabajo y la previsión social” (donde la descripción típica requiere que el patrón imponga labores insalubres “o peligrosas” a las mujeres y jóvenes menores de 18 años de edad). Delitos contemplados en el Código Penal para el Estado de México.

estructura normativa del cuerpo del delito, sin embargo, baste con señalar que se trata de elementos accidentales del injusto que permiten determinar cuantitativamente la sanción a imponer, teniendo como base el daño o peligro a que fue expuesto el bien jurídico, es decir, se trata de un cuantificador objetivo de la dosimetría punitiva.

- F) Las formas de participación criminal. Con independencia de adherirse a una determinada escuela doctrinal (neocausalista, finalista, etc.), el cuerpo del delito constituye un concepto impersonal, pues la distribución de actividades dentro de la empresa criminal se vuelven irrelevantes cuando la conducta desplegada por el sujeto activo es atípica y si es esto lo primero que debe investigarse, resulta absurdo realizar una imputación a persona determinada, analizando el grado en que intervino dentro un hecho sin relevancia punible. De esta manera, sólo si se sabe **cuál** es el “*probable delito*”, resulta viable investigar **quién** es el “*probable delincuente*”.

b) Los elementos normativos

1.1. Concepto

Estos elementos implican un proceso mental previo de abstracción y la emisión de un juicio de valor, el cual puede ser de dos tipos, cultural o jurídico. Los primeros requieren de un juicio de valor ético, social o científico (por ejemplo, las expresiones “abuso”, “falsedad”, “ambiente”, “genética”, “honestidad”, “mal grave”, “engaño”, “narcóticos”) mientras que los segundos atienden a un criterio de especial integración normativa, que puede o no encontrarse relacionado con otras ramas del Derecho (por ejemplo, las expresiones “sin derecho”, “ilegítimamente”, “ajeneidad”, “posesión”, “servidor público”, “autorización”, “sentencia”, “extranjero”); respecto a estos últimos existe una controversia en la doctrina sobre se trata de elementos con verdadera autonomía típica, sin embargo, esta cuestión se analizará posteriormente.

Su descubrimiento y puesta de relieve se atribuye unánimemente al jurista alemán Ernst Max Meyer. Al respecto, el erudito profesor alemán Claus Roxin

resume con extraordinaria síntesis el pensamiento de dicho autor en los términos siguientes:

“En la concepción del tipo penal de M. E. Mayer hay que distinguir la regla de la excepción.

Por lo general el tipo es valorativamente neutro. Aunque Mayer no lo expresa claramente, por oposición a Beling, utiliza la expresión en ambos sentidos arriba comentados. Él cree, aparentemente, seguir las huellas de Beling, sin tomar en cuenta que amplía el concepto de neutralidad valorativa.

El tipo es ante todo neutral desde el punto de vista de la valoración del legislador. Sólo la antijuridicidad expresa un juicio de valor de parte del legislador. Ella debe separarse claramente del tipo. Mayer subraya con mayor precisión que Beling el carácter indiciario del tipo penal con relación a la antijuridicidad y su carácter de más importante fundamento para su conocimiento. El tipo guarda respecto a la antijuridicidad la misma relación que el humo con el fuego: El humo no es fuego ni contiene fuego, pero mientras no se pruebe lo contrario indica la existencia de fuego.

El tipo es, también, sin embargo, básicamente libre de elementos que requieren una valoración judicial. En el estado alcanzado hoy, el tipo es descriptivo, pues contiene solamente ‘elementos, cuya realización ocurren en el mundo exterior, o sea que son perceptibles por medio de los sentidos’ y que pueden, en consecuencia, ser comprobados mediante la realización de un juicio cognitivo.

El tipo penal de M. E. Mayer, podría decirse, resulta en este sentido ‘más neutral’ que el de Beling.

La gran transformación surge de los elementos normativos del tipo. Ellos hacen vacilar por primera vez la teoría de la neutralidad valorativa del tipo penal.

Mayer menciona como ejemplos la ‘ajeneidad’ de una cosa, la ‘falsedad’ de un hecho, la ‘honestidad’ de una joven, el ‘mal trato’ y la ‘peligrosidad’.

Si ahora exponemos en una clara sucesión, las argumentaciones de M. E. Mayer y le agregamos las correspondientes conectivas lógicas expresándolas escuetamente, tendremos el siguiente desarrollo:

- a) Habitualmente los elementos del tipo se perciben mediante los sentidos.
- b) Esta característica no se da en el caso de los elementos normativos; la ajeneidad de una cosa o la honestidad de la joven

no se les puede captar por medio de la percepción sensorial. Su determinación requiere una valoración.

- c) Las valoraciones no pertenecen al tipo básicamente, sino a la antijuridicidad.
- d) Por tanto, los elementos normativos son 'auténticos elementos de la antijuridicidad'. Ellos no denotan la antijuridicidad, sino que la fundamentan; no son *ratio cognoscendi*, sino *ratio essendi* de la antijuridicidad. Se trata de 'aquellos componentes del resultado antijurídico que sólo tienen significación determinadora de un valor'.
- e) Estos elementos no sólo entran exclusivamente en el campo de la antijuridicidad, 'pues sin duda la ley los conceptúa entre las circunstancias de hecho del parágrafo 59'. Dado que en estos casos se trata, de todos modos, de elementos de la antijuridicidad, resultan ser 'cuerpo extraños' dentro del tipo penal valorativamente neutro; por ese motivo los designa como elementos impropios del tipo penal. 'Los elementos normativos apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en la antijuridicidad'.

Claramente puede verse cómo Mayer ha conectado las dos significaciones de neutralidad valorativa, en sentido positivo y en sentido negativo, uno con otro en forma indisoluble: el hecho de que el tipo no sea puramente descriptivo, significa que a la vez penetran en él elementos de la antijuridicidad tornándose borrosos los límites de ambos conceptos (...)

Sin embargo Mayer permanece en la opinión de que los elementos normativos del tipo constituyen casos particulares. Los tipos penales tienen básicamente una función indiciaria. El carácter fundamentador de lo injusto que poseen los elementos normativos, representa una excepción."¹⁹⁹

Ahora bien, no obstante que fue Ernst Meyer quien puso de relieve su importancia dentro del tipo, no fue sino hasta que Edmundo Mezger publicó su "*Tratado de Derecho Penal*" en 1931, cuando verdaderamente alcanzó mayor popularidad entre los doctrinarios del Derecho Penal y en este sentido refiere que:

"Mientras que los elementos típicos objetivos y subjetivos (...) se referían a aquellas partes integrantes del tipo penal fijadas por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos corporales y anímicos, y en consecuencia, han de ser constatados caso por caso por el Juez cognitivamente, **en los elementos típicos normativos se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho.**

Estos elementos típicos normativos de los tipos penales son extraordinariamente numerosos. Incluso debe darse razón a Erik Wolf

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, pp. 60 a 63.

cuando afirma que, en el fondo, todos los elementos del tipo tienen carácter normativo; pues todos en absoluto son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente edificados. Sin embargo, conviene –por razones de Derecho Público (político)– descartar dentro de lo posible y del modo más claro los elementos “descriptivos” (objetivos y subjetivos) de los tipos penales para con ello rechazar en tales casos el “juicio valorativo” con su secuela de indeterminación y de subjetivismo, a menudo peligroso. En cambio, es absolutamente preciso, cuando los juicios valorativos son totalmente indispensables para la determinación de lo que ha de considerarse como actuar típico, tener “el valor de valorizar” y no esconderse tras figuras criptonormativas. (...)

Entre los elementos típicos descriptivos y los puros normativos se hallan los “elementos cognitivos del juicio” (que ha de realizar el juez) se trata de características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona. Así, por ejemplo, los elementos típicos con los que es determinante el juicio que ha de recaer sobre la verdad o falacia de una afirmación, etc., como en el juramento del parágrafo 153 del Código, en la difamación del parágrafo 186, en la estafa del parágrafo 153 del Código, en la difamación del parágrafo 186, en la estafa del parágrafo 263; o cuando se trata de determinar si una conducta es “peligrosa” o si lo es así mismo un medio determinado de comisión del delito, como en las llamadas acciones de peligro general de los párrafos 313, 315, 325 y 330 del Código; o frente a preceptos legales como el relativo al duelo con armas mortíferas (parágrafo 201 y siguientes del Código) o a las lesiones corporales peligrosas (parágrafo 223 del Código), etc. Ya de pura índole normativa son los ‘elementos en los que el Juez ha de captar el verdadero sentido de los mismos’, en los delitos de exteriorización (injuria, perjurio, amenazas, delito de engaño, etc.). A los elementos típicos normativos pertenecen además todos los ‘elementos que exigen una valoración jurídica’, y que hallamos atravesando en todas direcciones los tipos penales. Como ejemplos pueden citarse la cosa ‘ajena’ en el parágrafo 242 (hurto); el ‘tutor’ en el parágrafo 174; los conceptos de Derecho Mercantil en los párrafos 239 y 240 de la Ordenanza sobre el concurso; el ‘funcionario’ en los párrafos 331 y siguientes; el ‘documento público’ en el parágrafo 267; la acción punible en el parágrafo 259, etc. Frente a ellos encontramos los ‘elementos con valoración cultural’, en los que el proceso valorativo (del Juez) ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del Derecho. Ejemplos nos los suministran la acción ‘impúdica’ en los párrafos 176, 175 y 183 del Código Penal; la ‘honestidad’ en el parágrafo 182; el ‘maltratar’ en el parágrafo 223; la valoración biológica de la salud, en el caso en los que se deja a la apreciación del juez la valoración cuantitativa, como por ejemplo, en los

parágrafos 217, 214, 224 (enfermedad crónica), 248, 264, etc, existe de ordinario, un elemento típico normativo.

Ya descendiendo a detalles, resulta que el carácter normativo es de muy distinta especie en los diversos elementos típicos normativos. Por ello pueden distinguirse aquellos elementos normativos del tipo cuya determinación exige del juez ‘puros’, genuinos, juicios valorativos (afirmaciones valorativas) y aquellos otros que reclaman de él juicios valorativos no genuinos, ‘impropios’ (confirmaciones valorativas), es decir, la aplicación de valoraciones que han tenido efecto en otra parte, en especial la aplicación de conceptos jurídicos ya existentes. O bien se distingue entre elementos del tipo ‘ya valorizados’ y ‘por valorizar’ o necesitados de valoración.”²⁰⁰

Respecto a la percepción del citado autor, debe decirse que resulta bastante discutible considerar a estos elementos como “presupuestos del tipo”, pues en realidad se trata de incrustaciones típicas que permiten singularizar y revelar la verdadera esencia punible del hecho, más no son elementos preexistentes al tipo.

Ahora bien, aunque indudablemente corresponde al juez realizar esa “especial valoración de la situación de hecho” (valorización de las figuras criptonormativas), que resulta indispensable “para la determinación de lo que ha de considerarse como actuar típico”, me parece una complicación innecesaria subdividir a los elementos normativos en “*elementos cognitivos del juicio*” (características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona), “*de pura índole normativa*” (que exigen una valoración jurídica) y “*elementos con valoración cultural*” (en los que el proceso valorativo ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen a la esfera misma del Derecho). Lo anterior, toda vez que los citados elementos cognitivos del juicio pueden entrar, sin problema alguno, dentro de cualquiera de las otras dos subdivisiones.

Sin embargo, la distinción entre juicios valorativos puros o genuinos (afirmaciones valorativas, elementos “por valorizar” o necesitados de valoración) y no genuinos o impropios (confirmaciones valorativas o elementos “ya valorizados”), parece ayudar a resolver el conflicto sobre la naturaleza de estos elementos, pues resulta claro que algunas valoraciones hayan tenido lugar en otra

²⁰⁰ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, Op. Cit., pp. 202 y 203.

parte del Derecho, como sucede con ciertos conceptos jurídicos preexistentes de otras ramas diversas al Derecho Penal.

A pesar de su extensa justificación previa, el mismo autor sintetizó su posición dos décadas más tarde en los siguientes términos:

“2. Los *elementos típicos normativos*. Aquí, no puede el juez atenerse a la simple descripción que hace la ley, sino que debe realizar un juicio ulterior relacionado con la situación de hecho. De acuerdo con el campo al que corresponde ésta apreciación, se distinguen:

- a) Los elementos típicos de juicio *cognitivo*, en los cuales el juez deduce este juicio con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia. Es el caso de la verdad o no verdad objetiva de un hecho (§ § 153-154, 186 ó 263), o de toda especie de “peligrosidad”, por ejemplo el instrumento peligroso (§ 223), o la peligrosidad de una acción (§ 313).
- b) Los elementos típicos de juicio *valorativo (emocional)*, “que exigen una valoración” en sentido estricto. Es el caso de “maltratar” (§ 223), de la acción “impúdica” (§ 176, N. 3), de la “integridad” (§ 182), de la “necesidad” (§ 248a), etc. Un elemento subjetivo de este grupo también lo “cruel” (§ 211) o “brutal” y “malicioso” (§ 223b).”²⁰¹

Cabe decir que la clasificación anterior fue ampliamente aceptada por nuestra doctrina nacional. Por otra parte, no obstante que la jurisprudencia reconoció a estos elementos en determinados delitos, recientemente la Magistrada Federal Livia Lizbeth Larumbe Radilla, adscrita al Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, precisó la esencia penalística de estos elementos al resolver el amparo en revisión 495/2011, estableciendo su relación con la garantía de debida fundamentación y motivación del artículo 16 constitucional, según se aprecia a continuación:

“ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA. REQUISITOS DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN PARA SU EXAMEN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). El artículo 16, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone como garantía a favor del gobernado, que todo acto de autoridad se funde y motive, a fin de que esté en posibilidad de conocer con precisión los motivos y razones legales que se tomaron en cuenta para emitirlo. Por otra parte, el artículo 124 del Código de

²⁰¹ MEZGER, Edmundo. *Op. Cit.*, p. 147.

*Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas dispone que la autoridad judicial examinará si el cuerpo del delito y la probable responsabilidad están acreditados en autos como base para el dictado de ciertas resoluciones como órdenes de aprehensión y autos de formal prisión. Asimismo, el citado numeral establece como parte del cuerpo del delito los elementos normativos, solamente si la descripción típica lo requiere. Ahora bien, son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o cultural, esto es, son aquellos que requieren una valoración del juzgador, ya que no son percibidos predominantemente por medio de los sentidos; por lo anterior, suele distinguirse entre elementos normativos jurídicos (norma legal) y elementos normativos culturales (norma ético-social), atendiendo a la clase de norma que deba utilizarse para que el juzgador apoye su valoración. En ese tenor, de los citados preceptos se concluye que para cumplir con la garantía de fundamentación y motivación, al examinar los elementos normativos de la descripción típica, es necesaria la valoración de la autoridad judicial de los siguientes requisitos: a) Deberá identificar si en la descripción típica se contienen elementos normativos, donde lo decisivo para determinarlos es verificar cuál es su naturaleza preponderante (el conocimiento a través de la valoración o de los sentidos); b) Una vez realizado lo anterior es necesario que se establezca la norma en que habrá de realizarse la valoración, ya sea jurídica o ética-social, siendo necesario que en este último caso se justifique su elección, y c) Efectuar la valoración con apoyo en dichas normas dotando de contenido a los conceptos para determinar si están o no acreditados en autos. Por tanto, si el juzgador se constriñe a concluir que se encuentran probados, sin identificarlos, omitiendo mencionar en qué norma están determinados y sin realizar su juicio de valor al caso concreto, incumple con la invocada garantía de fundamentación y motivación prevista en el primer párrafo del artículo 16 constitucional.*²⁰²

1.2. Justificación de su existencia: elemento contingente

La justificación de estos elementos típicos yace en la idea de considerar que, no siempre resulta suficiente que la actividad del legislador se circunscriba a meros esquemas objetivos, pues en algunas ocasiones resulta imperioso permitir al aplicador de la ley la realización de un juicio de valor para cualificar la conducta punible; estas expresiones cargadas de contenidos apreciativos permiten al

²⁰² Época: Décima Época Registro: 2000787 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2 Materia(s): Penal Tesis: XXVII.1o. (VIII Región) J/2 (10a.) Página: 1647.

operador jurídico cerrar el alcance punitivo del tipo dentro de un rango razonablemente estricto.

Un claro ejemplo de lo anterior, puede observarse la siguiente tesis aislada, donde el entonces Magistrado Ponente, Luis Pérez de la Fuente, adscrito al Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, circunscribió el margen punitivo del elemento normativo “*lujuria*”:

“ACTOS LIBIDINOSOS. LA PRETENSIÓN DE ABRAZAR A LA OFENDIDA, O BIEN LA REALIZACIÓN DEL ABRAZO, NO CONSTITUYEN POR SÍ SOLOS ACTOS ERÓTICOS SEXUALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Para que se configure el tipo penal del delito de actos libidinosos previsto en el artículo 275 del Código Penal del Estado de México, se requiere una acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo, como caricias, manoseos y tocamientos corporales obscenos; en esa virtud, no puede estimarse que la pretensión del activo de abrazar a la ofendida, o bien la realización del abrazo, constituyan por sí solos actos eróticos sexuales.”²⁰³

De igual modo, se encuentra la interpretación que realizó el Magistrado Federal Alejandro Sosa Ortiz, entonces ponente y adscrito al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, quien interpretó el elemento normativo “*hecho arbitrario*” como un “*acto radicalmente antijurídico*”, según se aprecia en la siguiente tesis:

“ABUSO DE AUTORIDAD. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA EL DELITO PREVISTO Y SANCIONADO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 136 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO. Para que se considere que el activo incurrió en la comisión de un hecho arbitrario, al margen de su ilegalidad debe determinarse que se trata de un acto radicalmente antijurídico, lo cual no acontece cuando un servidor público emite órdenes de suspensión de una obra atendiendo a la solicitud de autoridades competentes, quienes sostuvieron que su petición pretendía evitar daños a la comunidad. Por tanto, la conducta así desplegada es atípica, pues para la configuración del delito de abuso de autoridad, previsto en la fracción I del artículo 136 del Código Penal del Estado de México, se requiere que el servidor

²⁰³ Época: Novena Época Registro: 196501 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VII, Abril de 1998 Materia(s): Penal Tesis: II.1o. P. 42 P Página: 718.

público utilice la autoridad y fuerza con la que lo dota el Estado, a fin de cumplir sus supremos fines, apartándose diametralmente de éstos.”²⁰⁴

En tal sentido, puesto que constituyen una fuente específica de variabilidad entre dos o más descripciones típicas, puede afirmarse que, dentro de una misma figura delictiva (robo, por ejemplo) pueden existir hipótesis cualitativamente diferenciadas (que se cometa “en lugar cerrado”, “con violencia”, respecto de un “vehículo automotor” o aprovechando “el fluido eléctrico”, etc.) sobre la base de una misma conducta principal (el “apoderamiento”), que representa el punto de partida para poder concretizar la punibilidad que le otorgan estos elementos.

Aún más, si determinada figura delictiva se encuentra lo suficientemente delimitada dentro del tipo con uno solo de estos elementos, resultaría ilegítimo que el juzgador realizara una interpretación extensiva de su contenido y rebasare con ello el ámbito punible que quiso imponer el legislador.

Aunque parece una apreciación bastante obvia, puede ponerse como ejemplo de su desconocimiento el delito de usurpación de profesión, donde la “*falta de inscripción ante la Dirección General de Profesiones*” del título profesional carece de relevancia penalística cuando conducta típica se limita expresamente a la “*falta del título profesional*”. Sobre el particular, puede observarse la siguiente tesis aislada:

“USURPACIÓN DE PROFESIÓN. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PROFESIONES NO CONSTITUYE UN ELEMENTO DEL DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). *El delito de usurpación de profesiones previsto y sancionado en el artículo 258, fracción II, del Código de Defensa Social del Estado, contempla como uno de los elementos del cuerpo del delito que el sujeto activo carezca de título legal para ejercer la profesión; sin embargo, la falta de inscripción de dicho documento ante la Dirección General de Profesiones no es elemento integrador de éste.”²⁰⁵*

²⁰⁴ Época: Novena Época Registro: 178833 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXI, Abril de 2005 Materia(s): Penal Tesis: II.2o.P.165 P. Página: 1321.

²⁰⁵ Época: Novena Época Registro: 187657 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XV, Febrero de 2002 Materia(s): Penal Tesis: VI.1o.P.170 P. Página: 955.

Ciertamente, como refiere el Doctor Mariano Jiménez Huerta, “en la contemplación de las figuras típicas no siempre las cosas discurren con tanta sencillez. Acaece muchas veces que las figuras típicas contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. Es ello, a menudo, debido a exigencias de técnica legislativa, pues, en ocasiones, para tipificar una conducta es necesario incrustar en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.”²⁰⁶

1.3. Autonomía dentro del tipo

Aunque la mayoría de los autores reconocen la autonomía de estos elementos dentro del tipo, ha existido un sector que se opone a ello. Así, por ejemplo, Beling fue uno de los primeros en oponerse tajantemente a reconocer su existencia, pues estimó que en los tipos penales “no se expresa la valoración jurídica que califica lo antijurídico” y que “los conceptos jurídicos que contienen los tipos penales se presentan como materia de reglamentación”, por lo cual, “no tienen naturaleza normativa” dado que estas expresiones jurídicas “despliegan tan sólo una función descriptiva y nada anticipan sobre la antijuridicidad”.²⁰⁷

El error en el que incurrió el autor alemán fue considerar que esa “materia de reglamentación” pudiera considerarse como típicamente objetiva y con una función meramente descriptiva, pues además de ser una afirmación insostenible, resultaba al mismo tiempo muy amplia, pues no desvirtuaba eficazmente los puntos clave de su fundamento. De ahí que carezca de sentido la justificación de la “*ajeneidad*” como una simple “referencia jurídica” de la conducta típica, pues es claro que con tal expresión contradecía su verdadera naturaleza valorativa y sí, por el contrario, permitía la posibilidad de excluirlo del “tipo objetivo”, en los términos de su propia postura.

Al respecto, Claus Roxin explica que “Beling no tuvo dudas de que los elementos hoy considerados ‘normativos’ formaran parte del tipo penal, pues lo

²⁰⁶ JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Op. Cit.*, p. 80.

²⁰⁷ *Ibidem*.

reconoció posteriormente en la segunda edición de su obra, aunque no precisa ni cita las palabras textuales que le permiten llegar a tal conclusión, debido a que Beling no pudo ser consciente en ese tiempo de la imprecisión de la expresión; sólo quiso decir que no es posible exigir al autor una solución jurídicamente exacta, lo cual, por lo demás, es hoy reconocido.”²⁰⁸

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa estima que no hay razón para que se contengan expresamente en el tipo, pues la característica de ser “antijurídico”, “contrario a derecho” y expresiones similares, “*es patrimonio general de todos los delitos*” por no existir, si no es contrario a la norma; de esta manera, opta por llamarlos “*tipos anormales*” e “*impaciencias del legislador*”.²⁰⁹

Dentro de la doctrina mexicana, la destacada jurista e investigadora Doctora Olga Islas, estima que estos elementos carecen de autonomía propia, al considerar que solo se trata de coloraciones o adjetivaciones alrededor de otro elemento del tipo (por ejemplo, que la cosa sea “ajena”); mientras tanto, las expresiones “ilícitamente”, “indebidamente” y “sin derecho”, por ser constitutivas de antijuridicidad, carecen de contenido y autonomía, pues siendo la antijuridicidad un elemento típico, no existe base alguna para defender la presencia, dentro del tipo.²¹⁰

La postura anterior parece ser retomada por el jurista Fernando López Barrita, pues con igualdad de criterio refiere que dichos elementos, son “simples coloraciones o adjetivaciones alrededor de otros elementos del tipo o bien, constitutivos de la antijuridicidad que forma parte del tipo bajo el rubro de *Violación del Deber Jurídico Penal*.”²¹¹

Como sea, en ambos casos cobra aplicación el llamado “modelo lógico-matemático” del Derecho Penal que, aunque resulta de sumo interés por su aporte metodológico para estudiar al tipo penal, al día de hoy no ha cobrado auge dentro de nuestro sistema jurídico, aunque no por ello pierde su valor doctrinal.

²⁰⁸ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, pp. 59 y 60.

²⁰⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. Cit.*, p. 899.

²¹⁰ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, *Op. Cit.*, pp. 209 a 213.

²¹¹ BARRITA LÓPEZ, Fernando A. *Averiguación Previa (enfoque interdisciplinario)*, 3ra. ed. México, Porrúa, 1997, p. 28.

Por su parte el Doctor Alejandro Sosa Ortíz se pronuncia en el sentido de considerarlos elementos del tipo sólo cuando sean indiciarios de lo antijurídico, pues como refiere, son “normativos tanto los que exigen una valoración cultural como jurídica; empero, tocante a los que se vinculan con la antijuridicidad, creemos que si conforme a la teoría mayoritariamente aceptada de que el tipo es o debe ser la descripción de una conducta indiciaria o concretizadora de lo injusto; estas expresiones que se relacionan con la antijuridicidad, serán elementos normativos del tipo, en la medida en que se requieran para que la descripción revele precisamente ese carácter indiciario. Cuando por el contrario, el legislador utiliza estas expresiones en algunos tipos penales, sin que sean necesarias para circunscribir o individualizar *conductas antijurídicas*, en virtud de que aun suprimiéndolas, seguirían siendo indiciarias de una conducta antijurídica; no serán *elementos normativos*, sino un ocioso señalamiento de que la conducta descrita en dichos tipos debe ser además antijurídica. Por ello, si se suprimen expresiones típicas como indebidamente, sin motivo justificado, con arreglo a la ley, etc., las conductas descritas serían enteramente inocuas y ordinariamente no revelarían por sí, ser contrarias al ordenamiento jurídico; de lo contrario, conductas enteramente aceptas socialmente serían subsumibles en los tipos penales (visitar a los familiares en su propia casa ‘con su consentimiento’, entre otros). Por otro lado, existen tipos en lo que tales referencias no son necesarias para revelar lo antijurídico de las conductas descritas, si los suprimimos, de cualquier manera la actualización de las descripciones legales sería indiciante, ordinariamente, de *lo injusto* y correspondería al acusado demostrar que su proceder fue conforme a derecho, lo cual es acorde con la naturaleza de las causas de licitud.”²¹²

Como se aprecia, este problema tiene una irremediable correspondencia con la **antijuridicidad formal** (entendida como **disvalor de la conducta**), lo que ha creado una controversia estancada en la crítica de aquellas expresiones que aluden a las llamadas “*causas de justificación*” o “*causas de licitud*”, pues se ha considerado que en estos constituyen un especial indicio de antijuridicidad, pues limitan taxativamente el contenido del acto “*contrario a derecho*”, es decir, que

²¹² CFR. SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, Op. Cit., pp. 209 a 213.

enuncian típicamente el estrato más visible de la antijuridicidad formal y *singularizan* el hecho *especialmente antijurídico*; de esta manera, el problema existe respecto de aquellas expresiones típicas tales como: *sin consentimiento, indebidamente, sin causa justificada, sin causa legal, ilegalmente, ilícitamente, etc.*

Para el extinto jurista Doctor Mariano Jiménez Huerta, “los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales, son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuridicidad de la conducta. Siempre que el tipo contiene una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta que describe, encierra una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuridicidad halla su fundamento.”²¹³ Reforzando su postura, señala que autores como Max Ernest Mayer, Von Hippel, Florian, Grispigni, Maggiore, Bettioli, Manzini, Battaglini, Jiménez de Asúa y Carrancá y Trujillo son de la misma opinión. De esta manera, califica estos elementos como *superfluos y redundantes* al señalar lo siguiente:

“Los tipos delictivos son tipos de antijuridicidad o ilicitud; concretizan, delimitan y acotan una antijuridicidad preexistente y hallan en la misma su razón de ser. De inmediato se advierte que, en estricto principio, resulta superfluo incluir en el tipo estos elementos normativos, pues *subintelligenda* tan sólo pueden integrar su contenido aquellas conductas que son antijurídicas, es decir, que por ser realizadas *injustamente, indebidamente, sin causa legítima o justificada*, contradicen la esencia del Derecho. Las conductas realizadas en ejercicio de un derecho son insumibles en un tipo penal. El que *expressis verbis* algunos tipos proclamen especialmente que la calidad delictiva de la conducta que nutre su contenido queda condicionada a que la expresada conducta sea efectuada *injustamente, indebidamente, sin derecho o causa justificada*, no tienen otra significación que la de una aparental redundancia.”²¹⁴

Posteriormente, agrega:

“Existen conductas que la técnica legislativa no puede fácilmente modelar sin hacer referencia a un elemento normativo, ya que normalmente son conductas lícitas y sólo por excepción, cuando son realizadas injusta, indebida o ilícitamente, adquieren relevancia penal. Si el legislador describe estas conductas haciendo abstracción de todo

²¹³ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Op. Cit.*, pp. 83 y 84.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 84.

elemento normativo, se daría la impresión a las personas desprovistas de formación jurídica –y no se olvide que todos los habitantes de un estado son los destinatarios de la ley penal–, de que la ley sanciona conductas de obvia licitud, y, como consecuencia, se entronizaría la confusión y la desconfianza en las relaciones de la vida humana. Es a veces espinoso modelar típicamente una conducta lesiva para bienes jurídicos, sin hacer concreta referencia a su ilicitud y esto acaece siempre que la conducta implica la mayoría de las veces el desarrollo de un comportamiento que coincide con los ideales valorativos de la comunidad, y sólo excepcionalmente, cuando en ella concurre un determinado elemento normativo, se transmuta en ilícita. (...)

Razones, pues, de seguridad jurídica y de técnica legislativa explican, algunas veces, los elementos normativos que contienen los tipos penales; aunque no debe tampoco ocultarse que la seguridad jurídica se pone asimismo en entredicho y la técnica legislativa queda maltrecha, cuando, como acaece frecuentemente, el legislador hace un uso abusivo de estos elementos para evitarse el esfuerzo, a veces arduo, de describir la conducta por sus elementos naturales y de circunscribirla por sus propios contornos.

Los elementos normativos incrustados en el tipo sin una llamada de atención al juez penal; se le advierte que de una manera especial debe afirmar concretamente la antijuridicidad de la conducta, pues debido precisamente a esta valoración normativa, un hecho puede pasar –siendo idéntico el comportamiento material– de hecho aparentalmente lícito a hecho esencialmente ilícito; del mismo modo que en los tipos exentos de elementos normativos, un hecho aparentalmente ilícito puede pasar a la categoría de hecho esencialmente lícito.”²¹⁵

Por su parte, Claus Roxin considera a estos elementos típicos como “imágenes incompletas de la antijuridicidad, irradiación de una antijuridicidad específica o matriz concreta de antijuridicidad”.²¹⁶

Ciertamente, como bien refiere Francisco Muñoz Conde, con el descubrimiento de estos elementos típicos “la distinción entre tipicidad y antijuridicidad se relativizó”, volviendo “la relación entre tipo y antijuridicidad (...) más estrecha”.²¹⁷

En nuestra legislación, un ejemplo representativo se encuentra en el delito de “**enriquecimiento ilícito**” contemplado en el Código Penal Federal que a la letra dispone:

²¹⁵ *Ibidem*, p. 86.

²¹⁶ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 65.

²¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, p. 260.

“Artículo 224.- Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.”²¹⁸

Es precisamente esa adjetivación de **“ilicitud”** requerida en el tipo, es la que le otorga una connotación especialmente antijurídica al hecho, a tal grado que sólo si se cumple este requisito, puede ser punible. De esta manera, si licitud del acto se refiere al *“aumento legítimo del patrimonio”* o la *“legítima procedencia”* de los bienes del servidor público conforme a la **Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos**, esa especial valoración jurídica que debe realizar el Órgano Jurisdiccional, se constriñe a un **“juicio de ilicitud cerrado”** en materia **administrativa**.

Otro ejemplo representativo se encuentra en el delito de **“operaciones con recursos de procedencia ilícita”** (popularmente conocido como *“lavado de dinero”*) contemplado también en el Código Penal Federal cuya redacción legislativa es la siguiente:

*“Artículo 400 Bis.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una **actividad ilícita**, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.”²¹⁹*

Aquí, la **“ilicitud de la actividad”** puede referirse a cualquier rama del Derecho (civil, laboral, mercantil, etc.), siendo un **“juicio de ilicitud abierto”**.

²¹⁸ Consultado en la página del Congreso de la Unión en fecha 11 de junio de 2014 a las 9:30 hrs. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_030614.pdf

²¹⁹ Consultado en la página del Congreso de la Unión en fecha 11 de junio de 2014 a las 9:45 hrs. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_030614.pdf

1.4.Relevancia práctica de su alcance

Debido a la abundancia de estos elementos dentro de la estructura de los tipos penales, su relevancia en el campo jurisdiccional ha cobrado vida por tres situaciones a saber:

- Confusión interpretativa: Motivada principalmente por la falta de apreciación uniforme de estos elementos dentro de la estructura de ciertos tipos penales; ello, toda vez que muchas veces suelen presentarse como elementos que ordinariamente son considerados como de tipo “objetivo”, pero que, sin embargo, requieren de un juicio de valor para poder apreciar su contenido. Aquí se encuentran, por ejemplo, el **resultado típico** (*prive de la vida, dañe o destruya un bien mueble, altere un documento*), el **verbo rector del tipo** (*vejar, insultar, traficar, prescribir*), los **medios comisivos** (*engaño, violencia, furtividad*) o las **circunstancias de lugar, tiempo u ocasión**. Asimismo, la confusión deriva de la conjunción de dos o más elementos lingüísticos de la descripción típica, dando lugar a un solo concepto normativo; en estos casos, existe cierto grado de duda sobre su unidad o posible división para otorgarle un único significado como elemento normativo, por ejemplo, la expresión “*uso exclusivo del ejército*” contenida en el artículo 83 Ter. de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos o la diversa “*tiempo señalado en la Constitución*”, contenida en el artículo 225 del Código Penal Federal, para referirse al término del artículo 19 constitucional, en la hipótesis de indebida retención, tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos.
- Determinación de la legislación aplicable: En razón de que, ciertos elementos normativos son el factor concluyente para aplicar un cuerpo normativo en concreto y, consecuentemente, determinar la competencia del Órgano Jurisdiccional que conocerá del caso. Algunos ejemplos se encuentran en las calidades específicas de “*militares*” contenidas en el artículo 57 del Código de Justicia Militar; “*extranjero*” del artículo 159 de la Ley General de Migración, “*quejoso*” o “*tercero interesado*” del artículo 261

de la Ley de Amparo; así como los conceptos de “*cuotas compensatorias*”, “*importación*” y “*exportación*” que derivan del artículo 102 del Código Fiscal de la Federación.

c) Los elementos subjetivos específicos

1.1 Concepto

La denominación de estos elementos ha sido muy variable dentro de la doctrina; entre sus diversas denominaciones se encuentran las de “*elementos subjetivos del tipo*”, “*elementos subjetivos distintos del dolo*”, “*elementos subjetivos del injusto*” o “*elementos subjetivos de ilicitud*”. No obstante lo anterior, para efectos del presente trabajo, utilizaré la denominación de “*elementos subjetivos específicos del tipo*”, por estimarla con mayor exactitud terminológica.

Respecto a sus antecedentes históricos, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramirez realiza un apuntamiento que por su relevancia merece tenerse en cuenta. Dicho autor señala lo siguiente:

“Los componentes subjetivos el tipo surgieron a principios del siglo XX con las aportaciones de Hans Harold Fischer, quien reconoce el carácter objetivo de la antijuridicidad, pero descubre determinados momentos anímicos que pueden llegar a excluir el carácter antijurídico del suceso. En éste contexto, Fischer partiendo sobre bases propias del derecho privado, demostró que determinado hecho puede ser considerado como antijurídico o no, en atención al sentido o actitud interna del agente, pues la ley de manera eventual califica la intención o propósito que guían al agente a realizarlo.

Agrega dicho autor que a pesar de que no corresponde al derecho fungir como un ‘policía sobre los pensamientos’ es evidente que en múltiples manifestaciones del derecho positivo, la determinación del injusto depende de la concurrencia de ciertos aspectos internos y destaca la existencia de los elementos internos en la antijuridicidad.

En 1914 Hegler contribuye con el estudio de los componentes subjetivos y rescata la tesis de Fischer para aplicarla al derecho penal, para distinguir con mayor claridad los elementos subjetivos de la antijuridicidad de aquellos del tipo; de ahí que concluya que no todo elemento subjetivo pertenece a la culpabilidad y no todo elemento objetivo a la antijuridicidad (...)

El autor destaca en sus obras los delitos con estructura subjetiva y hace una clasificación de los tipos legales que los contienen; pero fue la obra de Max Ernest Mayer en 1915 quien sistematiza éstos y logra distinguir con claridad los aspectos subjetivos de la antijuridicidad, los cuales son reconocidos actualmente como elementos subjetivos del tipo (distintos del dolo). Mayer agrupa estos elementos en el ámbito de la antijuridicidad, es decir, que toda conducta típica debe estimarse presuncionalmente antijurídica, además de su función descriptiva de conductas antijurídicas.

Mayer señala que la tipicidad y la antijuridicidad son presupuestos de toda sanción, reconociendo que el primer elemento es indicio del segundo, pero sin llegar a confundirlos.”²²⁰

Años más tarde, Mezger²²¹ reconoció la influencia de estos elementos y los incluyó dentro del tipo, pues consideraba que si el tipo es antijuridicidad especial y ésta a su vez depende de características subjetivas, situadas en el alma del autor, corresponden al tipo como “*elementos subjetivos del injusto*”. De esta manera, el autor germano reconoce que la “*dirección que el autor da al resultado*” es lo que decide la antijuridicidad de la conducta humana, pues el legislador también puede basarse en la voluntad de éste último, cuestión que denomina como “*palabras finalistas del tipo*” y a las cuales adjudica un papel importante en su estructuración, considerándolos “*tendencias objetivamente estructuradas del derecho positivo*”.²²²

En nuestro país, el extinto jurista Fernando Castellanos Tena, estimaba que los elementos subjetivos del injusto, que se encuentran contenidos en diversas descripciones típicas, “constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue”, como aquellos que “aluden a los conceptos: ‘intencionalmente’, ‘a sabiendas’, ‘con el propósito’, etc.”²²³

Por su parte, para el Doctor Armando Urosa Ramírez estos elementos constituyen “tendencias o ultraintenciones con mayor carga anímica que presuponen al dolo (o) una particular dirección de la voluntad como criterio delimitador (del tipo).”²²⁴

²²⁰ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., 36 y 37.

²²¹ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op Cit.*, pp. 20 y 21.

²²² CFR. MEZGER, Edmundo. *Op. Cit.*, p. 137.

²²³ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. Cit.*, p. 177.

²²⁴ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., 57 y 58.

A su vez, el Magistrado Federal Doctor José Nieves Luna Castro considera a los elementos subjetivos del injusto como “casos excepcionales distintivos de aquellos ilícitos calificados como de tendencia interna trascendente”.²²⁵ Delitos en los cuales “la antijuridicidad de la conducta depende de la dirección de la voluntad del autor (factores subjetivos), que fueron denominados elementos subjetivos del injusto.”²²⁶

Para el erudito jurista Mariano Jiménez Huerta, estos elementos tienen una doble modalidad; en a la primera, se trata de una “*finalidad, dirección o sentido que debe imprimirse a la conducta*”, en la segunda, se refiere a “*un específico modo de ser o estado del coeficiente psicológico de la conducta*”, según se aprecia a continuación:

“Como quiera que el tipo tiene como fin delimitar y describir conductas antijurídicas, el legislador, al confeccionar los tipos penales, hace algunas veces, también por razones técnicas, una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia, para de esta manera dejar inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es solamente aquella que está presidida por dicha finalidad o estado, y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo. (...) Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia, en forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos, que, desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos el mismo.

La existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acaecer de la vida ofrece, pues, como hemos visto, en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas pende de la *tendencia interna trascendente* o del estado de conciencia del autor, y en otros casos, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal. Imperativos de técnica legislativa brindan fundamento a los elementos subjetivos que contienen los tipos penales, pues el método *objetivo* de descripción típica es insuficiente ante aquellas conductas cuya exclusiva significación penalística emerge de la tendencia interna o del estado de conciencia que yace en su autor. Ante la insuficiencia de un método

²²⁵ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 30.

²²⁶ *Ibidem*, p. 137.

estrictamente objetivo o neutro de descripción típica, empléase en estos casos un sistema diverso, en el que las circunstancias anímicas en que el sujeto actúa son tenidas en cuenta, expresa o tácitamente, por el legislador, para subrayar la exclusiva aplicación de la figura típica a los actos u omisiones de índole intencional.”²²⁷

Ciertamente, estas descripciones típicas son útiles para circunscribir determinadas proyecciones internas que califican la lesividad de la conducta, pero también, con tales cargas anímicas, el legislador **singulariza** la voluntad del agente infractor, pues al exigir en el tipo que la agresión al bien jurídico se realice bajo una “**malicia específica**”, de modo que no pueda hablarse de una conducta “**inintencionada**”, lo que ocurre estos elementos se convierten en una “**síntesis típica de la intención delictiva**”.

Por ejemplo, el detrimento patrimonial sufrido por el pasivo en los delitos de **fraude genérico** y **robo simple** se produce de forma siempre intencional: en el primer caso, “aprovechándose del error en que otro se hallare” y en el segundo, “con el *ánimus domini* sobre la cosa ajena”.

Asimismo, estos elementos cobran una especial importancia en la práctica, primordialmente, por las dos razones siguientes:

- Constituyen una fuente específica de variabilidad en la selección de determinadas figuras delictivas; por ejemplo, permiten distinguir entre un **homicidio “simple”** de uno “**en razón del parentesco**” o de un **delito contra la salud** en su modalidad de “**posesión de narcóticos**” de la posesión “**con finalidad de venta**”. Al respecto, debe decirse que, aún y cuando resulta del todo correcta la apreciación hecha, el problema de la existencia de estos elementos se centra sobre su incorporación al tipo como punto de diferenciación de las conductas típicas donde el grado afectación al bien jurídico sea de mayor o menor intensidad; tal es el caso del *homicidio simple* del *homicidio en razón del parentesco* o la distinción entre los *actos libidinosos* y la tentativa de *violación*, donde el propósito lascivo resulta diverso del deseo de cópula, mismo que de imponerse a la

²²⁷ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Op. Cit.*, pp. 87 y 88.

pasivo, generaría un mayor grado de afectación al bien jurídico consistente en la libertad psicosexual.

- Requieren de una exigencia probatoria relativamente mayor, en comparación a los elementos objetivos y normativos del tipo, pues la disquisición sobre la finalidad impresa a la conducta, debe lograrse a través de pruebas de cargo con mayor peso convictivo.

Por otro lado, la existencia de estos elementos es meramente contingente, en tanto sólo se requieren en aquellos tipos cuya carga subjetiva es imprescindible para delinear la conducta materia de reglamentación punitiva, una situación que no ocurre con demasiada frecuencia pero tampoco excepcionalmente.

1.2. Su diferenciación con el dolo

No obstante que estos elementos han tenido buena acogida en nuestro país, el aspecto que más controversia ha suscitado en la doctrina se refiere a su distinción con el dolo, una discusión de no poca importancia que permite considerarlos bien sea como un elemento autónomo del tipo o como un elemento (o forma) de la culpabilidad. De esta manera, las posturas se dividen en dos bandos; por un lado, están los que postulan que se trata de la inclusión del dolo a nivel del tipo (finalistas) y, por el otro, se encuentran quienes postulan que el dolo sigue perteneciendo fundamentalmente a la culpabilidad (neocausalistas). No obstante las opiniones hasta aquí vertidas, no todos los autores aceptan su existencia como elementos autónomos dentro del tipo.

Al respecto, desde mediados del siglo pasado, Mezger estimaba que esta discusión no era del calado suficiente para la doctrina penal, considerándola fútil a los efectos del estudio de la culpabilidad y concluyendo que el dolo sigue perteneciendo a la culpabilidad. Dicho autor se expresaba en los siguientes términos:

“La significación *práctica* de ésta discusión *sistemática* es limitada. Se le otorga a menudo una *importancia exagerada*. En efecto, la discusión es irrelevante a los fines de la teoría de la culpabilidad. Aun si se quisiera afirmar (en contra del criterio sustentado aquí), que el dolo pertenece fundamentalmente a la antijuridicidad, no quedaría resuelto

el punto relacionado con la significación del dolo en la teoría de la culpabilidad. Efectivamente, los juicios valorativos de la antijuridicidad y de la culpabilidad se encuentran uno al lado del otro en forma del todo *independiente*, y determinan *siempre por sí* la significación que, en los marcos correspondientes, tiene una situación de hecho. Sería un *sofisma* querer decir: dado que el dolo es, como conocimiento y voluntad del hecho, elemento integrante del injusto, no le puede corresponder significación alguna en el marco de la culpabilidad. Ya se ha demostrado en otro punto, de acuerdo con FRANK y en contra de HEGLER, que *la misma situación de hecho sirve a la vez* como punto de contacto entre el juicio del injusto y el de culpabilidad (...) De todos modos, la cuestión *más importante* a propósito de esta relación a saber, la referente a la ‘conciencia de la antijuridicidad’, atañe a la *culpabilidad*; en efecto, tampoco la teoría de la acción finalista pretende sostener que la antijuridicidad del hecho depende de una tal *conciencia*.”²²⁸

Por su parte, el Doctor Enrique Díaz Aranda considera que “aunque la mayoría de los partidarios del sistema neoclásico reconocieron la existencia de elementos subjetivos del tipo, no llegaron, en cambio, a reconocer la ubicación del dolo en el tipo, como lo haría y fundamentaría posteriormente el sistema final de acción. El argumento para no llegar hasta la ubicación del dolo en el tipo radicó en la consideración de que la existencia de elementos subjetivos en el tipo era excepcional.”²²⁹

Por otra parte, la Doctora Vera Olga Islas y Magallanes formula una objeción de peso al referir que “tanto italianos como alemanes incurren en el error de no contemplar la subjetividad en forma unitaria, sino fragmentariamente; lo cual es artificioso, porque la voluntad recogida por el legislador no es diferente de la que existe en la vida real, y ésta última nunca es una voluntad fraccionada. Por otra parte, si tanto el dolo genérico como el específico (doctrina italiana), o el dolo y los elementos subjetivos del tipo (doctrina alemana), aluden al contenido del tipo, resulta inexplicable la partición de los aspectos subjetivos en dos sectores.”²³⁰

²²⁸ MEZGER, Edmundo. *Op. Cit.*, p. 141.

²²⁹ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, 6ª. edición, Porrúa, México, Distrito Federal, 2007, p. 28.

²³⁰ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Editorial trillas, 2ª. Edición, México, 1991, pp. 43 y 44.

A su vez, en nuestra doctrina nacional el Doctor José Nieves Luna Castro, puntualiza las diferencias existentes entre el dolo y los elementos subjetivos del tipo de la siguiente manera:

- I) “En el dolo siempre se requiere un conocimiento sobre la ilicitud de la conducta, en tanto que a los elementos subjetivos en cuestión, el conocimiento no siempre tiene que ver con la antijuridicidad.
- II) De faltar un elemento subjetivo, la conducta resulta atípica, pero si el que falta es el dolo entonces será típica y antijurídica más no culpable.”²³¹

En primer término, se encuentra la opinión del Doctor Armando Urosa Ramírez, quien demuestra inclinación hacia la teoría finalista de la acción, justificándolo de este modo:

“Actualmente la doctrina se inclina por aceptar cada vez con mayor vehemencia el estudio de los elementos subjetivos y al dolo como parte de éstos, dentro del concepto cuerpo del delito y del tipo, pues ha ganado terreno la teoría de la acción final y en consecuencia la ubicación del dolo en el tipo, lo que representa un considerable avance metodológico, ya que al examinar el ánimo o finalidad desde dicha categoría del ilícito, se puede clasificar o precisar con mayor exactitud la hipótesis delictiva en estudio, el tipo penal que corresponda en los casos de tentativa; resolver satisfactoriamente en combinación con la teoría del “dominio del hecho” la problemática del concurso de personas o con mayor coherencia los casos de error, entre otros aspectos; lo que se traduce en una mayor seguridad jurídica.

En efecto, sólo un juicio de tipicidad ubicando al dolo dentro de la acción típica y no en la culpabilidad al estilo del causalismo, puede conforme a la preferencia lógica de los elementos del delito, distinguir entre el delito de robo y el robo de uso; entre abuso sexual y tentativa de violación; entre el rapto y el secuestro; entre lesiones y tentativa de homicidio; entre fraude e incumplimiento de contrato; entre un acto tentado o impune, etcétera.”²³²

Personalmente, estimo que si bien estos elementos presuponen la existencia del dolo, no implican un juicio de reproche sino de tipicidad, es decir, no se trata de establecer una gradiente de reprochabilidad del injusto al sujeto, sino de decidir si la conducta es típica o no, es decir, si se ha violado o no el mandato prohibitivo;

²³¹ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op Cit.*, pp. 22.

²³² UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *Consideraciones críticas en torno al cuerpo del delito en materia federal*, *Op. Cit.*, p. 297.

por ello, en este punto del análisis delictivo resulta irrelevante cualquier clasificación del dolo (directo o eventual, genérico o específico, de primer o segundo grado, etc.), pues si opera la atipicidad de la conducta, cualquier juicio valorativo sobre el reproche de ésta, carente de sentido; de ahí que no puedan considerarse “referencias redundantes” del dolo.

Sumado a lo anterior, considero que la naturaleza de estos elementos comprende una “carga anímica cuyo objeto se concentra una especial forma de ataque al bien jurídico” y no tanto así sobre el conocimiento de la antijuridicidad o de los elementos del tipo penal, pues resulta claro que lo primero ocurre siempre al desplegar la conducta, mientras que lo segundo puede presentarse como objeto secundario en la mente del sujeto infractor.

Por ejemplo; tomar una cosa mueble sin el consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, sin devolverla nunca, expresa el *ánimo de disminuir el patrimonio del sujeto pasivo* (robo). La renuncia a su empleo por parte del deudor alimentario, encontrándose en el trámite de un juicio por alimentos, expresa *la finalidad de dejar desamparado a su acreedor alimentario* (fraude específico). El acopio de armas y droga por tres personas que se reúnen tres veces a la semana en el mismo inmueble, con una clara distribución de funciones entre ellos, expresa *la finalidad de poner en riesgo la seguridad de las personas* (delincuencia organizada).

1.3. Su importancia en la legislación federal

De particular importancia resultan estos elementos en el ámbito federal, pues debido a una deficiente redacción legislativa, se produjo una terrible confusión en la jurisdicción federal, llegando al absurdo de permitir el enjuiciamiento de una persona por la comisión de una conducta atípica.

A diferencia de lo que ocurría con la legislación local, que delimitaba el concepto del cuerpo del delito en un solo artículo, el legislador federal dividió su significación dentro de los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en lo que interesa, quedaron bajo la siguiente redacción final:

“Artículo 134.- 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 expresará, 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 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 analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpaado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

(...)

Artículo 168.- (...)

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

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad. (...).²³³

A su vez, la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal establece como excluyente del delito que *“se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate”*.

A primera vista, pareciera que los elementos subjetivos específicos no son requeridos para configurar el cuerpo del delito en el fuero federal; sin embargo, el diverso numeral 134 establece que el Ministerio Público **“expresará”** dichos elementos al ejercer la acción penal, pero **“sin necesidad de acreditarlos**

²³³ Consultado en la página del congreso de la Unión en fecha 11 de junio de 2014 a las 11:15 hrs. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>

plenamente”, pues la falta de éstos deberán ser analizados por el Juez después de que se haya dictado el auto de término constitucional; lo anterior, **“sin perjuicio del derecho del inculgado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo”**.

Esta falta de claridad y de técnica legislativa llevaron, indiscutiblemente, a un estado de incertidumbre jurídica; sin embargo, aunque el problema debe resolverse mediante la hermenéutica jurídica, la postura resultante seguirá siendo igualmente compleja, pues dependiendo el criterio que tome la autoridad, sea represivo y hasta corruptible o justo y garantista, la solución al problema cobrará fuerza. Así, en un primer momento se tiene que la carga procesal de **“expresar”** los elementos subjetivos específicos puede entenderse en dos sentidos distintos:

- I. La más estricta interpretación gramatical (que ciertamente también es la más “simplista”) obliga a considerarlo como sinónimo de una **“mención”**, **“alusión”** o **“referencia”**, es decir, sin existir la necesidad de acreditar, si quiera indiciariamente, los elementos subjetivos específicos del tipo. Esta interpretación choca, evidentemente, con el derecho que se otorga al imputado para comprobar la inexistencia de dichos elementos ante el Representante Social. La pregunta obvia es ¿para qué? Si el Fiscal sólo está obligado a **“expresarlos”** y el Juez deberá analizarlos hasta la sentencia definitiva. Claramente, este último señalamiento resulta no sólo absurdo sino incluso contradictorio y la única forma de otorgarle un significado es sosteniendo la franca intención autoritaria del legislador, aligerando injustificadamente uno de los requisitos del proceso penal, que de esta manera se convertiría en un instrumento represivo, más no en un derecho fundamental (audiencia previa).
- II. Una interpretación garantista, permite exigir un grado de comprobación **semiplena**; la razón primordial de ello, subyace en una doble necesidad. Por un lado, la posibilidad de distinguir entre dos o más delitos con estructura típica cualitativamente similar y, por el otro, la atipicidad misma de la conducta, careciendo de toda relevancia punitiva. Éstas son dos

razones de peso que no pueden ignorar los Órganos Jurisdiccionales, pues ello equivaldría a facultarlos para mutilar a su antojo el tipo penal y, consecuentemente, enjuiciar conductas permitidas, legitimando así, una actuación arbitraria. De tal modo, al dejarlos de comprender en el despliegue procesal-penal del Estado, se produciría un claro estado de indefensión para el gobernado y se exaltaría una visible tendencia represiva del Estado. Aunado a ello, el tipo perdería su característica de “generalidad” que corresponde a toda ley, sumado a un estado grave de incongruencia sistémica donde una ley diversa dispone la aplicabilidad parcial de otra.

Ciertamente, el estado de irresolución del legislador reflejado en el artículo 134 del Código Federal, debió resolverse antes de culminar en una deficiencia de redacción tan grave; no obstante, al no haberse hecho de tal modo, únicamente se generó una gran polémica que culminó en la división de criterios dentro del foro. De esta manera, la primera de tales interpretaciones tuvo poco reconocimiento en la *praxis* jurisdiccional, mientras la segunda de ellas, que otorga un mayor grado de certidumbre jurídica, tuvo una gran aceptación; quizás, porque así era de esperarse.

Dentro del primer grupo, se encuentra la opinión del Magistrado Federal Doctor Alejandro Sosa Ortíz, para quien los elementos subjetivos específicos no deben exigirse para conformar el cuerpo del delito, al considerar que “existe disposición explícita” en el artículo 134 del Código federal. Dicho autor se expresa en los siguientes términos:

“Salta a la vista que este precepto es sumamente vago, confuso y contradictorio con el diverso 168.

La contradicción reside en que mientras el *cuerpo del delito* no requiere la acreditación de los elementos subjetivos específicos, a nivel de *responsabilidad* el numeral 168 exige pruebas que, en su caso, revelen en *grado probable* la comisión dolosa del ilícito; y si “obra dolosamente el que conociendo *los elementos del tipo penal* o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, tendremos que concluir que dentro de esos elementos habrá que considerar, de contenerlos la descripción legal de que se trate, a los elementos subjetivos específicos (...) Por la

disposición explícita de que sólo se expresarán *los elementos subjetivos específicos*, contenidos en el citado artículo 134, así como el reseñado proceso legislativo, nos inclinamos por la interpretación que no exige de manera alguna su actualización para conformar el *cuerpo del delito*.²³⁴

Posteriormente agrega, en referencia al mismo artículo 134, que no es necesario, “ni si quiera en un grado inferior”, la acreditación de dichos elementos típicos, por considerar que si la ley no requiere acreditación “plena”, no existe conflicto entre “no acreditar plenamente” y “no acreditar lisa y llanamente”, por lo que descarta la posibilidad de una acreditación “indiciaria”, situación que no interfiere o impide para el ejercicio de la acción penal, a diferencia de lo que ocurre cuando se acredita “plenamente una diversa intención, motivo o tendencia a la exigida por el tipo, penal que sí constituye un impedimento”, conclusión a la que llega de al interpretar la frase “sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el Ministerio Público la inexistencia de los elementos subjetivos del tipo”.²³⁵

Partiendo de lo anterior, el citado autor llega a una conclusión bastante extraña al considerar que “si el texto de los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, autoriza a tener por acreditado el *cuerpo del delito* con la demostración únicamente de los elementos objetivos-externos y, en su caso, normativos del tipo, y la doctrina mayoritaria opina que en los tipos penales con elementos subjetivos específicos no es comprensible la realización del delito en cuestión sin su actualización (...) tales preceptos *presumen al menos, para tener por acreditado el cuerpo del delito, la actualización de los elementos subjetivos específicos del referido tipo penal, a partir de la acreditación de los diversos objetivo-externos y en su caso normativos*. Presunción que desde luego es *juris tantum*, pero no por ello deja de ser violatoria del principio de presunción de inocencia; sin embargo, por ser derecho positivo debe ser observada mientras no se reforme la ley.”²³⁶

²³⁴ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, Op. Cit., pp. 18 a 21.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

²³⁶ *Ibidem*, p. 26.

Ciertamente, sería erróneo considerar que pueden presumirse los elementos subjetivos específicos, y más aún, en calidad de *iuris tantum*, a partir de los diversos elementos objetivos y normativos del tipo; no sólo porque las pruebas para acreditar éstos últimos puedan no tener relación directa con los primeros, sino también porque resulta sofismático creer que una subjetividad *explícitamente* exigida en el tipo, pueda considerarse, al mismo tiempo, *implícita* a través de los otros dos elementos, es decir, se estaría rompiendo con el principio lógico de no contradicción en su versión doxástica, al creer que dichos elementos existen, pero al mismo tiempo se presume su existencia; ello, amén a que “si la ley, sea en forma implícita o explícita requiere de un determinado elemento subjetivo, su presunción vulneraría, tanto como la presunción de cualquier otro elemento del tipo, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en la medida en la que otorgaría a la acusación una ventaja respecto de la prueba que afectaría también a la igualdad de las partes en el proceso.”²³⁷

Por otra parte, agrega que cuando el artículo 134 se refiere al verbo “expresar”, no debe atribuírsele un alcance diverso como sería el de “acreditar”, aun cuando no sea una acreditación plena, pues considera factible que se colme dicho alcance con precisar si el delito de que se trata, contiene o no, uno o más elementos subjetivos específicos y, en su caso, citarlos, situación diversa a la “acreditar”, donde se requiere “evidenciar con pruebas, aunque fuere de manera indiciaria”, añadiendo que “si el legislador así lo hubiere querido, así lo habría indicado, tal y como lo hizo con los elementos objetivos y normativos”. En tal sentido, concluye el autor que “*la excluyente del delito por falta de elementos subjetivos*, se refiere sólo al supuesto de ausencia de prueba que demuestre esa especial finalidad típica del autor, empero no cuando obre prueba que evidencie que ese propósito fue diverso, y por ende la inexistencia de aquella.”²³⁸

En oposición al criterio anterior, se encuentra la opinión del jurista José Antonio Becerril González, quien considera que “el hecho de que en éste párrafo (del

²³⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 241.

²³⁸ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, Op. Cit., pp. 29 y 30.

artículo 134) se diga que no deberá acreditarse plenamente la existencia de los elementos subjetivos, no implica que no deban demostrarse en grado de probabilidad, porque (...) el cuerpo del delito debe acreditarse con ese grado de certeza”.²³⁹

Además, estima que con base en el principio de legalidad previsto en el artículo 16 de la Constitución Federal (se refiere a la garantía de debida fundamentación y motivación del acto autoritario):

“(...) si el Ministerio Público al consignar expresó los elementos subjetivos exigidos en el tipo penal, ello se deberá a que pretende se aplique al caso concreto un precepto de derecho penal sustantivo que exige esos elementos. Ese señalamiento y su pretensión le impondrán al juez federal al momento de resolver si libra o no libra la orden de captura, el deber de citar el precepto relativo; sólo así cumplirá con su deber de fundar el acto de autoridad. A continuación el propio Juzgador deberá explicar razonadamente los motivos por los que considera que ese elemento hipotético se actualiza en el caso concreto. De no hacerlo estaría incumpliendo con su deber de motivar su acto. De esta forma el principio de legalidad constitucionalmente complementa los requisitos exigidos en el artículo 168 del CFPP para tener por comprobado el cuerpo del delito”.²⁴⁰

Por lo que hace al análisis de dichos elementos posterior al dictado el auto de formal prisión, el autor en consulta considera que no implica que éstos no deban analizarse al librarse la orden de aprehensión, sino que el juzgador no podrá dejar de resolver cualquier planteamiento que se haga por el inculpado en ese sentido en ejercicio de su derecho de defensa adecuada y agrega que la falta de actualización de éstos elementos, traería como consecuencia la causal de atipicidad prevista en el artículo 15 fracción II del CPF, que puede ser resuelta de oficio por el juez al momento de dictarse la orden de aprehensión.

A su vez, el Doctor Javier Jiménez Martínez, estima que “de acuerdo con los artículos 168 y 134 del C.F.P.P.”, el cuerpo del delito se compone con los elementos “objetivos o externos”, “normativos” y “subjetivos específicos.”²⁴¹

²³⁹ BECERRIL GONZÁLEZ, José Antonio. *Op. Cit.*, p. 90.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 91.

²⁴¹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Op. Cit.*, pp. 322 a 324.

Especial mérito tiene la opinión del Magistrado Federal José Nieves Luna Castro para quien, la fallida redacción legal atenta contra el principio de legalidad, mermando la función garantizadora del tipo y la seguridad jurídica y dejando de cumplir con lo que llama (muy atinadamente) “*exigencia de tipicidad implícita básica*” del artículo 16 constitucional y que, indudablemente, cobra relación con el principio de “última intervención del Derecho Penal”. Dicho autor se expresa en los siguientes términos:

“El problema pues, radica en que ante la incapacidad demostrada de lograr una mejor adecuación de los sistemas procesales a los fines garantistas del tipo (al menos de manera parcial y congruente con el carácter provisional de algunas de las etapas del procedimiento), el legislador mexicano lamentablemente parece optar por el derrotismo y ‘enmendar’ una trayectoria que perseguía fines positivos.

Así, la última reforma adolece también, en el extremo opuesto, de defectos, pues al retomar el vetusto concepto de cuerpo del delito, e inhibir su análisis, además con las limitaciones incomprensibles del artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, en realidad se cae en el grave error de pretender desconocer la identidad misma del delito, se atenta por tanto, contra el principio mismo de legalidad, reduciendo notablemente la función garantizadora del tipo penal y la seguridad jurídica.

El aludido principio de legalidad traducible en el apotegma “*nullum crimen sine lege*” se afecta seriamente cuando se pretende prohibir por completo al órgano judicial, el estudio de los posibles elementos del tipo de naturaleza subjetiva, al momento de resolver un auto de término constitucional, lo que implicaría un desconocimiento de los elementos subjetivos del injusto.

En consecuencia, el contenido del aludido artículo 134 del ordenamiento procesal federal, representa un atentado a la citada función garantista del tipo, sobre todo tratándose de aquellos delitos considerados de tendencia interna trascendente, en los que, en la mayoría de los casos, es únicamente el factor o elemento anímico o volitivo el capaz de evidenciar que se trata de un hecho realmente sancionable penalmente, diferenciándolo así de actos cotidianos probablemente irrelevantes para el derecho punitivo.

De suerte tal, que se dejaría de cumplir también, con lo que nosotros definimos como la ***exigencia implícita de tipicidad básica, exigida siempre por el artículo 16 de nuestra Constitución***, al referir que la orden judicial de aprehensión contiene como presupuesto la certeza de

que el hecho realmente merece pena, o sea, que no se trata de cualquier acto susceptible de producirse en el ámbito de la vida social, sino uno que realmente es de aquellos que penalmente se reprochan, esto es, conforme al principio de intervención “última” o necesaria del derecho penal.

Seguir utilizando el concepto de “cuerpo del delito” es desacertado; usarlo asignándole contenidos más allá de lo corpóreo o material es erróneo por la desnaturalización del concepto que ello implica, pero pretender justificar el dictado de órdenes de captura y de formal prisión ignorando, minimizando o despreciando la necesidad de atender a elementos de valoración y de carácter subjetivo, no sólo es incorrecto sino autoritario y atentatorio del más elemental principio de legalidad penal y seguridad jurídica.

Una cosa es exigir la demostración definitiva y plena de esa clase de elementos del tipo en determinado momento procesal de índole provisional, y otra muy distinta el pretender desconocer su existencia y la incontrovertible necesidad y conveniencia de analizar al menos su constatación probable a título de deducción razonable.”²⁴²

Por su parte, el erudito iuspenalista Gerardo Armando Urosa Ramírez, al realizar un riguroso análisis del citado artículo 134, asesta contundentes críticas y formula objeciones de gran calado sobre el craso error cometido por el legislador federal, tales como la falta de claridad en la redacción empleada, que a su vez conlleva a una falta de interpretación uniforme, así como la exagerada represión punitiva por la falta de prueba de los elementos subjetivos específicos o bien por la atipicidad de la conducta enjuiciada, la incongruencia sistémica producida con el Código Penal Federal e incluso con otras dos disposiciones del mismo Código Procesal y la reiteración de los motivos de reforma previos.²⁴³

Ahora bien, uno de los lugares donde la atrofia legislativa genera mayor riesgo, es aquellos delitos que, para su configuración, requieren de una **doble finalidad típica**; por ejemplo, el delito de **tráfico de indocumentados** previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración, que en sus fracciones primera y tercera exigen como requisitos un “objeto” y un “propósito”, cuya diversa denominación típica tiene el mismo significado, una intención concreto del agente infractor:

²⁴² LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, pp. 171 y 172.

²⁴³ CFR. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *Consideraciones críticas... Op. Cit.*, pps. 313 a 321.

“Artículo 159. Se impondrá pena (...), a quien:

I. Con propósito de tráfico lleve a una o más personas a internarse en otro país sin la documentación correspondiente, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro;

II. (...)

III. Albergue o transporte por el territorio nacional, con el objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria.

Para efectos de la actualización del delito previsto en este artículo, será necesario que quede demostrada la intención del sujeto activo de obtener un beneficio económico en dinero o en especie, cierto, actual o inminente.

No se impondrá pena a las personas de reconocida solvencia moral, que por razones estrictamente humanitarias y sin buscar beneficio alguno, presten ayuda a la persona que se ha internado en el país de manera irregular, aun cuando reciban donativos o recursos para la continuación de su labor humanitaria.”²⁴⁴

Aclarando que anteriormente este delito se encontraba previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población, puede verse la interpretación de dicha subjetividad típica en la siguiente tesis aislada:

“TRÁFICO, PROPÓSITO DE. CONNOTACIÓN DE ESE ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO PREVISTO POR EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. El elemento típico subjetivo "propósito de tráfico" a que alude el párrafo primero del artículo 138 de la Ley General de Población, es la intención que tiene el sujeto de explotar la condición humana y económica del indocumentado, sometiéndose a situaciones indignantes al llevarlo por sí o por interpósita persona a través del territorio nacional, a fin de internarlo ilegalmente a otro país; explotación económica que se concibe bajo una exigencia numérica de previo o concomitante pago, que implica la realización de tal actividad ilícita, razón por la cual es inteligible el reclamo generalizado de la sociedad para que se castigue con mayor severidad a aquellas personas que cometen el delito de tráfico de indocumentados; por tanto, para perfilar la connotación típica del elemento "propósito de tráfico", en su raíz subjetiva se amerita el estudio analítico de todas

²⁴⁴ Consultado en la página de la Cámara de Diputados en fecha 11 de junio de 2014 a las 12:30 hrs. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra.pdf>

aquellas circunstancias que revelen el proceder finalista de los activos, según la dinámica de los hechos."²⁴⁵

¿Cómo se explicaría la existencia de este delito sin comprender los aludidos elementos subjetivos específicos? Resultaría inocente, por lo menos, pensar que sólo a través de los diversos elementos objetivos (llevar, personas, internarse, albergar, transportar) y normativos (país, documentación, territorio nacional, extranjeros), podría captarse la verdadera esencia de la prohibición legal.

Tan importantes resultan dichos elementos al momento de estructurar el delito, que sin su existencia, se llegaría al absurdo de sancionar a aquellas personas que, administrando Albergues Temporales, otorgan techo y alimento a un sector tan vulnerable como son los extranjeros indocumentados y que, en su riesgosa travesía migratoria, deciden pernoctar una noche o más antes de continuar por su propia cuenta. Queda claro que ninguna conducta tal ese sentido podría lesionar los intereses de la sociedad, tales como la dignidad humana y la seguridad de las personas, muy por el contrario, gracias a esa protección humanitaria y extragubernamental proporcionada por los particulares, no sólo se vuelve una conducta legítima sino incluso digna de reconocimiento social por la asistencia tan loable.

Como es de apreciarse, dicho artículo recoge, indudablemente, parte esencial de los principios contenidos en el artículo primero constitucional, que tutela los derechos humanos de todas las personas que se encuentren dentro del territorio nacional y que sanciona enérgicamente cualquier exceso cometido en perjuicio de un sector tan vulnerable.

Con semejante contradicción, los Tribunales Federales tuvieron que contener la desbordante represión derivada del artículo 134 y exigieron como requisito para el dictado de las órdenes de aprehensión y de los autos de formal prisión, la acreditación indiciaria o probable de los elementos subjetivos específicos del tipo. En este punto, la interpretación jurídica tuvo un papel protagónico, sin embargo, aunque la óptica garantista de dichos criterios fue laudable, algunos de los

²⁴⁵ [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Noviembre de 2003; Pág. 1031. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Amparo directo 117/2003. 11 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Eduardo Facundo Gaona. Secretaria: María Elena Recio Ruiz.

razonamientos no fueron del todo convincentes o, al menos, no cuentan con razones contundentes para justificar su postura.

En primer lugar, puede encontrarse la tesis sustentada por el Magistrado Federal Doctor Ricardo Ojeda Bohórquez, entonces adscrito al Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, quien al resolver el amparo en revisión 837/2006, relativo al análisis del delito de **uso de documento falso** previsto en el artículo 246 fracción VII del Código Penal Federal, consideró que el elemento típico subjetivo “a sabiendas” debía acreditarse “de manera probable” al dictar el auto de formal prisión; ello como resultado de equiparar el significado de “expresar aunque no sea en forma plena” con el diverso de “acreditar por lo menos de manera probable” dichos elementos, según se aprecia en la tesis aislada que a continuación se cita:

“USO DE DOCUMENTO FALSO. SE DEBE ACREDITAR DE MANERA PROBABLE EL ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO “A SABIENDAS” EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN. *El artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que cuando en la averiguación previa se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el Ministerio Público ejercerá acción penal ante los tribunales y, además, sin necesidad de hacerlo plenamente, expresará la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos en su caso requeridos, así como las demás circunstancias que la ley prevea; por tanto, si la ley obliga a la representación social a demostrar, aunque no sea en forma plena, los elementos subjetivos específicos, es inconcuso que el Juez de la causa al emitir el auto de formal prisión por el delito de uso de documento falso, previsto y sancionado en los artículos 243 y 246, fracción VII, del Código Penal Federal, debe acreditar por lo menos de manera probable, el diverso elemento “a sabiendas”, ya que éste no constituye un elemento típico de los que conforman el cuerpo del delito, el cual se debe probar plenamente y se integra únicamente por los elementos objetivos, materiales o externos y, en su caso, los normativos, conforme al artículo 168 del citado ordenamiento procesal.”²⁴⁶*

Por su parte, la Magistrada Federal Doctora Emma Meza Fonseca, entonces adscrita al Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 1956/2000, al interpretar sistemáticamente los

²⁴⁶ Época: Novena Época Registro: 174320 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIV, Agosto de 2006 Materia(s): Penal Tesis: I.7o.P.83 P Página: 2355.

artículos 134 y 168 del Código adjetivo, así como el diverso 15 fracción II del Código sustantivo, concluyó que los elementos subjetivos específicos forman parte del cuerpo del delito *sólo cuando se encuentren en la descripción típica*, los cuales no deben comprobarse en grado pleno, porque en su caso, la *inacreditación de dichos elementos será motivo de análisis posterior al dictado del auto de formal prisión*. Lo anterior puede apreciarse en la tesis aislada siguiente:

“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 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.”²⁴⁷

En un tenor diverso y bajo una doble justificación de fondo, el Magistrado Federal Horacio Armando Hernández Orozco, adscrito al Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 475/2002 consideró que al dictar una orden de aprehensión deben de analizarse los elementos subjetivos específicos del tipo, pues según su criterio, con base en el artículo 134 del Código adjetivo y a fin de *otorgar mayor seguridad jurídica al inculpado* (un criterio valiente y plausible), sin importar si éstos estuvieren plenamente probados después de haberse dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pues sólo así *el inculpado podría formular una adecuada*

²⁴⁷ Época: Novena Época Registro: 189744 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIII, Mayo de 2001 Materia(s): Penal Tesis: I.6o.P.20 P Página: 1117.

defensa dentro del juicio (un complemento discutible pero loable), según se aprecia en la tesis aislada de rubro y contenido siguientes:

“ORDEN DE APREHENSIÓN. PARA SU DICTADO DEBEN ANALIZARSE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS CUANDO LA DESCRIPCIÓN TÍPICA LOS CONTEMPLE EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL. Uno de los aspectos torales en que se basa el proceso penal es la comprobación del cuerpo del delito, figura jurídica de carácter procesal que permite al juzgador tener la certeza de la comisión de un hecho descrito en un tipo penal, entendiéndose este último como la definición formal del delito; y conforme a lo establecido en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cuerpo del delito se integra por el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos en caso de que la descripción típica lo requiera; además, de acuerdo con lo ordenado en el párrafo primero del numeral 134 del citado ordenamiento legal, el Ministerio Público, al ejercer la acción penal, expresará, entre otros aspectos, sin necesidad de acreditarlos plenamente, los elementos subjetivos específicos (distintos del dolo) que también conformen la figura típica; por lo que en atención a este último precepto legal, al dictarse una orden de aprehensión, para mayor seguridad jurídica del indiciado, es necesario que se analicen los elementos subjetivos específicos cuando la descripción legal los contemple, con independencia de que el Juez de la causa los estime plenamente comprobados o no, después de que se haya pronunciado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según el caso, a fin de que el enjuiciado pueda formular una adecuada defensa durante la secuela procedimental.”²⁴⁸

En una interpretación bastante extraña por parte del Magistrado Federal Alfredo Murguía Cámara, entonces adscrito al Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 787/2004, consideró que al exigirse constitucionalmente que la responsabilidad esté acreditada *de manera probada* (o mejor dicho, en “*grado probable*”), de igual modo deberá estarlo el *aspecto subjetivo del delito* (entiéndanse “*elementos subjetivos específicos del tipo*”); lo anterior según se aprecia en la tesis aislada a continuación citada:

²⁴⁸ Época: Novena Época Registro: 185698 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, Octubre de 2002 Materia(s): Penal Tesis: I.5o.P.23 P Página: 1414.

“ORDEN DE APREHENSIÓN O AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EN MATERIA FEDERAL ES INNECESARIA LA PRUEBA PLENA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO. De la interpretación sistemática del contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se advierte que es al agente del Ministerio Público a quien le corresponde acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal, mientras que a la autoridad judicial corresponde examinar si ambos requisitos están acreditados en autos, en el entendido de que por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito; de donde se colige que para el dictado de una orden de aprehensión o auto de formal prisión, para acreditar el cuerpo del delito sólo se requiere la demostración plena de los elementos objetivos, materiales o externos y, en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos; sin embargo, al ser imperativo constitucional el que la responsabilidad penal se encuentra acreditada de manera probada, en ese mismo grado deberá acreditarse el aspecto subjetivo del delito.”²⁴⁹

Para el extinto Magistrado Federal Manuel Baráibar Constantino, hasta entonces adscrito al Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 1728/2003, bajo un criterio ilegal e incongruente pero plausible, sostuvo que la descripción típica “*dolo*” debe ser analizada por el Juez de los autos, antes de analizar la probable responsabilidad, en términos de lo dispuesto por el artículo 168 del Código adjetivo. Lo anterior puede apreciarse en la tesis aislada de rubro y texto siguientes:

“DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 223, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. EL ELEMENTO SUBJETIVO “DOLO” FORMA PARTE DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA RESPECTO DEL CUAL EL JUEZ DEL CONOCIMIENTO DEBE PRONUNCIARSE, PREVIO AL ESTUDIO DE LA PROBABLE RESPONSABILIDAD. De conformidad con el artículo 168, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales, forman parte del cuerpo del delito los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale precisamente como delito, así como los normativos, siempre y cuando la descripción típica lo requiera. En ese sentido, al disponer el artículo 223, fracción III, de la Ley de la Propiedad Industrial que: “Son delitos: ... III. Producir, almacenar, transportar, introducir al país, distribuir o vender, en forma dolosa y con

²⁴⁹ Época: Novena Época Registro: 180567 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XX, Septiembre de 2004 Materia(s): Penal Tesis: I.7o.P.56 P Página: 1823.

fin de especulación comercial, objetos que ostenten falsificaciones de marcas protegidas por esta ley...”, resulta inconcuso que el elemento subjetivo específico “dolo”, constituye uno de los elementos de la descripción típica establecida en el artículo citado, respecto del cual el Juez del conocimiento debe pronunciarse, previo al estudio de la probable responsabilidad.”²⁵⁰

Ahora bien, la interpretación más bondadosa del multicitado artículo 134, fue la realizada por el Ministro Juan N. Silva Meza, quien al resolver el amparo en revisión 2360/2003, con base en una interpretación literal y auténtica de dicho artículo, sostuvo que éste no permite que se postergue el estudio de los elementos subjetivos específicos hasta después del dictado del auto de procesamiento, sino que *las causas de exclusión del delito, por falta de éstos, serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado dicho auto*; asimismo agrega que, del proceso legislativo se advierte que el Ministerio Público al ejercer la acción penal y el Juez al de librar la orden de aprehensión, si advierten la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica, en términos de la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, tienen la obligación de analizar los datos que acrediten, aunque no sea de forma plena, los aludidos elementos subjetivos, pues dicho artículo no faculta a las autoridades jurisdiccionales para dejar de analizar los aludidos elementos del tipo en cada una de las fases procedimentales. Lo anterior, según se aprecia de la tesis aislada siguiente:

“TIPO PENAL. SUS ELEMENTOS SUBJETIVOS, DE CONFORMIDAD CON EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 134 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, DEBEN SER ANALIZADOS CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN PENAL Y PARA EFECTOS DEL LIBRAMIENTO DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN (ADICIÓN PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE MAYO DE 1999). Si bien el precepto aludido establece que, no obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal y que, 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 inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público

²⁵⁰ Época: Novena Época Registro: 181576 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIX, Mayo de 2004 Materia(s): Penal Tesis: I.8o.P.14 P Página: 1766.

la inexistencia de los mencionados elementos, ello no significa que se postergue su estudio hasta después de dictarse el auto de procesamiento, sino que establece que serán las causas de exclusión del delito, por falta de dichos elementos, las que serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado el auto citado; además, del proceso legislativo que dio origen a la actual redacción del artículo 134 referido, se concluye que el hecho de que el Ministerio Público al ejercer la acción penal y el Juez al momento de librar la orden de aprehensión, adviertan la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, a que se refiere el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal, no los releva de la obligación de atender a los datos que acreditan, aun cuando no plenamente, los elementos subjetivos del tipo penal, puesto que de ninguna manera se está facultando a las autoridades que procuran e imparten justicia, para que dejen de analizar dichos elementos en cada una de esas fases procedimentales.”²⁵¹

Resulta evidente que las razones utilizadas para exigir la acreditación indiciaria de los elementos subjetivos específicos, como parte del cuerpo del delito, fueron muy dispares; sin embargo, debe reconocerse el mérito de nuestros juzgadores federales, al impedir el autoritarismo impuesto por el legislador federal.

B) Derecho Comparado

Toca el turno de analizar la regulación de este concepto en el ámbito internacional. Este pequeño esfuerzo de Derecho comparado tiene la intención de conocer cómo se regula la garantía de seguridad jurídica a que se refiere la presente obra; por ello, aclaro desde este momento que, aquellas cuestiones que implican un desarrollo extenso de temas relativos a la constitucionalidad (como es el caso del *habeas corpus*) y actos procesales del enjuiciamiento punitivo, sólo son mencionados a manera de referencia para permitir una mayor concisión en la exposición del tema. En todo caso, si se desea abundar sobre el tema, dejo a consideración del lector las obras citadas a continuación.

²⁵¹ Época: Novena Época Registro: 181416 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIX, Mayo de 2004 Materia(s): Penal Tesis: 1a. LVI/2004 Página: 517.

Dicho lo anterior, se procede al estudio comparado de la regulación constitucional, legal y jurisprudencial, así como su entendimiento en la doctrina española y argentina.

a) En el Derecho Español

1. Denominación del concepto

Si bien no existe un concepto procesal estricto como ocurre en nuestro país, en España se considera que para poder enjuiciar penalmente a una persona, la denuncia o querrela respectivas deben referirse a **“hechos con apariencia delictiva”** y, asimismo, deben existir **“indicios racionales de criminalidad”** que justifiquen aquéllos.

2. Régimen constitucional

La **Constitución Española** (de 1978),²⁵² a pesar de que no contempla un concepto procesal específico, tutela de forma amplia la libertad individual de los gobernados en el artículo 17, incardinado dentro del Título Primero, *“de los derechos y deberes fundamentales”*; Capítulo Segundo, *“derechos y libertades”*; Sección Primera, *“de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”*. Dicho artículo establece, además, los requisitos de la detención preventiva y del término para poner a disposición al detenido, según se aprecia a continuación:

“Artículo 17:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3. (...)

²⁵² Consultada en la página oficial del Congreso Español el 20 de julio de 2013 a las 14:36 hrs. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>

4. La ley regulará un procedimiento de «*habeas corpus*» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.”

Ahora bien, cabe precisar que, en términos de lo ordenado en el diverso artículo 120, 2 de la propia Constitución Española, el procedimiento criminal en aquel país debe seguirse en forma “*predominantemente oral*”, lo cual desarrolla ampliamente (y de forma un tanto tediosa e incluso casuística) la ley secundaria.

3. Régimen legal

La *Ley de Enjuiciamiento Criminal*²⁵³ (comúnmente abreviada como *LEcrim*), promulgada mediante decreto real de 14 de septiembre de 1882, establece la estructura del enjuiciamiento punitivo español. Aquí se contempla el procedimiento de “**instrucción preliminar**”, que es la base de la etapa del juicio oral.

En este país europeo, la forma de obtener los indicios criminales es a través de las llamadas “**diligencias sumariales**”, las cuales corren a cargo de un “**Juez instructor**”. Dentro de dichas diligencias, se encuentra específicamente regulada la relativa al “**cuerpo del delito**”, que de manera casuística y prolija acoge un criterio materialista, de manera muy similar al de nuestra histórica legislación federal.

Ahora bien, cuando el Juez instructor recibe una denuncia de **hechos que tienen apariencia delictiva**, debe admitirla y dictar un auto donde ordene la incoación y formación del sumario, con vista al Fiscal adscrito; junto con ello, deberá ordenar que se lleven a cabo “**los actos de investigación sumariales**”, cuya finalidad es “preparar” el juicio a través de las diligencias respectivas, las cuales solamente arrojarán resultados de carácter “provisional” (de ahí que se les considere “sumarias”), pues la actividad probatoria producida en el juicio oral es lo que realmente cobra relevancia para el dictado del fallo definitivo. Dentro de estas

²⁵³ Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, consultado el 20 de julio de 2013 a las 15:00 hrs. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>

diligencias instructorias se encuentran reguladas las relativas al “**cuerpo del delito**” (arts. 334 al 367 LEcrim).

Cabe señalar que este procedimiento sumarial o fase de instrucción se rige por el principio de oficio, pues el Juez asume iniciativa propia para incoar, desarrollar y terminar con la investigación; así, una vez que tiene noticia de la comisión de un hecho con apariencia delictiva, acuerda su iniciación y ordena la práctica de las diligencias de comprobación del cuerpo del delito y las relativas a la identificación del posible delincuente y sus circunstancias personales (arts. 299 a 303, 306 y ss. de LEcrim).

Las señaladas diligencias sumariales deben practicarse dentro de la “**fase de instrucción**”, donde el Juez ordena la integración del “**sumario**” (tratándose de *delitos graves y especiales*) o de las “**diligencias previas o preliminares**” (para el caso de *faltas*), según sea el caso. Si resultare del sumario algún “**indicio racional de criminalidad**” contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella la diligencias contenidas en la propia ley (art. 384 LEcrim). Posteriormente, se pasará a la etapa de “**juicio**” ante un “**Tribunal jurado**”, quien finalmente resolverá sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del imputado.

En este tenor, para el dictado del auto de procesamiento se requiere de **una descripción del hecho y una calificación jurídica del mismo**, pues es sólo así podrá hablarse legítimamente de la existencia “*hechos con apariencia delictiva*”, es decir, dicha calificación previa comprende la subsunción de hechos dentro de disposiciones de carácter sustantivo (entiéndase: el tipo penal respectivo).

La doctrina suele ocuparse del estudio de dichas diligencias bajo la denominación genérica de “**diligencias preprocesales**”, que sería el equivalente a la investigación ministerial en nuestro país. A pesar de ello, la LEcrim regula la fase de instrucción en diversos procedimientos: a) sumario (procedimiento común); b) diligencias previas (procedimientos abreviado); c) diligencias urgentes (procedimiento de juicios rápidos); y d) instrucción (procedimiento ante el jurado).

En todo caso, si el hecho materia de la imputación **“no es constitutivo de delito”** (art. 637, 2 LEcrim) o **“no existen indicios racionales de criminalidad”** (arts. 637, 1 y 783, 1 LEcrim), denominados también como **“indebida justificación de la perpetración del delito”** (art. 641 LEcrim), el juez instructor deberá decretar el **“sobreseimiento” (libre o provisional)** de la causa.

De tal modo, una vez que la etapa de investigación cumplió su finalidad, el juicio debe prepararse mediante la determinación del hecho punible y de las personas que en él hayan intervenido (arts. 299 y 789 LECrim) y, siempre que no exista ninguna causa de sobreseimiento, debe aperturarse el juicio oral.

4. Interpretación doctrinal

La doctrina española pone gran énfasis en esclarecer la naturaleza jurídica de las diligencias sumariales o de instrucción (que como se ha dicho, tienen como finalidad la averiguación de los hechos con apariencia delictiva y las personas responsables de los mismos), así como explicar la diferencia entre los: *a) actos de investigación* (también llamados “medios de investigación”, que introducen y fijan los hechos que serán materia del proceso y que consisten un intento por reproducir todo lo que sucedió, así como la forma en que sucedió, es decir, que tienden a descubrir qué fue lo que ocurrió el día de los hechos y son realizados por la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial; éstos sirven para realizar la acusación posterior al imputado); y *b) actos de prueba* (que pretenden lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia de los hechos investigados, tal y cual como lo afirma una de las partes –acusación o defensa–; éstos proceden sólo bajo determinadas circunstancias –por ejemplo, que no se pueda esperar a efectuarlas, sea porque es imposible realizarlas hasta la etapa del juicio oral o bien porque si se espera no surtiría los efectos previstos o desaparecería la fuente de prueba– y se refieren, principalmente, a las pruebas preconstituidas y las pruebas anticipadas), como actos de preparación del juicio oral (en el que deben respetarse, entre otros más, los principios de contradicción y

publicidad –que no rigen para la etapa instructoria–).²⁵⁴ Sin embargo, los autores dedican unas pocas líneas al estudio y precisión de la esencia del cuerpo del delito.

En este sentido, los juristas españoles José Antonio García Borrego y Tomás Fernández Villazala, señalan que “un **concepto amplio de cuerpo del delito** se extiende a **todos los elementos materiales relacionados con el delito que sirvan para probarlo**. No obstante, **en sentido restringido**, cuerpo del delito es el **conjunto de elementos materiales y manifestaciones externas producidos directamente por el delito en las personas o en las cosas objeto del mismo**” y agrega que a esto se refiere el artículo 335 de la LECrim cuando ordena al Juez instructor el ejercicio de su actividad propia. Además, distingue el cuerpo del delito de los “**los instrumentos**” empleados para la comisión del delito (armas, ganchos o cualquier cosa material que haya servido para producir el delito) y “**los efectos**” del delito (las cosas obtenidas como resultado del mismo).²⁵⁵

En una obra que destaca por la pulcritud con la fue escrita, en conjunto con diversos Magistrados, así como una abogada postulante, se advierte que en aquél país el cuerpo del delito alude, según la LECrim, “a todos los elementos materiales relacionados con el delitos que sirvan para probarlo”. Empero, lo sautores señalan que dicho procesal tan amplio debe tener una mayor concreción técnica y, en tal sentido, señalan que entre las diversas actuaciones que contempla bajo esta rúbrica dicha ley procesal, pueden distinguirse tres conceptos diferentes: *I*) el cuerpo del delito en sentido estricto (persona o cosa contra la cual iba dirigido el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos); *II*) los instrumentos para su ejecución (o “piezas de ejecución”, que son los medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito); y *III*) las piezas de convicción (objetos, huellas y vestigios que, no siendo cuerpo del delito ni instrumentos de

²⁵⁴ CFR. GARCÍA BORREGO, José Antonio y FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás. *Introducción al derecho procesal penal (especialmente dirigido a Policía Judicial y Criminólogos)*, Depalma S.L., y Ministerio del Interior, Madrid, España, 2007, pp. 172 a 179.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 181 y 182.

ejecución, tienen relación con él y pueden servir de prueba o indicio en la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho criminal).²⁵⁶

Cabe señalar que una vez concluida la instrucción y preparada la apertura del juicio oral, a partir de este momento las partes “tienen la oportunidad de formular sus pretensiones y resistencias a través de las genéricamente **denominadas calificaciones provisionales** (en el proceso común ordinario) **o escritos de acusación y defensa** (en el procedimiento abreviado). **De este modo se delimita a instancia de parte, aunque sea de una manera provisional, el objeto del proceso penal (*thema decidendi*)**”.²⁵⁷ Estas calificaciones provisionales deben versar sobre el hecho investigado cuyos caracteres revisten apariencia delictiva.

Uno de los más destacados procesalistas españoles, Armando Teresa Deu,²⁵⁸ sostiene que bajo la rúbrica de cuerpo del delito la ley regula una serie de diligencias, muy relacionadas con la inspección, “que se encaminan al conocimiento de si los hechos son constitutivos de delito, cómo y cuáles son los objetos utilizados en su comisión y las consecuencias que pueden derivarse.”

En tal sentido, partiendo de una interpretación del artículo 334 de la LECrim, afirma que el cuerpo del delito “se identifica con la persona o cosa objeto del delito” y lo considera con una naturaleza heterogénea, al constituir medio y objeto de investigación al mismo tiempo; “medio, porque a través de él puede el Juez averiguar importantes aspectos; objeto porque las materialidades que lo componen pueden, a su vez, estar sujetas a diligencias sumariales (pericia, declaraciones testificales, reconocimiento judicial).”

Este autor señala que la ley procesal española “diferencia entre diligencias directas de comprobación del cuerpo del delito de carácter general y otras específicas en atención al tipo de delito concreto”, destacando entre las primeras las siguientes:

²⁵⁶ CFR. MORENO CATENA, Víctor (director), COQUILLAT VICENTE, Ángela, JUANES PECES, ángel, DE DIEGO DÍEZ, Alfredo y DE LLERA SUÁREZ BARCENA Emilio. *El proceso penal, doctrina, jurisprudencia y formularios, Volumen II, instrucción y medidas cautelares*, Editorial Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, España, p. 1073 y 1074.

²⁵⁷ *Ibidem*, Volumen III, fase intermedia y juicio oral, p. 1989.

²⁵⁸ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 3ª. edición, Madrid, España, Marcial Pons, 2007, pp. 130 a 132.

- a) “El reconocimiento y descripción del cuerpo del delito stricto sensu (art. 335 LECrim).
- b) La recogida, descripción, retención, conservación o destrucción del instrumento delictivo (arma, droga o cualquier otro instrumento) (art. 334 LECrim).
- c) El reconocimiento e informe pericial del cuerpo del delito (arts. 336 y 339 LECrim).
- d) La realización de análisis químicos o biológicos o la obtención de muestras biológicas, entre los que destaca por su significación para la identificación, las del ADN (art. 363.2 LECrim en relación con el art. 326.3 LECrim).
- e) Las declaraciones testificales (art. 337 LECrim).”

Asimismo, precisa cuáles son las diligencias exigibles en tratándose de la comprobación del cuerpo del delito, atendiendo a su naturaleza, en términos de las disposiciones de la LECrim; así, se refiere a los casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, de envenenamiento, heridas o lesiones, así como los casos de robo, hurto, estafa o similar y los delitos que se configuran a partir de determinada cantidad (fraude fiscal, por ejemplo).

5. Interpretación jurisprudencial

El Poder Judicial Español cuenta, entre todos sus órganos Jurisdiccionales, con un “**Tribunal Supremo**” que cumple con la función de ser la última instancia en todas las materias, a excepción del régimen de garantías constitucionales (art. 123 CE). En tales casos, quien conoce de posibles violaciones a éstas es el “**Tribunal Constitucional**”, a través del **recurso de amparo** (regulado en la “*Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*”). Entre dichas garantías se encuentra la tutela de la libertad individual (art. 161, 1, b CE).

Ahora bien, la producción jurisprudencial en este país, relativa al cuerpo del delito, se ha centrado principalmente en lo relativo al acopio, resguardo y análisis (también llamado “tutela judicial” –o cadena de custodia–) de las cosas relacionadas con el delito; más específicamente, en los casos relativos a los delitos de narcotráfico.

Asimismo, se han establecido sendos criterios relativos a la posibilidad de incluir o excluir, según sea el caso, aquellos hechos que no fueron objeto de

investigación en la etapa de instrucción, sea que se alegue como violación al derecho a una adecuada defensa o bien como un exceso al principio acusatorio que debe cumplir el Ministerio Fiscal y que debe respetar el Juez o Tribunal de sentencia. De cualquier modo, cito a continuación dos de las tesis más importantes en el Sistema de Enjuiciamiento de aquél país.

Por parte del Tribunal Supremo, distingue entre: a) “cuerpo material del delito” (sobre el que recae éste); b) “cuerpo accidental” (que se incorpora a los autos como pieza de convicción); y c) “cuerpo del delito por situación que tiene relación con el mismo” (por el lugar, por entrar en el mismo sitio del delito, en las inmediaciones, en poder del reo o tercero). En tal sentido, señala lo siguiente:

“DOCTRINA: *El cuerpo del delito. Su concepto y extensión.*

Por cuerpo del delito ha de entenderse, según la rúbrica general que antecede al artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones, en poder del reo o en otra parte. Este concepto procesal amplio, que viene a mezclar el cuerpo y los instrumentos, precisa de una mayor concreción y así la doctrina considera, bien que son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otra cosa que sea efecto inmediato del delito mismo o que se refiera a él, de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba. El verdadero cuerpo del delito doctrinalmente, sería la persona o cosa objeto del delito. Más modernamente se distingue entre cuerpo material del delito, sobre el que recae éste cuerpo del delito accidental, que se incorpora a los autos como piezas de convicción; cuerpo del delito por situación que tiene relación con el mismo, por el lugar, por estar en el mismo sitio del delito, en las inmediaciones, en poder del reo o de tercero. La jurisprudencia apenas ha tenido ocasión de pronunciarse en general, haciéndolo sobre delitos concretos; en hurto, el que se aprovecha de la leña cortada, el que adquiere libros manuscritos procedentes de sustracción o alhajas, metales, abrigos, caballerías hurtadas. En el robo, los títulos robados, la cantidad robada. En homicidio, el cadáver, viniendo así a sostener la noción legal procesal de los artículos 334 y siguientes de la expresada ley.” –STS de 6 de febrero de 1982 (RJA 633).²⁵⁹

²⁵⁹ Consultado en la página oficial del Consejo General del Poder Judicial de España, “buscador de jurisprudencia”, en fecha 2 de enero de 2013 a las 12:45 hrs.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en una de sus sentencias más representativas, alude al hecho punible como objeto del enjuiciamiento penal y las facultades de la autoridad en relación a su encuadramiento legal durante el procedimiento:

“4. Procede ahora concretar cuál es el contenido esencial constitucionalmente exigible del derecho a ser informado de la acusación a los efectos de la defensa. Es evidente que esa información ha de recaer sobre los hechos considerados punibles que se imputan al acusado. Según la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, los hechos posiblemente constitutivos de delito son el objeto del proceso penal. Sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral. La calificación jurídica de tales hechos corresponde en principio al Tribunal, en virtud del principio iura novit curia. Pero esta caracterización esquemática del proceso penal no debe hacer olvidar que la calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio y que el principio iura novit curia tiene importantes limitaciones: los escritos de calificación comprenden, entre otros extremos, la calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyen (art. 650 L.E.Crim.); y éste, como los otros puntos de esos, escritos, puede ser modificado después de practicadas las diligencias de prueba en el juicio oral (art. 732 L.E.Crim.). Ello supone que el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica.” –STC 12/1981, 10 de abril, fundamento jurídico 4.²⁶⁰

Nótese que en este caso, el fallo del Tribunal se enfoca en que la acusación y el debate procesal deban versar sobre los hechos punibles que son imputados al acusado y que configuran el objeto del proceso penal. Asimismo, cobra relevancia la cuestión relativa a que el debate contradictorio debe recaer sobre “la calificación jurídica” de tales hechos. Esto último ha sido motivo de intensos debates en la doctrina española y, según cobra importancia la mera calificación jurídica del hecho (también conocido como *nomen iuris*) o el hecho en sí mismo considerado (como relato del suceso fáctico), se ha calificado como una postura “*normativa*” o “*naturalista*”. De su análisis me ocupó al final de la presente obra.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=4414190&links=cuerpo%20del%20delito&optimize=19960115&publicinterface=true>

²⁶⁰ Consultado en la página oficial del Tribunal Constitucional de España, en fecha 5 de enero de 2013 a las 14:50 hrs. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/Sentencia.aspx?cod=16638>

b) Derecho nacional Argentino

1. Denominación del concepto

En Argentina, el “**cuerpo del delito**” tiene un origen legal, aunque la libertad personal cuenta con protección difusa en la Constitución. En este país sudamericano, la concepción del cuerpo del delito ha sido muy similar a la que ha existido en nuestro país, aunque tampoco se limita a la perspectiva materialista del hecho punible.

2. Régimen constitucional

La tutela constitucional a la libertad de los gobernados en Argentina, se obtiene a partir de una complicada interpretación sistemática de los artículos 18 y 43 de la **Constitución de la Nación de Argentina** (cuyo origen data del año 1853 y cuenta en su totalidad con siete reformas),²⁶¹ que tutelan en forma amplia y bastante difusa los actos de autoridad que implican un acto de molestia contra la libertad personal. De manera especial, el primero de ellos establece como requisito de la “orden de arresto”, que ésta conste por “escrito” y “emane de autoridad competente”, dentro de la cual caben las autoridades judiciales.

El artículo en cuestión es del tenor siguiente:

“Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. **Nadie puede ser** obligado a declarar contra sí mismo; ni **arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente**. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. (...)”²⁶²

Por otro lado, el artículo 43 de la citada ley fundamental establece la procedencia del “*habeas corpus*” contra aquellos actos que lesionen la libertad física de las personas, que establece en lo que importa:

“(...) Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma

²⁶¹Datos tomados de “Infoleg (Sistema de Información Legislativa), Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas”, en fecha 20 de noviembre de 2012, a las 15:30 hrs. <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

²⁶² Texto consultado en la página oficial del Senado de Argentina a las 12:30 horas del 22 de mayo de 2013. Visible en la dirección electrónica: <http://www.senado.gov.ar/Constitucion/capitulo1>

o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”²⁶³

Una interpretación armónica pero simplista de dichos preceptos indica que, en toda orden de arresto deberá expedirse en forma legal, pues en caso contrario, quedaría expedita la acción de *habeas corpus* para remediar esta afectación ilegítima.

Sin embargo, las cosas no son así; la embrollada redacción constitucional ha generado un estado de confusión persistente en el sector jurisdiccional de aquél país, pues la jurisprudencia ha establecido que el *habeas corpus* no es la vía idónea para atacar la orden de captura ni el auto de prisión preventiva porque dicha acción constitucional no tiene por efecto revisar ni mucho menos revocar resoluciones judiciales. Asimismo, la acción de amparo prevista en el primer párrafo del citado artículo 43 (introducida mediante reforma de 1994) tampoco resulta apta para tutelar la libertad personal en los citados actos de autoridad, precisamente debido a la existencia del *habeas corpus*. Luego entonces, el problema se complica demasiado al tener que determinar con precisión la forma idónea de obtener la tutela a la libertad previa al juicio.

A decir del jurista argentino Alejandro Carrió, “entre las garantías constitucionales (...), pocas se encuentran en la práctica más desprovistas de efectivas barreras para su protección como la que trata de detención de las personas. En efecto, (...) el desarrollo de esta garantía vinculada a la libertad de las personas arroja conclusiones ciertamente inquietantes”.²⁶⁴

Ciertamente existe un cierto grado de confusión en la doctrina, aunque se estima que la forma de tutela citada puede lograrse a través del “recurso extraordinario”, cuyo origen es constitucional y con una naturaleza un tanto oblicua.

²⁶³Datos tomados de “Infoleg (Sistema de Información Legislativa), Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas”, en fecha 20 de noviembre de 2012, a las 15:45 hrs. <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=48612>

²⁶⁴CARRIO D., Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, 3ª. edición actualizada y ampliada, 1994, Buenos Aires, Argentina, p. 107.

No entraré al embrollado sistema de recursos judiciales porque rebasa la intención del presente trabajo, empero, sólo para precisar en qué consiste la institución del *habeas corpus* en aquél país, me permito citar la opinión del tratadista argentino Gregorio Badeni, quien estima que:

“consiste en una garantía constitucional destinada a brindar protección judicial para toda persona que es privada de su libertad física o su libertad ambulatoria, o bien si las encuentra restringidas, agravadas o amenazadas ilegalmente. Por su intermedio se procede a examinar judicialmente la situación jurídica o de hecho de la persona afectada, real o potencialmente, en su libertad y se dispone, en caso de ser ilegal o arbitraria la privación, el cese inmediato de aquellos actos que la lesionan o perturban.”²⁶⁵

Posteriormente, agrega que el término *habeas corpus* significa “traer personalmente a un individuo ante un juez para que éste se pronuncie sobre la legalidad del acto restrictivo de su libertad física” y opina que el fundamento constitucional de dicha institución procesal, que ubica como parte de todo sistema político-personalista, se encuentra en el referido artículo 18 constitucional. Por ende, dicho autor considera de ésta institución procesal “funciona en aquellos supuestos en que opera una lesión ilegal para la libertad física o ambulatoria de una persona. La Ley Fundamental, en su art. 18, condiciona la legalidad del acto restrictivo al cumplimiento de dos requisitos: 1) una orden escrita; 2) emanada de autoridad competente.”²⁶⁶

3. Régimen legal

El “**Código Procesal Penal de la Nación**” dispone que la instrucción tendrá por objeto la comprobación de un “**hecho delictuoso**” (art. 193, 1), así como el establecimiento de las “**circunstancias que lo califiquen, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad**” (art. 193, 2).²⁶⁷

En dicho país, corresponde al “**Juez de instrucción**” la directa e inmediata investigación de los “**hechos**” cometidos en su jurisdicción (art. 194), aclarando que la “**etapa de instrucción**” inicia con el requerimiento del Ministerio Fiscal,

²⁶⁵ BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*, T.II, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2ª. edición, ampliada y actualizada, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 1219.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 1220.

²⁶⁷ Consultado en “Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica”, en fecha 20 de noviembre de 2012 a las 16: 00 hrs. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=383>

prevención o informe policial, limitándose a los hechos referidos en éstos (art. 195); esta etapa queda clausurada cuando el juez dicta el **“decreto de elevación a juicio”** o el **“auto de sobreseimiento”** (art. 353).

En este tenor, procede ordenar la **“citación judicial”** para los delitos que no tengan pena privativa de la libertad o sean de condena de ejecución condicional, excepto en los casos de flagrancia, donde debe ordenarse la comparecencia del imputado; en todo caso, si éste no se presentare al citatorio, se ordenará su detención (art. 282). Cuando el delito se sanciona con pena privativa de la libertad, el juez librará **“orden de detención”**, la cual deberá constar por escrito y contener los datos personales del imputado, así como **“el hecho que se le atribuye”** (art. 142), aunque el juez puede emitir la orden en forma verbal o telegráfica, haciéndolo constar posteriormente, en casos de suma urgencia (art. 283).

Ahora bien, después de terminada la indagatoria, el juez cuenta con un plazo de diez días para ordenar el procesamiento del imputado, siempre que existieren **“elementos de convicción suficientes”** para estimar que hubo un **“hecho delictuoso”** y que aquél es culpable como partícipe de éste (art. 306). El **“auto de procesamiento”** (también llamado **“auto de elevación a juicio”**) deberá contener los datos personales del imputado (o los que sirvan para identificarlo); **“una somera enunciación de los hechos”** que se le atribuyan y de **“los motivos en que la decisión se funda”** y la **“calificación legal del delito, con cita de las disposiciones aplicables”** (art. 308). El auto de elevación a juicio deberá contener la fecha, los datos personales del imputado, **“una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal y la parte dispositiva”** (art. 351).

En todo caso, si no puede ordenarse el procesamiento ni dictar el sobreseimiento, el juez dictará un **“auto de falta de mérito”** y dispondrá la libertad de los detenidos previa constitución de domicilio, aunque dicho auto no impedirá proseguir con la investigación posteriormente (arts. 309 y 311). En todo caso, si **“el hecho investigado no encuadra en una figura legal”** se decretará el

“sobreseimiento” de la causa (art. 336), provisional o definitivo, según sea el caso.

Puede advertirse que, tanto en la orden de detención como el auto de elevación a juicio, la tipicidad del hecho, con inclusión de las circunstancias modificativas, resulta una exigencia muy clara en la legislación argentina, aunque la denominación de “cuerpo del delito” no aparece en forma explícita y sí, por el contrario, permea la constante del “hecho delictuoso”, así como la referencia a la “enunciación o relación precisa y circunstanciada de los hechos materia del enjuiciamiento”, a lo cual se suman los “elementos de convicción suficientes” para motivar las citadas decisiones judiciales.²⁶⁸

4. Interpretación doctrinal

Toda vez que la Constitución de aquél país no contempla una figura procesal específica que justifique la iniciación del proceso penal y que la legislación secundaria hace escasa referencia al concepto de “hecho delictuoso”, sin aclarar en qué consiste, no es común encontrar doctrina que desarrolle en forma concreta ahínco un concepto como el de “cuerpo del delito”, o al menos no como ocurre en nuestro país; sin embargo, existe una marcada tendencia a esquematizar los actos fundamentales del enjuiciamiento en dicho país, primordialmente en lo que respecta al Código Nacional en vigor.

En todo caso, los autores hacen el señalamiento concreto de que “el hecho delictuoso” se refiere al “encuadramiento legal” o al “encuadre con la figura legal del delito”, lo que releva que la tipicidad tiene un papel preponderante para los actos preparatorios del proceso penal en aquél país; asimismo, puede observarse la opinión relativa al “acontecimiento fáctico” del hecho delictuoso, aunque desde luego resulta ser una postura más difusa.

Una de las excepciones a lo anterior, se constituye por la opinión del extinto jurista Doctor Ricardo Levene, quien estimaba que la discusión generada por el

²⁶⁸ CFR. Código Procesal Penal de la Nación. Consultado en “Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica”, en fecha 20 de noviembre de 2012 a las 17: 00 hrs. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=383>

“*corpus delicti*” había sido bastante amplia y, después de realizar una brevísima síntesis de las posturas existentes, así como una breve crítica de la postura materialista del concepto, concluye que su significado se refiere al *conjunto de circunstancias que integran el hecho delictuoso*, es decir, a la *realidad externa de la infracción delictiva*. Dicho autor se expresaba en los siguientes términos:

“Para algunos autores es la persona o cosa objeto del delito; para otros, los instrumentos que se emplean para cometerlo; según otros, es la ejecución del delito mismo.

Hay quienes han intentado distinguir el cuerpo del delito, que sería la persona o cosa que constituye su objeto, de los instrumentos necesarios para su ejecución y de las piezas de convicción, dándose como ejemplo de esos tres conceptos, respectivamente, el cadáver de la víctima y la cartera sustraída; el revólver y la ganzúa empleados y las impresiones digitales del autor, en los delitos de homicidio y robo.

(...)

Es erróneo limitar el concepto de cuerpo del delito a su aspecto material, concreto, objetivo o sus huellas materiales, pues con ese criterio no sería posible dar por probado el hecho delictuoso cuando se sustrajere algún efecto que luego se consume o se diere muerte a una persona y se hiciere desaparecer el cadáver. Por eso, la moderna corriente lo considera con criterio racional, como el conjunto de todos los aspectos o circunstancias que integran y exteriorizan el hecho delictuoso, o como la reconstrucción de sus elementos materiales, o como la realidad externa de la infracción; es decir, todos los episodios de su realización externa.”²⁶⁹

Uno de los juristas argentinos más prominentes, el Doctor José Ignacio Cafferata Nores, sintetiza magistralmente el procedimiento penal argentino y precisa la forma en que la ley “subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio, el avance o la conclusión del proceso”, en relación a la concurrencia de determinados estados intelectuales del juez y a la verdad que se pretende descubrir dentro de aquél.

La interesante postura que sostiene este autor, derivada de una interpretación al Código adjetivo vigente en Argentina, tiene relación directa con los niveles de

²⁶⁹ CFR. LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, T. I, 2da. ed., Depalma Editores, Buenos Aires, Argentina, 1993, pp. 566 a 570.

prueba, los cuales considera son los cinco siguientes: 1) la *simple afirmación delictiva*, que sólo exige pautas mínimas de verosimilitud pero ningún tipo de convencimiento; 2) la *duda*, cuando no exista mérito para sobreseer; 3) la *certeza negativa*, en caso de que la hipótesis legal correspondiente sea manifiesta; 4) la *probabilidad e improbabilidad*, fundada en pruebas que arrojen motivos bastantes para generar una sospecha; y 5) la *certeza*, producida por la disipación o superación de dudas, así como por la consideración racional de las pruebas que obren en el sumario. El primero se refiere a la noticia criminal; el segundo aplica para decretar la reserva provisional de la investigación; los tercero y cuarto se refieren al auto mediante el cual se resuelve la situación jurídica del imputado y el quinto aplica para la sentencia de condena.

El referido autor se expresa en los siguientes términos:

- a) “En el *inicio del proceso* no se requiere más que la afirmación, por parte de los órganos públicos autorizados (Ministerio Fiscal y Policía Judicial) (art. 195), de la posible existencia de un hecho delictivo, para que el juez de instrucción deba dar comienzo a su actividad. En principio en éste momento no interesa que haya en el magistrado ningún tipo de convencimiento sobre la verdad del objeto que se presenta para su investigación. Pero, indudablemente, se debe someter el inicio de la actividad estatal a pautas mínimas de verosimilitud y racionalidad.
- b) Para *vincular a una persona con el proceso*, como posible responsable del delito que en él se trata, hacen falta *motivos bastantes* (fundados en pruebas) para sospechar de su participación en la comisión de un delito, (art. 294) lo cual impide una imputación arbitraria (la más próxima manifestación del principio de inocencia es la de no ser imputado arbitrariamente). Ello impedirá el sometimiento de aquélla al procedimiento si se tuvo la certeza de que no hubo “participación en un hecho típico, antijurídico, culpable y punible”, o ésta aparece como improbable (ya que la improbabilidad de su participación es, lógicamente, incompatible con sospechas motivadas al respecto).
- c) En el momento de resolver la situación legal del imputado –diez días después de haberle recibido declaración indagatoria (art. 360)–, se podrá dictar las siguientes resoluciones, según el estado intelectual a que haya llegado el juez respecto de la verdad de los hechos investigados:
 - 1) Si hubiese adquirido *certeza negativa*, deberá ordenar el *sobreseimiento* del imputado, ya que dicha resolución procederá cuando sea *evidente* que la pretensión represiva se ha extinguido,

- o que carece de fundamento (porque el hecho no fue cometido, o no lo fue por el imputado, o no cuadra en una figura penal, o media alguna causa de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusa absolutoria) (art. 336).
- 2) Si el juez hubiera llegado a obtener *probabilidad*, deberá ordenar el *procesamiento* del imputado, que se autoriza para el caso de que “hubiera elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe del mismo” (art. 306).
 - 3) Si estuviera en *duda*, por no haber “mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare (art. 309) (llamado “auto de falta de mérito”).
- d) En el momento de la *clausura de la instrucción y elevación a juicio*, la ley también sujeta el dictado de las resoluciones autorizadas para esta fase a la existencia de determinados estados intelectuales:
- 1) La *certeza negativa* determinará, ahora como antes, el sobreseimiento.
 - 2) La *elevación a juicio* requerirá probabilidad, cuya existencia derivará, en caso de hacérselo, por decreto (art. 349 *in fine*) del hecho de mantenerse la que dio fundamento al procesamiento, cuyo dictado y mantenimiento son presupuestos legales de la elevación a juicio por auto (art. 350), de las pruebas consideradas suficientes para dictarlo.
- e) En la oportunidad de dictarlo en la *sentencia definitiva*, después del debate oral y público, se establece que sólo la certeza sobre la culpabilidad del imputado autorizará una *condena* en su contra (art. 3 a *contrario sensu*), pues, gozando ‘este de un estado jurídico de inocencia constitucionalmente reconocido (art. 18 C.N.) y legalmente reglamentado (art. 1 CPP), ‘únicamente podrá ser declarado culpable cuando las pruebas hayan producido la más plena convicción del tribunal al respecto.
- Por cierto de que el firme convencimiento del acusado es verdaderamente culpable se llegará, la mayoría de las veces, no por la inexistencia de dudas sobre ello, sino por su disipación o superación. Pero éste resultado (la superación de las dudas) no podrá obedecer a puras decisiones de voluntad ni a simples impresiones de los jueces, sino que deberá ser la expresión (o el fruto) de una consideración racional de las pruebas del proceso, que *explique* de qué modo pudieron ser disipadas las dudas que había y cómo se llegó, a pesar de ellas, a la convicción de culpabilidad. Se trata de una exigencia de certeza apodíctica es decir, que la conclusión es así y no puede ser de otro modo.”²⁷⁰

²⁷⁰ CAFFERATA NORES. *La prueba en el proceso penal*, Depalma editores, 3ra. ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 3.

Por su parte, el jurista argentino Jorge Vázquez Rossi señala como finalidad de la instrucción la consistente en “comprobar si se dan **elementos fácticos y jurídicos** para abrir la etapa de juicio (...y) se orienta a definir la **atribución delictiva, tanto respecto del hecho como de sus autores, incorporando las acreditaciones pertinentes** (que luego se introducirán en el juicio) y trabando las medidas cautelares imprescindibles para el aseguramiento de pruebas, personas y objetos. Este doble carácter *investigativo* y *asegurativo* define a la etapa instructoria y explica el sentido de las medidas probatorias y cautelares”. Posteriormente, refiriéndose al procedimiento de investigación del hecho delictuoso, agrega que:

“La verificación sobre la verosimilitud de la atribución de una acción u omisión prevista en la legislación sustantiva se producirá mediante las diligencias probatorias correspondientes, cuya iniciativa corresponde al propio instructor, respondiendo al objetivo que la legislación denomina como la **comprobación del hecho delictuoso**. La misma debe hacerse de manera tal que se **determinen los diversos elementos que conforman la completa caracterización jurídica del suceso, es decir, las circunstancias relativas a los requisitos típicos, a la contradicción con el orden jurídico y a los elementos que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen, exculpen o influyan sobre la punibilidad**.

Lo indicado permite tener suficientemente en claro que **la determinación tiende a la objetividad del hecho en relación a su encuadre legal y a lo subjetivo en lo que hace a la definición de los que resulten imputados**; los códigos definen esta última finalidad como la individualización de autores, cómplices y/o instigadores, lo que por lo común aparece en un inciso específico. Precisamente, **éste aparece como un importante aspecto, ya que con frecuencia ocurre que se desconocen inicialmente los autores del hecho o bien es preciso determinar la responsabilidad que puede caberle a diferentes involucrados**.

Así, mientras lo considerado respecto al acontecimiento en sí mismo, en su configuración objetiva como suceso acaecido en la realidad, refiere al hecho delictivo, lo ahora analizado toca a la **cuestión de la autoría, sobre cuya base –dada la relación causal entre conducta y acaecimiento– se establece la imputación, es decir, la concreta atribución a persona determinada de haber**

ocasionado o producido el resultado disvalioso o la puesta en peligro del bien jurídico en cuestión.”²⁷¹

Aunque es claro que este autor considera al “hecho delictuoso” como el encuadramiento de la conducta típica, también incluye dentro del concepto a la antijuridicidad y las calificativas del delito, así como las causas de licitud y de inculpabilidad, empero, no explica por qué, a pesar de que resulta de la mayor conveniencia. Por otra parte, refuerza la división que realiza la ley secundaria en torno al aspecto objetivo (referido al suceso acaecido en la realidad) y el subjetivo del hecho (referido a la concreta atribución a persona determinada de la responsabilidad penal), lo que representa una clara concordancia con nuestro sistema e enjuiciamiento.

Posteriormente, en referencia al auto que decide la situación jurídica del imputado, dicho autor precisa que entre los elementos que debe contener el *auto de procesamiento* se encuentran los hechos subsumibles dentro del tipo penal pertinente junto con las pruebas introducidas al sumario, que deberán ser en grado de probabilidad o provisionalidad, aunque este último término sea procesalmente muy inexacto; evidentemente, lo anterior implica un elemento substancial del citado acto de autoridad, pues en caso contrario, como afirma el citado autor, procederá el dictado de los autos de *sobreseimiento* (provisional o definitivo), de los cuales también precisa sus efectos jurídicos dentro de juicio. Dicho autor se expresa en los siguientes términos:

“(…) el decisorio que aparece como central en el avance instructorio es: *el auto de procedimiento* (...) Para fundarlo, el instructor deberá efectuar una meritación de las constancias logradas hasta el momento y valorar si, de acuerdo con las mismas, la atribución delictiva tiene fundamentos suficientes, los que son ponderados en grado de probabilidad.

(...) se lo ponderó como un instituto de especial relevancia, cuyos requisitos y características definitorias son:

- I. Acto de decisión jurisdiccional, emanado de oficio del juez de instrucción, y fundado;

²⁷¹ CFR. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal, T. II, el proceso penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 366.

- II. Se refiere a los **hechos constitutivos de la atribución delictiva, decidiendo que, conforme a las pruebas introducidas, se está en presencia de un acontecimiento o conducta efectivamente sucedido y subsumible dentro de figuras de la parte especial que deben mencionarse con las citas legales pertinentes;**
- III. Individualiza al imputado, vinculándolo al hecho, y estableciendo su eventual responsabilidad en el grado que corresponda, y
- IV. Todo esto **en grado de *probabilidad o provisionalidad***, ya que el procesamiento no es una declaración de certeza, que sólo surge de la sentencia definitiva, pudiendo ser modificado por el propio instructor ante nuevos elementos y no teniendo carácter vinculante para la posterior acusación ni para el pronunciamiento definitivo.”²⁷²

(...)

Se ha distinguido entre el sobreseimiento provisional, que suspende el trámite de la causa y *desprocesa* al imputado, y el definitivo, que cierra de manera irrevocable, con fuerza de cosa juzgada, el procedimiento, haciendo desaparecer la imputación. También cabe diferenciar entre el sobreseimiento total, que se refiere tanto a las diferentes imputaciones delictivas como a los sujetos involucrados, y el parcial, que puede comprender –objetivamente– la desincriminación respecto de ciertos hechos y/o –subjektivamente– a alguno de los imputados.

(...)

El *sobreseimiento provisional* responde al reconocimiento de una situación objetiva de insuficiencia probatoria respecto de las características delictivas del suceso investigado o, especialmente, de la autoría y/o responsabilidad del imputado, sin que en el caso se advierta la certeza de la existencia de algunas de las causales que conducen al sobreseimiento definitivo. (...)

El *sobreseimiento definitivo* (...) implica la clausura de la instrucción, cuando en el transcurso de la misma surgen elementos que indican con claridad, en grado de evidencia, que no cabe responsabilidad penal por parte del imputado a cuyo favor se dicta. En consecuencia, resulta de plena razonabilidad hacer cesar la persecución penal y los constreñimientos de ella derivados, ya que resultaría absurdo proseguir una causa cuyo resultado desincriminante ha surgido claro durante el desarrollo instructorio.”²⁷³

Resalto estos dos últimos actos del enjuiciamiento porque tienen relación directa e inseparable con el concepto que legitima el proceso penal. De tal suerte, si se considera que el hecho investigado carece de relevancia penalística o que,

²⁷² *Ibidem*, pp. 375 y 377.

²⁷³ *Ídem*.

pudiendo haber existido éste, no se pruebe con nitidez suficiente, carecerá de todo sentido pasar a la etapa siguiente, es decir, la que corresponde al debate en juicio oral.

5. Interpretación jurisprudencial

Los criterios que informan la jurisprudencia argentina han sido ligeramente divergentes; las posturas base identifican al cuerpo del delito como: a) la ejecución del hecho en el mundo de realidad; b) una integración conceptual tripartita; y c) la tipicidad de la conducta exteriorizada. Curiosamente, el desarrollo jurisprudencial en dicho país sudamericano, tiene un notorio paralelismo con el desarrollo de nuestra jurisprudencia nacional y la cual se formó, principalmente, gracias a las Cámaras de Apelación de aquél país y, aunque en menor medida, también a ciertos criterios relevantes del Tribunal Superior de Justicia y de la Suprema Corte.²⁷⁴

Debido a que los criterios sobre el tema son abundantes, a fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias ni extenderme demasiado, cito a continuación algunos que considero ilustran de mejor forma el pensamiento de los Órganos Jurisdiccionales de aquel país.

En primer término, es común ver la gran cantidad criterios que aluden a la exteriorización o comprobación objetiva del delito; a la realidad del acto, de la acción o del hecho criminal; la materialidad objetiva del delito o la fenomenología de la acción delictiva, refiriéndose a la precisión del hecho circunstanciado, objeto de la persecución penal, aunque no se incluyen los elementos materiales, objeto del hecho delictuoso. Algunos de estos criterios excluyen de forma terminante los elementos subjetivos del tipo, entre otras cosas, al considerar que el concepto del cuerpo del delito no abarca la totalidad del delito en sí, pero también por considerar que dicho concepto se refiere exclusivamente al hecho materia del enjuiciamiento. En lo que existe aparente concordancia o uniformidad es en considerar al cuerpo del delito bajo un significado estrictamente procesal y en una

²⁷⁴ Consultada en "Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica", en fecha 20 de julio de 2013 a las 12: 50 hrs. <http://www.infojus.gov.ar/buscador/?8>

escisión muy clara del tipo penal. En tal sentido pueden observarse los siguientes criterios:

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. El cuerpo del delito no es otra cosa que la exteriorización en el mundo físico del contenido del tipo objetivo de que se trate, es decir, la realización de los elementos descriptivos incluidos en el tipo, quedando excluidos todos los subjetivos. De tal manera, la manifestación del recurrente, de que no se encuentra demostrado el cuerpo del delito, entendiendo por tal "la comprobación de la cosa u objeto en relación a la cual se haya ejercido actividad delictuosa por los imputados" es equivocada, y comportaría la impunidad de todos los delitos en los cuales el autor hiciera desaparecer el objeto del mismo.” SUMARIO DE FALLO 28 de diciembre de 1979 FALLOS A LOS QUE APLICA BAGLIVO, Luis - ZAMORA, Hugo Orlando - GOMEZ, Ramón Valentín s/ Habeas corpus Interlocutorio - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 28/12/1979.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. La comprobación de la existencia del cuerpo del delito como base del procedimiento en materia penal se ve satisfecha con la verificación de todos los elementos objetivos que hacen a la descripción legal, sin que resulte necesario la obtención real de los elementos materiales que fueron objeto del hecho delictuoso. Cuando el art. 207 del código de rito habla de que la base del procedimiento es la comprobación de la existencia de un hecho, es indudable que se refiere a la prueba de la materialidad objetiva del delito, a la prueba del cuerpo del delito en su existencia pretérita.” SUMARIO DE FALLO 6 de junio de 1986 Sumario OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA MINISTERIO DE ECONOMIA s/ DENUNCIA Sentencia - CAMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL. 6/6/1986.

“CONFIGURACIÓN DE CUERPO DEL DELITO. El cuerpo del delito está constituido por los elementos fenomenológicos que, al perpetrarse la acción material, trascienden al mundo físico provocando variación sensible en la naturaleza.” SUMARIO DE FALLO 19 de septiembre de 1989 TEXTO FALLOS A LOS QUE APLICA AGUIRRE, Juan Carlos s/ Daño Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 19/9/1989.

“CONCEPTO DE CUERPO DEL DELITO, ALCANCES DE CUERPO DEL DELITO. El cuerpo del delito es la constatación fenomenológica del ilícito a través de los resortes autorizados por la ley procesal, y no la cosa sobre la que recae la acción.” FALLOS A LOS QUE APLICA Haedo, P. s/ Usurpación Sentencia - CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. 25/7/1991 SUMARIO DE FALLO 25 de julio de 1991.

“CUERPO DEL DELITO, ELEMENTO SUBJETIVO. Con independencia de que la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos o deberes resulten elementos subjetivos del tipo penal, lo cierto es que el cuerpo del delito es un concepto procesal conforme al cual no abarca todos los elementos del delito, sino sus aspectos materiales, objetivamente comprobables.” SUMARIO DE FALLO 21 de junio de 1995 TEXTO FALLOS A LOS QUE APLICA. Cruzado, Antonio s/ Lesiones culposas Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 21/6/1995.

“CUERPO DEL DELITO, ELEMENTO SUBJETIVO. Desde que el cuerpo del delito se refiere a un acontecimiento histórico concreto, ocurrido en la realidad, pero que encuentra adecuación típica, y no es otra cosa que la exteriorización en el mundo físico del contenido del tipo de que se trate -es decir, la realización de los elementos descriptivos incluidos en el tipo, quedando excluidos todos los elementos subjetivos- entiendo que no corresponde tratar en esta cuestión el elemento subjetivo de la figura consistente en el fin o propósito que tuvo en mente el imputado.” SUMARIO DE FALLO 8 de agosto de 1989 FALLOS A LOS QUE APLICA CAMPOS, Hector Oscar s/ Amenazas Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 8/8/1989.

“CUERPO DEL DELITO. El cuerpo del delito en modo alguno coincide con los objetos sustraídos, sino que consiste en la conducta típica integrada por la totalidad de sus elementos externos constitutivos, ello es en la realidad misma del delito, el núcleo fáctico del hecho y todas las circunstancias materiales ligadas a él.” SUMARIO DE FALLO 4 de agosto de 1993 FALLOS A LOS QUE APLICA LLANQUINAO, RAMON MARCELO s/ ROBO POR ESCALAMIENTO S/ CASACION Sentencia - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. 4/8/1993 CORNEJO, ADRIANO s/ ROBO CALIFICADO POR ESCALAMIENTO S/ CASACION Sentencia - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. 4/8/1993.

“CONCEPTO DE CUERPO DEL DELITO. Comúnmente se entiende por cuerpo del delito al conjunto de elementos materiales cuya existencia induce en el juez la certidumbre de la comisión de un hecho delictuoso.” SUMARIO DE FALLO 1 de marzo de 1984 OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA NTONIO MARTINEZ s/ ADULTERACION DE DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD Sentencia - CAMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL. 1/3/1984.

“CONFIGURACIÓN DE CUERPO DEL DELITO. La noción conceptual de "cuerpo del delito" encierra aspectos puramente procesales, que no deben confundirse con la acción típica referida por la norma que corresponde del derecho penal objetivo. Y está dada por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que inducen en el juzgador la

convicción de hallarse frente a la comisión de un hecho ilícito y le permiten reconstruir intelectualmente el mismo, como efectiva y cierta transformación del mundo exterior.” FALLOS A LOS QUE APLICA ECHEVARNE, Néstor Luis s/ Homicidio Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 7/11/1988 SUMARIO DE FALLO 7 de noviembre de 1988.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. El cuerpo del delito es la realidad del acto, de la acción, del hecho criminal, esto es, de la conducta típica de comisión, omisión o comisión por omisión descrita en el tipo, y ello es válido para toda especie de delito ya que toda acción delictuosa tiene un sustrato material, una conducta positiva o negativa que se realiza en el mundo exterior descrita en un tipo penal y cuya comprobación es la "conductio sine qua non" de la condena.” SUMARIO DE FALLO 13 de marzo de 1989 TEXTO FALLOS A LOS QUE APLICA CESINO, Sergio Omar s/ Uso de documento falso Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 13/3/1989.²⁷⁵

En contraparte, existe el criterio de incluir a los elementos subjetivos del tipo bajo el cuerpo del delito, aunque las razones para sostener dicha afirmación, no son del todo convincentes, según se aprecia a continuación:

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. El elemento subjetivo "a sabiendas" de "que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado", contenido en la figura delictiva del art. 302 inc. 2do. del C.P. integra el cuerpo del delito, y como tal debe estar plenamente probada su existencia para dar por acreditado el hecho delictivo que tratamos, con independencia de que su ausencia haya sido alegada o no.” SUMARIO DE FALLO 14 de mayo de 1985 FALLOS A LOS QUE APLICA LONGO, Gloria Mabel s/ Delito normado por el art. 302 inc. 2do. del C.P. Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 14/5/1985.

“CUERPO DEL DELITO, ELEMENTO SUBJETIVO. Cuando un elemento subjetivo integra el tipo penal, debe ser tratado como perteneciente al cuerpo del delito.” SUMARIO DE FALLO 8 de agosto de 1989 FALLOS A LOS QUE APLICA CAMPOS, Hector Oscar s/ Amenazas Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 8/8/1989.²⁷⁶

Cabe resaltar que para la jurisprudencia argentina cobra cierta relevancia la división tripartita del cuerpo del delito en: a) *corpus criminis*; b) *corpus probatorium*; y c) *corpus instrumentorum*; no obstante ello, la misma jurisprudencia

²⁷⁵ Véase "Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica". <http://www.infojus.gov.ar/buscador>

²⁷⁶ Ídem.

se ha encargado de precisar que, la falta de uno de éstos elementos, con especial énfasis en los elementos materiales, no impide tenerlo por comprobado. Lo anterior según se apreciar a continuación:

“CONCEPTO DE CUERPO DEL DELITO. El cuerpo del delito es el conjunto de elementos materiales, principales o accesorios, de que el delito se compone, y que está integrado por tres elementos: el *"corpus criminis"*, el *"corpus probatorium"* y el *"corpus instrumentorum"*.” Sumario OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA Defensora General s/ Inc. de Reposición Autos: 1925-141-97 Interlocutorio - CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA. 6/7/1998 SUMARIO DE FALLO 6 de julio de 1998.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. La ausencia de alguno de los tres elementos que integran el cuerpo del delito (*corpus criminis*, *corpus instrumentorum*, *corpus probatorium*) no es impeditivo de su acreditación, ya que ésta puede existir con prescindencia de uno u otro de aquellos, dependiendo de las circunstancias del caso y del delito en particular.” SUMARIO DE FALLO 17 de mayo de 1985. Sumario OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA MANOLIO, Jorge Pascual s/ HURTO Sentencia - CAMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL. 17/5/1985.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. Para que se pruebe el cuerpo del delito, incluidas las notas agravatorias conforme a la descripción típica, no es necesario que se efectivice la incorporación de elementos materiales. Frente a un robo con armas, como en el caso de autos, si se procede al secuestro o incautación de las armas con que se ejecutó el delito, el proceso se habrá enriquecido al adquirirse el *"corpus instrumentorum"*, elemento de gran significación pero que, de todos modos, no define las esencias del *"corpus delicti"* como entidad procesal.” SUMARIO DE FALLO 28 de noviembre de 1985. FALLOS A LOS QUE APLICA RADKO, Jorge Alberto - ZUCO, Miguel Angel s/ Robos Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 28/11/1985.

“CUERPO DEL DELITO, EFECTOS DE FALTA DE INCAUTACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO. Se podría definir el llamado *corpus criminis* como la persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que la ley menciona como delitos o la persona o cosa que ha sido el objeto del delito.... En conclusión, el *corpus criminis*, integra el concepto de cuerpo del delito, pero no en forma tan esencial que su inexistencia conduzca a la inexistencia del cuerpo del delito. En el homicidio, el cuerpo de la víctima, por ejemplo, no es el cuerpo del delito, sino un elemento del cuerpo del delito”. SUMARIO DE FALLO 22 de noviembre de 2000. Sumario OFICIAL. FALLOS A

LOS QUE APLICA. A., M.E. s/ Privación Ilegítima de la Libertad. Interlocutorio - CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA. 22/11/2000.

“CUERPO DEL DELITO. Es aceptado en doctrina y jurisprudencia que la ausencia de alguno de los tres elementos que integran el cuerpo del delito - corpus criminis, corpus instrumentorum y corpus probatorum - no impide su acreditación. En el caso de autos la falta de DNI se suple determinando su preexistencia (art. 218 del CPMP), o sea estableciendo que existía en el momento de comisión del delito aunque luego hubiere desaparecido.” SUMARIO DE FALLO 13 de noviembre de 1987. Sumario OFICIAL [Contenido relacionado] FALLOS A LOS QUE APLICA SAAVEDRA, CARLOS JORGE s/ FALSIFICACION DE DOCUMENTO Sentencia - CAMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL. 13/11/1987.

“CUERPO DEL DELITO, APLICACIÓN. No es lo mismo "corpus criminis" que "cuerpo del delito", el primero, junto con el "corpus instrumentorum", es nada más que un elemento del segundo, entendido como la cosa sobre la que se ha ejecutado la acción delictual.” SUMARIO DE FALLO 23 de septiembre de 2005. FALLOS A LOS QUE APLICA VILLAREAL M. GRACIELA; ROMERO R WALTER, ALARCON M. ALBERTO s.d. HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA Y ENCUBRIMIENTO e.p. DE LEDESMA ANTONIO Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA s/ CASACION PENAL Sentencia - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. 23/9/2005.²⁷⁷

Asimismo, se recoge el principio de libertad probatoria como inherente al cuerpo del delito, con la limitante de que se trate de una prueba directa; así por ejemplo, queda prohibida la prueba de presunciones. Al mismo tiempo, el aludido principio destaca en contraposición a las llamadas “reglas específicas de comprobación”, precisando que éstas carecen de un carácter sacramental o indefectible y tienen un valor como meras guías probatorias para el Juez instructor. Lo anterior según se aprecia a continuación:

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. La materialidad ilícita de lo acontecido, es todo aquello que representa la manifestación material y la apariencia física de la infracción, y como tal, la misma puede probarse por todos los medios de prueba que el código del rito establece.” SUMARIO DE FALLO 10 de diciembre de 1987 FALLOS A LOS QUE APLICA MORVILLO, Luis Francisco s/ Lesiones leves y

²⁷⁷ Ídem.

daño. Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 10/12/1987.

“CUERPO DEL DELITO, LIBRE CONVICCIÓN. La base del procedimiento penal es la comprobación de la existencia del cuerpo del delito en su existencia pretérita, mediante la verificación de todos los elementos objetivos que hacen a la descripción legal, siendo necesario meritar todas las piezas de convicción habidas en la causa que pudieron inducir en el Juez la certidumbre de la comisión o no del hecho reputado delictuoso.” SUMARIO DE FALLO 14 de mayo de 1996 OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA COPELLO, David y otros s/ inf. artículo 286 y 292 C.P. Causa nro. 26.922 Interlocutorio - CAMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL. 14/5/1996.

“CUERPO DEL DELITO, MEDIOS DE PRUEBA. Clemente A. Díaz señala que el cuerpo del delito puede ser probado por cualquier medio de prueba, porque en el proceso, en general, y en el proceso penal particularmente, nunca se concreta un sólo y único medio probatorio; y paradójicamente -enseña-, la existencia de la prueba única, aunque ella reuniera los requisitos establecidos por el legislador como prueba clásica, podría ser la más dudosa o la que en todo caso no aportara al entendimiento del juez la segura convicción que necesita para juzgar. (del voto del Dr.González Godoy).” SUMARIO DE FALLO 17 de abril de 1996 OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA oledo Jáuregui, Marcelo Oscar s/ Violación calificada y abuso deshonesto en concurso real y corrupción Sentencia - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. 17/4/1996.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. La demostración del delito en su materialidad física se puede probar de cualquier forma, en tanto ésta sea legal.” SUMARIO DE FALLO 5 de abril de 2006 OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA T., V. A.; Y., C. A.; M., L. A. s/ Homicidio culposo s/ Casación Sentencia - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. 5/4/2006.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. La comprobación de la existencia del cuerpo del delito, como punto de partida de la actuación jurisdiccional, debe ser a través de prueba directa.” SUMARIO DE FALLO 8 de julio de 1991 Id Infojus: SUB0915066 TEXTO FALLOS A LOS QUE APLICA ROSATTI, Alberto s/ INJURIAS Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 8/7/1991.

“PRUEBA, CUERPO DEL DELITO. El cuerpo del delito no admite sino prueba directa inmediata, quedando excluida por ende la indirecta o de presunciones.” SUMARIO DE FALLO 4 de octubre de 1971 OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA Zamorano, Orlando Néstor s/

Defraudación Sentencia - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. 4/10/1971.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. Para desentrañar el concepto de prueba directa e inmediata a que se refiere el artículo 358 inciso 1 del CPP no debe recurrirse al equívoco de pretender establecerlo con la naturaleza de la prueba sino que la exigencia de la norma está en asignar carácter de prueba directa o indirecta de acuerdo con la función directa o indirecta que desempeña cualquier tipo de prueba en la constatación del suceso del que se trate.” SUMARIO DE FALLO 10 de agosto de 1987 OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA Hoffman, Carlos y Casalla, Carlos y Adorno, Ermelinda. s/ Robo Calificado. Participación Criminal. Casación. Sentencia - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. 10/8/1987.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. Las prescripciones de los artículos del Código de Procedimientos en Materia Penal referidos a la comprobación del cuerpo del delito no constituyen una reglamentación sacramental de actividades sino, una guía para que la actuación del instructor sea eficaz desde el punto de vista investigativo y una pauta para el juzgador que le permita valorar la seriedad y confiabilidad de la prueba que se le trajo al juicio, lo que admite la posibilidad de admitir que alguna de aquéllas indicaciones haya sido dejada de lado si aparecen motivos razonables para ello y, dado así, que esa prueba pueda aprovecharse si nada disminuye su valor desde alguna otra perspectiva. Tanto más si, como en el caso de autos, toda la prueba reunida lo confirma y agrade el buen sentido dudar siquiera que no pueda computarse el secuestro del reloj porque no se haya levantado el acta.” SUMARIO DE FALLO 12 de marzo de 1987 FALLOS A LOS QUE APLICA PAPUZINSKI, CLAUDIO. s/ CUERPO DEL DELITO. Sentencia - CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. 12/3/1987.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. Aún en general, incluso en regímenes que ponderan y tasan legalmente la prueba idónea para autorizar el reproche penal (v.gr. Cód. Proc. Penal de la Nac. -ley 2372 y sus modific.), se ha entendido que resulta errónea la base argumental de la impugnación, que estima imprescindible para tener por demostrada la materialidad del hecho delictivo, en el caso, que se hubiese producido prueba pericial. Así Julio C. Ledesma señala que no se exige, como prueba indefectible del hecho criminoso, tener a la vista el signo, instrumento o efecto material del delito en sí mismo y en toda su realidad intrínseca, sino que basta la convicción de que un hecho delictuoso ha sido perpetrado, con tal que esa convicción llegue al ánimo del juez en forma inequívoca y plena, por los medios probatorios que la ley indica. (Valoración de la confesión y de los indicios en el proceso criminal, L.L. 105-1094). (del voto del Dr.González Godoy).”

SUMARIO DE FALLO 17 de abril de 1996 OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA oledo Jáuregui, Marcelo Oscar s/ Violación calificada y abuso deshonesto en concurso real y corrupción Sentencia - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. 17/4/1996.²⁷⁸

Sin perjuicio de lo adelantado en los criterios anteriores, al igual que en nuestro país, existe el problema de establecer si se trata de un concepto que sólo deba ser utilizado como base del procedimiento penal (en el auto de procesamiento) o también para fundar la punición estatal (en la sentencia definitiva). A este respecto, la jurisprudencia se encuentra dividida, aunque parece permear el segundo de los criterios citados. De cualquier modo, parece no existir una sanción procesal o constitucional en caso de emplear el cuerpo del delito para fundar una sentencia definitiva, según se aprecia a continuación:

“CUERPO DEL DELITO. La comprobación de la existencia del cuerpo del delito como base del procedimiento en materia penal, se ve satisfecha, con la verificación de todos los elementos objetivos que hacen a la descripción legal, sin que resulte necesario la obtención legal de los elementos materiales que fueron objeto del hecho delictuoso. Tan es este el criterio de nuestro código de procedimientos que el mismo se ocupa expresamente de aquellos casos en que no hayan quedado huellas o vestigios del delito (art. 217) o cuando el delito fuere de los que no dejan huella de su perpetración (art. 218).” Sumario OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA MANOLIO, Jorge Pascual s/ HURTO Sentencia - CAMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL. 17/5/1985 SUMARIO DE FALLO 17 de mayo de 1985.

“ABSOLUCIÓN, DUDA, CUERPO DEL DELITO. Corresponde absolver al encausado si no se pudo determinar si la sustancia secuestrada en su poder fue la misma sobre la que recayó la pericia practicada en autos, o sea que, al no haberse acreditado el cuerpo del delito se produce una situación de duda que corresponde hacerla valer en favor del prevenido, sin que ello pueda ser alterado por sus expresiones en el sentido de nominar al estupefaciente de que se trata. De lo contrario, el examen pericial resultaría innecesario, a la vez que dependería sancionar o no al individuo de aquello que dijese o no, y no de aquello que tuviese. En supuestos en que el elemento incautado conforma el elemento material del delito que se investiga, debe recordarse que los arts. 316 inc. 7 y 358 inc. 1 del C.Pr.Cr. establece que la existencia del cuerpo del delito -es decir el conjunto de elementos físicos y materiales, principales y accesorios de que el delito

²⁷⁸ Ídem.

se compone- puede probarse por todos los medios legítimos, excepto por indicios o confesión.” SUMARIO DE FALLO 9 de noviembre de 1987 Id Infojus: SU40000176 TEXTO Sumario OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA NUÑEZ, MIRTA Y OTROS s/ INFRACCION LEY 20.771 Sentencia - CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SAN MARTIN. 9/11/1987

“CONFIGURACIÓN DE CUERPO DEL DELITO. La descripción del cuerpo del delito en una sentencia o auto de prisión preventiva no es otra cosa que la relación, dentro de un acontecer ilícito, de los elementos fácticos relevantes con relación al encuadramiento penal efectuado.” SUMARIO DE FALLO 14 de agosto de 1989 FALLOS A LOS QUE APLICA GOMEZ, Juan Eduardo s/ Encubrimiento y robo Sentencia - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. 14/8/1989

“ALCANCES DE CUERPO DEL DELITO, APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. No es necesario, para un veredicto de culpabilidad, que el cuerpo del delito se encuentre totalmente conformado por el "corpus criminis", el "corpus instrumentorum" y el "corpus probatorium", bastando sólo uno de ellos, en la medida en que el último integra al mismo tiempo la plena prueba de confesión y/o testimonial, idóneas por sí mismas para acreditarlo.” SUMARIO DE FALLO 18 de marzo de 1977 FALLOS A LOS QUE APLICA SANCHEZ, MANUEL s/ PRUEBA - CONFESION TESTIMONIAL Sentencia - CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. 18/3/1977.

“CUERPO DEL DELITO, PRUEBA. No se viola el art. 259 inc. 1 del C.P.P. si el sentenciante acreditó el cuerpo del delito en base a prueba de confesión (art. 238, t.o. C.P.P.)” SUMARIO DE FALLO 10 de julio de 1990 Sumario OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA Ferraresi, Ernesto Oscar y otro s/ Asociación ilícita - Infracción al art. 179 C.P. Sentencia - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. 10/7/1990.²⁷⁹

Fuera las tesis previamente citadas, al igual que ha ocurrido en nuestra jurisprudencia, los criterios jurisdiccionales giran en torno a la configuración de determinados delitos en particular, tales como los delitos de robo, hurto, homicidio, violación, desacato, estupefacientes, contrabando, estafa, falsificación de documento, entre otros.

²⁷⁹ Ídem.

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO EN MÉXICO

Históricamente, los textos constitucionales previos a nuestra actual ley fundamental, emplearon diversos términos para hacer referencia a la salvaguarda jurídica de la libertad personal; así por ejemplo, el artículo 287 de la **Constitución de Cádiz de 1812**, establecía como requisito la *“información sumaria del hecho que mereciera pena según la ley”* para poder dictar el *“auto motivado de prisión”*.²⁸⁰

Posteriormente, el artículo 150 de la **Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824**, exigía como requisito para ser detenido, que existiera *“prueba semiplena o indicio de que es delincuente”*.²⁸¹

Las **Siete Leyes Constitucionales de 1835**, disponían en sus fracciones I y II del artículo 2º, que el auto para ser declarado preso, debía expedirse por mandamiento escrito del juez competente y debía *“ser motivado”*.²⁸²

Dentro de las **Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843**, el artículo 9º fracción VI disponía que nadie podría ser detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito, firmado y sólo cuando obraran *“indicios suficientes para presumir a alguien como autor del delito”*; asimismo, se precisaba que *“si los indicios se corroboraban legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podía decretarse la prisión”*. Cabe decir que la expresión de “méritos” suficientes, siguió empleándose por mucho tiempo en nuestra práctica jurisdiccional.²⁸³

²⁸⁰ Consultado en la página de la Fundación “Centro de Estudios Constitucionales” en fecha 25 julio de 2013 a las 10:30 hrs. http://www.constitucion1812.org/documentos/cons_1812.pdf

²⁸¹ Consultado en la página de la Cámara de Diputados en fecha 25 julio de 2013 a las 11:00 hrs. http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf

²⁸² Consultado en la página de la Cámara de Diputados en fecha 25 julio de 2013 a las 11:30 hrs. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>

²⁸³ Consultado en la página de la Cámara de Diputados en fecha 25 julio de 2013 a las 12:00 hrs. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1843.pdf>

Curiosamente, el efímero **Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856**, además de exigir la existencia de “*indicios para presumir ser reo de determinado delito que se haya cometido*” en su artículo 40, también se exigía que el “*auto motivado de prisión*” debería tener como uno de sus requisitos: “*que estuviera averiguado el cuerpo del delito y que hubiera datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido era responsable*”.²⁸⁴

La **Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857**, dejaba la regulación de este instituto procesal a la ley secundaria; en tal sentido, establecía en el artículo 19 que la detención se justificara “*con auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley*”.²⁸⁵ Respecto a la orden de aprehensión, el Doctor José Ovalle Favela considera que, aunque el artículo 16 sólo se contemplaba expresamente la detención en caso de delito *in flagranti*, “los requisitos establecidos en la parte inicial de dicho artículo se consideraron aplicables” para aquéllas y para las órdenes de cateo,²⁸⁶ refiriéndose a que el mandamiento fuera por escrito y emitido por autoridad competente que fundara y motivara la causa legal del procedimiento.

A) Concepto original en la Constitución de 1917

Antes de entrar al análisis de este concepto constitucional, considero de suma relevancia realizar una breve síntesis histórica, pues a diferencia de lo que ocurre en otros países de habla hispana, esta garantía constituye un precioso anclaje en nuestra estructura constitucional. En este contexto, el Poder Constituyente reincorporó el concepto del cuerpo del delito en el artículo 19; empero, lo hizo bajo una precaria delimitación conceptual, pero de tintes ciertamente materialistas. Puede decirse que a partir de este momento comienza el debate jurisdiccional para definir su esencia ontológica, mismo que generó la innumerable cantidad de criterios que aniquilaron la certidumbre jurídica de los gobernados.

²⁸⁴ Consultado en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en fecha 25 julio de 2013 a las 12:30 hrs. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/842/13.pdf>

²⁸⁵ Consultado en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en fecha 25 julio de 2013 a las 13:00 hrs. <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>

²⁸⁶ OVALLE FAVELA, José. *Garantías constitucionales del Proceso*, Op. Cit., p. 112.

a) Análisis del Diario de Debates del Constituyente originario

1. Orden de aprehensión: la existencia de “*méritos suficientes*”

Inspirado en la idea en poner un freno a los arbitrarios arrestos y aprehensiones habitualmente llevados a cabo por las autoridades administrativas, el Constituyente decidió cambiar el texto del artículo 16 previsto en la Constitución de 1857; esto provocó que en la nueva redacción se estableciera, que las órdenes de aprehensión sólo pudieran ser dictadas por la autoridad judicial “*por delitos tipificados en la ley*” y con apoyo en una declaración bajo protesta de persona digna de fe.

Bajo esta tesitura, la Primera Comisión de la Asamblea Constituyente, integrada por el General Francisco J. Múgica y los CC. Alberto Román, L. G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga, presentó su dictamen en la 18 Sesión Ordinaria del 20 de diciembre de 1916, en la que propuso los cambios siguientes:

“Creemos conveniente que toda orden de arresto se libre por escrito y que en ella se exprese el motivo porque se ha dictado y ***el fundamento legal que la apoye, para que, de esta suerte, el aprehendido pueda darse cuenta exacta, desde el primer momento, de la acusación que se le hace.***

Nos parece justo también, no autorizar la aprehensión, de una persona cuando el hecho que se le imputa tiene señalada pena alternativa de pecuniara o corporal; en este caso puede substituirse la aprehensión por la simple citación, sin peligro alguno.”²⁸⁷

La propuesta hecha por la Comisión fue la siguiente:

“Artículo 16.- Nadie podrá ser aprehendido sino por orden escrita, motivada y fundada, de la autoridad judicial. No podrá expedirse ninguna orden de aprehensión sin que preceda acusación por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que esté apoyada aquella por datos que hagan probable la responsabilidad.”

Esta propuesta fue duramente criticada durante la siguiente sesión de fecha 23 de diciembre de 1916. Correspondió al Diputado Recio defender la postura de

²⁸⁷ MARVÁN LABORDE, Ignacio. *Nueva edición del Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª. Reimpresión, México, 2013, 690.

la Comisión y estimó pertinente dejar asentado que las órdenes de aprehensión se librarán por escrito para que “*el individuo tenga ya una idea general respecto del asunto o del delito que se le imputa*”, agregando que, cuando la pena fuera alternativa, simplemente bastaría con citar al inculcado “*para no ocasionarle un perjuicio*”. Así mismo, aclaró que las órdenes de arresto incumbían solamente a las autoridades administrativas, aunque no se precisó a qué autoridad en concreto, situación que generó suspicacias, considerando que podía ser desde un Gobernador hasta un gendarme.

Ahora bien, para ese entonces se consideró que los medios de comunicación eran suficientes para evitar que las autoridades administrativas dictaran órdenes de arresto de manera indiscriminada, pues solamente cumplían su papel con vigilar al presunto delincuente en tanto dieran “*cuenta a la autoridad judicial para que ésta dictara en toda forma sus órdenes respectivas*”, aclarando que las órdenes de aprehensión sólo serían dictadas por la autoridad judicial y “**previa demanda que se presentara respecto de un delito**”, situación diferente a las órdenes de arresto, donde se trataba de “casos de faltas leves, como por ejemplo, llevarse a un ebrio”, lo que se consideró “necesario para garantizar de una manera más sólida y más efectiva los derechos de los individuos”.²⁸⁸

Ésta incipiente idea del delito ligada con la orden de aprehensión, no supo expresarse en términos más concretos por la Comisión redactora, pero ya había un claro el avance: sólo podrían dictarse por la autoridad judicial, algo que pareciera bastante obvio hoy en día.

El debate se agudizó en lo referente a los “*casos urgentes*”, en los cuales las autoridades administrativas estarían facultadas para detener al inculcado, pues se desconfiaba mucho de los entonces “jefes políticos”, a quienes los miembros de la Asamblea Constituyente atribuían una gran cantidad de atropellos y arbitrariedades. A este respecto, correspondió al Diputado Múgica tomar la Tribuna y rebatir las objeciones formuladas por el Diputado Jara respecto a ésta forma de privación de la libertad de los gobernados, comentando y justificando con

²⁸⁸ CFR. *Ibidem*, pp. 693 a 695.

gran acierto cuál sería el grado mínimo para dictar las órdenes de aprehensión, en los siguientes términos:

“Si es la mente de los legisladores y en primer lugar la del Primer Jefe, quien lo ha consignado en el proyecto de Constitución, garantizar la libertad del individuo, es decir, de tal manera que previene en el cuerpo de este mismo artículo que **no debe dictarse ninguna orden de aprehensión hasta que no se haya definido si hay delito o no que perseguir, hasta que no esté garantizado, cuando menos, con el testimonio de dos o tres personas honorables que hay verdadero delito por el cual debe o no privársele de la libertad, y no simplemente aprehender a un individuo**, pregunto yo, señores, ¿será lógico darles esta facultad tan amplia a las autoridades municipales, por más honradas, por más honorables, por más populares y justicieras que sean, desde el momento en que se quita a la misma autoridad judicial la facultad de mandar aprehender a un individuo, que es la propia, la apropiada, la especial para estos casos de aprehensión, facultad que le corresponde de acuerdo con todas las legislaciones y por la naturaleza misma de su institución? Así nunca se necesita saber de antemano si hay en realidad delito que perseguir, ni el testimonio fundado de personas que acrediten que aquel individuo es delincuente para poder dictar la orden de aprehensión. ¿Será, pues, lógico y consecuente que si al Poder Judicial le quitamos esa facultad esa facilidad para efectuar la aprehensión de un presunto criminal, se la demos a la autoridad administrativa sólo en casos urgentes que necesariamente tiene que calificar la misma autoridad administrativa? Si ya previmos el caso de delito infraganti, desde el momento que un simple particular se le dan facultades para aprehender a un delincuente en el momento mismo en que comete un delito, sería ilógico exigir responsabilidades a una autoridad administrativa, si aprehendiera ella misma a aquel delincuente en el momento mismo en que cometió el delito. La comisión consideró que no habrá un caso más urgente que el de delito infraganti y consideró también lógico que en el supuesto que se le dan facultades a los mismos particulares para efectuar una aprehensión, con mayoría de razón la tienen los agentes de la autoridad. **Aquí se trata de otros acusados de delitos del orden común en que no se precisa esos delitos que conmueven hondamente a la sociedad, en que sea indispensable ocurrir a la autoridad judicial y sentar la demanda y ocurrir a todos los procedimientos para que luego esa autoridad judicial venga a dictar la orden de aprehensión contra esos individuos** y que **en vista del abuso que el poder Judicial cometió antes porque era muy sencillo declarar que un individuo era criminal y de ésta manera infame ordenar su aprehensión**, de esta manera injusta, el Primer Jefe consideró que debían restringirse las facultades de la autoridad judicial, y la comisión no encuentra ilación enteramente

lógica, entre restringir las facultades del poder judicial para poder dictar una orden de aprehensión y entre dejar esas facultades amplísimas a una autoridad política con sólo el criterio de calificar de urgente esa aprehensión y luego ser responsable de esa misma aprehensión, porque la responsabilidad de una autoridad política, no salva a un individuo aprehendido, de la infamia que se le hace de aprehenderlo de una manera injusta, por más que sufriera las consecuencias de ese abuso de autoridad. Si la mente de la Constitución es garantizar los derechos del hombre, principalmente aquellos que ven a la honra, y el robo es el acto más deshonoroso para un ciudadano porque hasta la misma Constitución le quita los derechos de ciudadano, la sociedad le retira su confianza y produce vergüenza hasta entre su familia, su mujer y sus hijos; es muy justo que nosotros seamos consecuentes y tratemos de conservar esa honra de los individuos quitando a la autoridad, en todo caso a la autoridad administrativa, la facultad de hacer una aprehensión, salvo el caso en que se trate de un delito infraganti.”²⁸⁹

El dictamen que antecede no fue aprobado por la Asamblea Constituyente y pidieron retirarlo para que se presentara uno nuevo, tomando en cuenta todas las objeciones formuladas; en consecuencia, durante la 24 sesión ordinaria del 27 de diciembre de 1916, habiendo hecho los cambios sugeridos por la Asamblea, la referida Comisión propuso un nuevo proyecto del artículo 16, resaltando en lo que interesa lo siguiente:

"Art. 16. - Nadie podrá ser arrestado sino por orden escrita, motivada y fundada, de la autoridad judicial. **No podrá expedirse ninguna orden de aprehensión, sino que preceda acusación por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que esté apoyada aquélla con otros datos que hagan probable la responsabilidad.** En el caso de flagrante delito cualquiera persona, puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, la primera autoridad municipal del lugar podrá decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.”²⁹⁰

Durante la discusión de éste artículo, la citada Comisión justificó la existencia de la orden de aprehensión al considerar “demasiado peligrosa” la idea de permitirle al inculpado primero ser oído por un Juez para poder aprehenderlo

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 701 y 702.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 711 y 712.

porque se daría a la fuga, aunado a que, con las garantías concedidas por el artículo 20 constitucional, se consideró “suficientemente asegurada” la libertad del gobernado y que de ésta manera se conciliaban “los intereses de cada individuo, con los de la comunidad”; en este sentido el Diputado Colunga sostuvo que:

“Indudablemente, cuando se trata de ataques a la propiedad, debe oírse en juicio al individuo a quien se trata de despojar, porque el despojo sería definitivo; cuando se trata sencillamente de aprehender a un individuo, a quien se ha acusado por un hecho determinado, la privación de la libertad no es definitiva, es transitoria, puesto que en el artículo 20, en la fracción I, se concede a todo inculpado el derecho de obtener su libertad, sin más requisito que poner el importe de la fianza que se determine, a disposición del juez. (...) en infinidad de casos en que pesan graves acusaciones sobre un individuo, urge asegurarlo y no darle tiempo para que se fugue (...).”²⁹¹

No obstante lo anterior, las palabras “arresto”, “aprehensión” y “detención” en la nueva redacción propuesta provocaron gran confusión entre los miembros de la Asamblea; por tal razón, el Diputado Colunga procedió a proporcionar la explicación a nombre de la Comisión:

“Se entiende por arresto, el hecho de proceder a la captura de una persona y ponerla a disposición de la autoridad que deba juzgarla. La autoridad judicial no podrá aprehender a ninguna persona, sino librará órdenes a la policía; por esta razón se creyó más propio usar la palabra "arresto", en lugar de "aprehensión" que era la que antes usaba la Comisión.

Respecto a las facultades de la autoridad municipal, la palabra "detención" tiene el mismo significado que "arresto" en este caso. La facultad que se da a la autoridad municipal, se refiere a los casos urgentes, y para justificar la urgencia de un caso, indudablemente que debe tenerse en cuenta la magnitud del delito y la responsabilidad del acusado, de subsistir, en caso de que no se le aprehendiera inmediatamente; como esta facultad se le da a la autoridad municipal bajo su entera responsabilidad y sólo en casos de urgencia, creo que sería mucho exigir ponerle las mismas trabas que a la autoridad judicial.”²⁹²

Como era natural, el enredo provocado entre los conceptos de “arresto”, “detención” y “aprehensión” se dejaron sentir entre los miembros de la Asamblea, por lo que el Diputado Espinosa pidió la palabra para hacer la aclaración siguiente:

²⁹¹ *Ibidem*, p. 716.

²⁹² *Ibidem*, pp. 717 y 718.

“En cuestiones penales está bien definido lo que debe entenderse por detención y arresto. La detención comprende las 72 horas prescriptas por la ley, siempre que no haya motivo para dictar auto de formal prisión. El arresto, si es menor es de tres a quince días; y si es mayor; llega a ser hasta de 11 meses. Me permito hacer esta indicación, únicamente para que conste en el DIARIO DE LOS DEBATES, porque me parece que ya está demasiado precisado en nuestra jurisprudencia.”²⁹³

Respecto a la objeción formulada en torno a “la privación de la libertad” que conlleva la orden de aprehensión, formulada por varios miembros de la sesión, el Diputado Terrones hizo una importante aclaración en el sentido siguiente:

“(…) en la cuestión de la propiedad; nadie puede ser privado de su propiedad sin ser oído, de manera que si se le quitan sus propiedades, aunque sean de un valor insignificante, tiene que haber un juicio; pero **aquí no se trata de dictar sentencia, se trata de iniciar procedimiento criminal, lo que se hace con el auto cabeza de proceso, pero antes de él debe aceptarse la declaración del inculpado o presunto reo y yo puedo asegurar que jamás habría procesos y en tal o cual circunstancias, como diligencia previa, se necesitaría llamar a declarar al presunto reo**”, “...(sin confundir) la cuestión de que nadie puede ser juzgado, sentenciado o desposeído de sus propiedades sin que haya antes proceso y todas las formalidades debidas; **aquí** no se trata de eso, **se trata precisamente de iniciar el proceso.**”²⁹⁴

En estas intervenciones, es visible la discrepancia terminológica entre los conceptos de “arresto”, “aprehensión” y “detención” del Constituyente y su actual significado, correspondiendo en la actualidad el primero como atribución de la autoridad administrativa por faltas de este tipo, el segundo como atribución exclusiva de las autoridades judiciales y la tercera como atribución exclusiva del Ministerio Público para casos urgentes. Así, por su parte, la única intervención en la discusión de éste artículo correspondió al Diputado Refugio Mercado, quien realizó algunas acotaciones terminológicas de suma importancia:

“Jurídicamente hablando, la palabra ‘arresto’ significa cosa muy distinta de ‘detención’, ‘aprehensión’. En consecuencia, creo yo que debe substituirse esta palabra poniendo este inciso y la palabra ‘aprehensión’, en esta forma, más o menos: ‘ninguna persona acusada

²⁹³ *Ibidem.*, p. 718.

²⁹⁴ *Ibidem.*, p. 721.

o denunciada como responsable de un delito que merezca pena corporal, podrá ser detenida o aprehendida sin orden escrita de la autoridad judicial competente.' Si he dicho: 'acusada' o 'denunciada', me he referido a dos casos distintos en jurisprudencia; porque ustedes saben perfectamente que no todos los delitos son acusados, sino que algunos son simplemente denunciados, y entre acusado y denunciado hay muchísima diferencia. Si ponemos simplemente acusado, como dice el proyecto, resulta que entonces o queda suprimida la persecución de los delitos por simple denuncia, o cuando haya una simple denuncia por algún delito, la autoridad no puede proceder si dejamos el artículo en esa forma. Además, decía, que la palabra arresto no es la apropiada para este lugar, porque el arresto, jurídicamente hablando, significa cosa muy distinta: el arresto significa ya el hecho de estar el acusado en poder de la autoridad, cualquiera que sea, administrativa o judicial. **A la detención se procede en esa forma: muchas veces viene un individuo a declarar ante un juez, y cuando en el proceso está comprobado el cuerpo del delito, cuando de la declaración resultan méritos bastantes para proceder, inmediatamente dicta el juez una determinación, diciendo que queda detenido el acusado.**"²⁹⁵

Esta idea quedó finalmente plasmada en la redacción del artículo 16 constitucional, hecha de conocimiento a la Asamblea Constituyente en la 38ª Sesión de fecha 11 de enero de 1917, por la citada Comisión redactora. De tal modo, ésta incorporó las modificaciones y propuestas hechas por los abogados que formaban parte de la Asamblea; dicha propuesta fue aprobada por mayoría de 147 votos a favor y 12 en contra en la 40ª Sesión Ordinaria de fecha 13 de enero de 1917. Finalmente, el texto aprobado quedó en los siguientes términos:

"Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. **No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado,** hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y

²⁹⁵ MARVÁN LABORDE, Ignacio. *Op. Cit.*, p. 723.

tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. (...) "²⁹⁶

Como se advierte del proceso legislativo, la orden de aprehensión surge como una garantía que asegura la libertad personal de los gobernados, aunque surgió con la ligereza que no precisar los alcances o el significado de lo que debía entenderse por **“hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”**.

Este ligero inconveniente, degeneró en la práctica y fue llamado por jurisprudencia como **“méritos suficientes”**, término que no sólo resultaba aberrante por dar la apariencia de que los méritos eran del delincuente, cual premio por su mala conducta (aunque en verdad se refería a los *méritos de la investigación criminal*), sino que además siguió utilizándose hasta 1993, sin especificar realmente cuál era su contenido, generando una gran ambigüedad empleada a conveniencia de la autoridad judicial.

Esta incipiente idea de otorgar al gobernado una garantía para proceder a su aprehensión y llevarlo ante el Juez para rendir su declaración preparatoria y contestar a los cargos que se le imputen, bajo un régimen de “mera provisionalidad”, constituyó desde entonces una de las características fundamentales de este concepto procesal. Como quiera, se sentaban las bases sobre las cuales cualquier gobernado podría ser **“molestado en su libertad”**, al incorporarse por primera vez y de forma implícita el **principio de legalidad en materia penal** dentro del artículo 16 constitucional.

Lamentablemente, la jurisprudencia entendió reiteradamente que la expresión **“hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”** no tenía una conexión directa y estrecha con el *exacto encuadramiento de la conducta típica*, sino más bien con un *examen cuidadoso de los hechos denunciados*, que en todo caso, *deberían estar sancionados con pena corporal*, dejando así el encuadramiento típico para el dictado del auto de prisión preventiva, al tener por acreditado el cuerpo del delito.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 739 y 740.

Así, desde 1925 la Primera Sala de la Suprema Corte sentó el criterio de que la orden de aprehensión se refiriera a hechos que realmente pudieran constituir un delito que la ley castigue con pena corporal, ordenando al Juez de amparo realizar un estudio de las circunstancias de ejecución del acto. Este criterio siguió reiterándose hasta 1931, dando lugar a que se formara la siguiente jurisprudencia por reiteración:

“ORDEN DE APREHENSION. *Para que proceda una orden de aprehensión, no basta que sea dictada por autoridad judicial competente, en virtud de denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que se requiere además, que el hecho o hechos denunciados realmente puedan constituir un delito que la ley castigue con pena corporal; y el juez de Distrito debe hacer un estudio de las circunstancias en que el acto fue ejecutado para dilucidar si la orden de captura constituye o no, violación de garantías.*”²⁹⁷

Para 1942, la Primera Sala estableció que el Juez ordenador de la captura, debía examinar los hechos denunciados para saber si realmente constituían delitos o no; de algún modo, esta afirmación llevaba implícita la exigencia del análisis de la “tipicidad de la conducta” o, quizás más propiamente para esta etapa del desarrollo jurídico, el juicio de adecuación entre “el hecho y la prohibición legal”. Lo anterior puede observarse en la tesis aislada de rubro y contenido siguientes:

“ORDEN DE APREHENSION. *Es necesario que el Juez examine los actos imputados para determinar si son o no delictuosos, sin que sea suficiente que el denunciante aplique a estos actos nombres de delitos. Hay un error en suponer que, presentada una acusación, por tal o cual delito, no se haga necesario el examen previo de los hechos que se denuncian, a efecto de poder resolver si estos hechos constituyen o no, el delito denunciado, y que se deba dejar este examen para cuando se dicte el auto de prisión preventiva; porque el artículo 16 constitucional establece como requisito esencial, que el hecho que amerite la orden de aprehensión, se castigue con pena corporal, y no es posible saber si se cumple con ese requisito, si no se hace el examen del hecho que motiva la denuncia, antes de dictar la orden.*”²⁹⁸

²⁹⁷ Época: Quinta Época Registro: 390805 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Apéndice de 1995 Tomo II, Parte HO Materia(s): Penal Tesis: 936 Página: 592.

²⁹⁸ Época: Quinta Época Registro: 308170 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo LXXIV Materia(s): Penal Tesis: Página: 5885.

Posteriormente, en 1948 la Primera Sala de la Suprema Corte sostuvo que no era necesaria la comprobación del cuerpo del delito para librar una orden de aprehensión, estimando también que la probabilidad de haber cometido el delito implicaba una posibilidad de reclasificación legal de los hechos denunciados, así como que la posibilidad de no haber existido ningún delito o no se hubiera probado su comisión; ello, según se aprecia en la tesis aislada visible siguiente:

“ORDEN DE APREHENSION. *Para que proceda la orden de aprehensión, el artículo 16 constitucional no exige que esté comprobado el cuerpo del delito sino simplemente que sea probable que se haya cometido, y esta situación legal, implica la posibilidad de que no se haya cometido el delito que se denuncia, sino otro del mismo género, en cuyo caso procede el cambio de clasificación, o bien de que no se haya cometido ninguno o no se pruebe que se haya cometido, en cuyo caso procede la libertad por falta de méritos, sin que en ninguno de los dos casos pueda considerarse ilegal la orden de aprehensión.*”²⁹⁹

Por otra parte, nuestro Máximo Tribunal estableció que la “falta de intención delictuosa” no sería analizada en la orden de aprehensión sino hasta el dictado del auto de término constitucional, como parte del análisis del cuerpo del delito, según puede apreciarse en la **tesis aislada** sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguiente:

“ORDEN DE APREHENSION. *Si la orden de aprehensión reclamada se ajustó a lo previsto por el artículo 16 constitucional, la apreciación de las razones que la quejosa expuso contra esa orden, relativos a su falta de intención delictuosa, tendrá lugar adecuado al examinar el Juez los elementos allegados para la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad de la recurrente, con el objeto de pronunciar el auto de formal prisión, o bien con el de ponerla en libertad por falta de méritos, si los requisitos del artículo 19 constitucional no los comprueba la averiguación practicada dentro de las setenta y dos horas correspondientes. Y todo esto sin contar con que, si llegare el Juez de la causa a decretar la formal prisión de la acusada, esos argumentos podría probarlos y hacerlos valer en el curso del proceso, cuyo fin es la*

²⁹⁹ Época: Quinta Época Registro: 297329 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo CXIV Materia(s): Penal Tesis: Página: 561.

*investigación de la verdad real, para lograr la absolución de los hechos motivo del encausamiento.*³⁰⁰

Por otra parte, existió una especie de desidia judicial que se ve claramente reflejada en criterios como el siguiente, donde el Magistrado Ponente Gustavo Calvillo Rangel, reiteraba el criterio del Supremo Tribunal, relativo a la falta de comprobación del cuerpo del delito en una orden de aprehensión, pero sin determinar el contenido o significado de la expresión *“hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”*. Lo anterior, puede observarse en la **tesis aislada** sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito del tenor literal siguiente:

***“ORDEN DE APREHENSION Y AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE MERITOS, DICTADOS EN UNA MISMA CAUSA PENAL. Aun cuando se haya dictado auto de libertad por falta de elementos para procesar en favor del coindiciado del hoy quejoso, al considerar el juez responsable que no se encontraba debidamente comprobado el cuerpo del delito en estudio; la orden de aprehensión que se dicte en contra del quejoso está apegada a derecho si se cumplen los requisitos del artículo 16 constitucional. Para así considerarlo es conveniente mencionar que para dictar un auto de formal prisión es necesario que se cumpla con los requisitos que establece el artículo 19 constitucional, es decir, que los datos que arroje la averiguación previa sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito de que se trate, así como para hacer probable la responsabilidad del inculpado; mientras que la orden de busca, aprehensión y detención se rige por el artículo 16 de la Carta Magna, que exige como requisitos para librarla, que exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y que la misma se encuentre apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado, sin que sea necesario que se acredite el cuerpo del delito.*”**³⁰¹

Un par de años antes, el Magistrado Federal Eric Roberto Santos Partido, confundió *“la comprobación”*, con *“la falta de apreciación”* de la declaración de las dos personas que hubieran realizado la imputación de los hechos; ello, al tomar en consideración el criterio simplista de que dichas declaraciones deberían ser apreciadas para fundar el auto de formal prisión o para condenar en definitiva,

³⁰⁰ Época: Quinta Época Registro: 301681 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XCVIII Materia(s): Penal Tesis: Página: 1864.

³⁰¹ Época: Octava Época Registro: 219795 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo IX, Abril de 1992 Materia(s): Penal Tesis: Página: 559.

pero no para dictar la orden de aprehensión. Con este criterio, dio a los Jueces Penales el carácter de meros “tramitadores” o “despachadores” de las órdenes de aprehensión, como si se trata de un gestor o tendero de supermercado; en todo caso, su facultad para “valorar las pruebas” emergería sólo hasta el auto de término constitucional. Lo anterior encuentra sustento en la **tesis aislada** sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito cuyo texto es el siguiente:

“ORDEN DE APREHENSION, LEGALIDAD DE LA. *Apareciendo en autos comprobado un hecho delictuoso que la ley castiga con pena corporal, y la declaración de dos personas que imputan responsabilidad a los quejosos en ese hecho antijurídico, es indudable que esa orden de aprehensión está ajustada a derecho, pues tales declaraciones sería necesario apreciarlas para fundar el auto de formal prisión o para condenar en definitiva, pero no para dictar la orden de aprehensión.*”³⁰²

En igual sentido que el anterior, abundaron las tesis que no explicaban de manera concisa por qué no había que hacer el encuadramiento típico de la conducta, limitándose tan sólo a reiterar que ese **no era un requisito constitucional de la orden de aprehensión**. En el mejor de los casos, se consideraba que no se trataba de la acreditación del cuerpo del delito, como puede observarse en la siguiente tesis aislada:

“ORDEN DE APREHENSION. NO REQUIERE QUE ESTE PROBADO EL CUERPO DEL DELITO. *Cuando el acto reclamado en el juicio de garantías, lo constituye una orden de aprehensión, ni el juez de la causa, ni el de Distrito, tienen obligación alguna de estudiar lo referente a la comprobación del cuerpo del delito, ya que este requisito no se encuentra contemplado entre los exigidos, por el artículo 16 de nuestra Carta Magna para dictar una orden de aprehensión, y en atención a esto, si no se realiza un análisis de esta cuestión, con ello no se perjudica al quejoso y menos aún se viola garantía alguna en su contra.*”³⁰³

Incluso, se llegó a sostener que, mediante la *hermenéutica jurídica*, los hechos debían ser delictuosos pero de ningún modo se precisaba la forma en que se llegaba a tal conclusión, según se aprecia a continuación:

³⁰² Época: Octava Época Registro: 910038 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Apéndice 2000 Tomo II, Penal, P.R. TCC Materia(s): Penal Tesis: 5097 Página: 2606.

³⁰³ Época: Octava Época Registro: 221871 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo VIII, Septiembre de 1991 Materia: Penal Tesis: VI.2o. J/147 Página: 75.

“ORDEN DE APREHENSION, REQUISITOS QUE DEBE CONTENER LA. *Para librar una orden de aprehensión, no es necesario que se acredite el cuerpo del delito de que se trate, sino sólo que se reúnan los extremos del artículo 16 constitucional, sin embargo, conforme a la hermenéutica jurídica de dicha disposición constitucional, los hechos atribuidos al inculpado deben tener el carácter de delictivos a fin de que puedan ser sancionados con pena corporal.”*³⁰⁴

La pregunta es: ¿cómo podría obtenerse el carácter “posiblemente delictivo de la conducta” sin realizar un juicio de tipicidad preliminar?

Todavía más, si el juez ordenador de la captura, en un intento de ser más garantista, realizaba un análisis del cuerpo del delito, el acto resultaba inconstitucional en sí mismo, pues la motivación exigida en el artículo 16 constitucional, se refería a precisar el por qué y con qué datos específicos se reunía el requisito del *hecho determinado que la ley castigue con pena corporal*, que era el que resultaba exigible para este tipo de resoluciones. Lo anterior se aprecia en la siguiente tesis aislada:

“ORDEN DE APREHENSION, NO COMPRENDE EL EXAMEN DEL CUERPO DEL DELITO, LA MOTIVACION DE LA. *El artículo 16 constitucional, que es el que consagra la normatividad que debe regir en el libramiento de las órdenes de aprehensión, establece que, no puede librarse orden de aprehensión o detención, sino por autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas, por declaración bajo protesta, de persona digna de fe, o por otros datos, que hagan probable la responsabilidad del inculpado. Ahora bien, como puede observarse de la copia de la orden reclamada, el juez emisor al pronunciarla, soslayó por completo los requisitos del antes citado artículo 16 constitucional, y equivocadamente orientó su estudio, a la comprobación del cuerpo del delito y a la presunta responsabilidad del activo, aspectos que, en todo caso, serían conducentes en tratándose del auto de formal prisión. Consecuentemente, es indefectible, que el juez responsable, no motivó la mencionada orden, conforme lo ordena el precepto 16 constitucional ya invocado, dado que, no expuso por qué motivos concretos y con qué datos específicos, se reunían esos requisitos exigidos para librar una*

³⁰⁴ Época: Octava Época Registro: 210722 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Núm. 80, Agosto de 1994 Materia(s): Penal Tesis: XX. J/71 Página: 107.

orden de aprehensión y, sólo se refirió a otros aspectos, que no son exigibles en tratándose de este tipo de resoluciones.”³⁰⁵

Incluso el hoy Ministro en retiro, Doctor Genaro David Góngora Pimentel, cuando fungía como Magistrado del Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, sostuvo en 1978, de forma contradictoria, que los “*hechos castigados por la ley*” con pena corporal no se referían al encuadramiento “*de la conducta típica*”, situación que no puede entenderse bajo el principio lógico de no contradicción, pues se excluían mutuamente los conceptos de legalidad penal y tipicidad de la conducta, imbitos uno dentro del otro, agravando más el estado de confusión. Lo anterior puede verificarse en la tesis aislada siguiente:

“ORDEN DE APREHENSION, CUERPO DEL DELITO EN LA. NO SE REQUIERE. *Una vez demostrada la comisión de hechos considerados como delictivos que la ley castigue con pena corporal, y la existencia de elementos que hagan probable la responsabilidad del indiciado en su comisión, tales elementos bastan para fundar la orden de aprehensión, sin que para el efecto se requiera el establecimiento del tipo delictivo en el que encuadra exactamente la conducta, puesto que la comprobación del cuerpo del delito sólo se requiere al momento de dictar un auto de formal prisión de acuerdo con el artículo 19 constitucional.”³⁰⁶*

Asimismo, el entonces Magistrado Ponente Fernando Hernández Reyes, adscrito al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, consideró en 1992 que el juez ordenador de la aprehensión no tenía obligación de realizar una “*exacta clasificación del delito*”, pues la concordancia del hecho delictivo con el tipo penal constituía sólo una “*clasificación provisional del ilícito imputado*”, idea robustecida bajo el argumento de que la comprobación del cuerpo del delito era el motivo por el cual habría de seguirse el proceso, alimentando así la controversia que giraba en torno a la garantía de Litis cerrada en materia penal y la cual se refiere a los hechos materia de la imputación ministerial y no a la clasificación legal del hecho. Lo anterior puede observarse en la tesis aislada siguiente:

305 Época: Octava Época Registro: 230270 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo II, Segunda Parte-2, Julio-Diciembre de 1988 Materia(s): Penal Tesis: Página: 368.

³⁰⁶ Época: Séptima Época Registro: 252498 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 109-114, Sexta Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 145.

“ORDEN DE APREHENSION, CLASIFICACION PROVISIONAL DEL DELITO PARA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA. Para que el juez instructor de la causa dicte una orden de aprehensión, no es necesario la precisa clasificación del delito, sino que basta con que se cumplan los extremos del artículo 16 constitucional, entre los cuales debe interpretarse adecuadamente el requisito relativo a que la denuncia se refiera a un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, es decir, que exista concordancia entre el hecho delictivo y el tipo penal referido en la orden de captura, circunstancia que constituye una clasificación provisional del ilícito imputado, fundamentándose el juzgador para el libramiento de dicha orden en los elementos convictivos que hasta ese momento se han aportado al sumario y será al resolver la situación jurídica del inculpado, cuando se determine la comprobación del cuerpo del delito, por el cual se seguirá el proceso, así como la presunta responsabilidad del inculpado en su comisión.”³⁰⁷

La idea de la “inexacta clasificación típica” persistió dentro del Poder Judicial de la Federación; así, el Magistrado Federal Raúl Díaz Infante Aranda, entonces adscrito al Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, sustentó en 1989 que se trataba de la “razonable tipificación del delito” hecha por el juez que había ordenado la captura, pero no se buscaba una “determinación exhaustiva de los elementos del tipo”, pues ésta sería propia del auto de formal prisión o la sentencia definitiva. Lo anterior puede corroborarse en la tesis aislada siguiente:

“ORDEN DE APREHENSION. Para dictarla, no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito, sino sólo que se reúnan los requisitos previstos en el artículo 16 constitucional, por lo cual, su precisa clasificación tampoco se exige en el libramiento de una orden de aprehensión; en consecuencia, si la conducta del indiciado, razonablemente pudiese tipificar el delito tomado en cuenta por el juez responsable, tal circunstancia es suficiente para justificar la constitucionalidad del mandato, sin que sea factible examinar si se demostró la materialidad de un ilícito diverso, pues para ello sería indispensable determinar exhaustivamente los elementos del tipo, lo cual sólo es necesario para fundar el auto de formal prisión o la sentencia definitiva.”³⁰⁸

Facilitando aún más la arbitrariedad en el dictado de las órdenes de aprehensión, el entonces Magistrado Ponente Leonardo Rodríguez Bastar,

³⁰⁷ Época: Octava Época Registro: 218259 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo X, Octubre de 1992 Materia(s): Penal Tesis: Página: 387.

³⁰⁸ Época: Octava Época Registro: 227136 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1989 Materia(s): Penal Tesis: Página: 345.

adscrito al Primer Tribunal Colegiado del Decimo Circuito, sostuvo en 1991 la idea del “*hecho delictuoso*” o “*hecho antijurídico*” para justificar la falta de un exacto encuadramiento típico; ambos términos difuminaron aún más la citada exigencia constitucional, careciendo de toda importancia si se trataba de una *figura delictiva en concreto u otra de características típicas similares*, pues al final de cuentas lo que se consideró realmente importante era que el hecho fuera sancionable “*con pena corporal*”. Este criterio se convirtió en la siguiente jurisprudencia por reiteración:

“ORDEN DE APREHENSION. NO COMPRENDE EL EXAMEN DE LA CLASIFICACION DEL CUERPO DEL DELITO, SINO UNICAMENTE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. Si tanto el juez de amparo, como la autoridad recurrente, coinciden en que la conducta imputada al quejoso constituye un hecho delictuoso sancionable con pena corporal, ello basta para hacer evidente que se actualizan dos de los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional; si a esto se suma que la orden de aprehensión combatida fue girada por una autoridad judicial competente, precedida de una denuncia que se encuentra apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe y por otros datos que hacen probable la responsabilidad del inculpado, es claro que los restantes requisitos del precitado numeral también se encuentran plenamente satisfechos. Por tanto, si el juez natural decretó la orden de aprehensión en contra del quejoso por el delito de robo, y al parecer el hecho antijurídico que la motivó no constituye propiamente ese delito, sino uno diverso, como podría ser el de abuso de confianza, tal circunstancia resulta intrascendente, porque sobre cualquier consideración debe prevalecer el que se actualicen las exigencias consignadas por el aludido precepto.”³⁰⁹

Reiterando las ideas contenidas en las tesis precitadas, el Magistrado Federal Doctor Jorge Ojeda Velázquez³¹⁰ afirma que de 1917 a 1993, el cuerpo del delito fue requerido sólo para dictar un auto de formal prisión y no para dictar una orden de aprehensión, reiterando que entre los requisitos constitucionales de ésta, se encontraba el relativo al “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, empero tampoco aclara el sentido de dicha expresión.

³⁰⁹ Época: Octava Época Registro: 214265 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Núm. 71, Noviembre de 1993 Materia(s): Penal Tesis: X.1o. J/13 Página: 80.

³¹⁰ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Op. Cit.*, p. 241.

Esta vaguedad persistente y conjunto de argumentos falaces, que permearon en la jurisprudencia hasta el año 1993, dieron lugar a un gran número de abusos judiciales; por ello, el Doctor José Ovalle Favela³¹¹ califica con justicia a esta época como aquella “en la que un vaso de agua y una orden judicial de aprehensión a nadie se le negaba”.

Ahora bien, una de las tesis más racionales sobre este tema, deriva de la postura sustentada por el Magistrado Federal Isidro Gutiérrez González, quien en 1987 y entonces adscrito al Primer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, señalaba que si bien no se exigía la comprobación del cuerpo del delito, sí era exigible que se revisaran “*con cautela*” todas las denuncias y querellas que fundaran la orden de aprehensión, por “*hechos que pudieran ser catalogados como delitos por la ley*”, ello como medida para evitar los abusos; sin embargo, se seguía incurriendo en el mismo defecto de vaguedad al no explicarse en qué consistía dicho concepto constitucional. Lo anterior puede observarse en la tesis aislada de rubro y contenido siguientes:

“ORDEN DE APREHENSION, CUERPO DEL DELITO TRATANDOSE DE LA. INTERPRETACION DE LA JURISPRUDENCIA 208, DEL APENDICE 1917-1975. *La tesis jurisprudencial 208 del Apéndice 1917-1975 no establece el requisito de que deba estar acreditado el cuerpo del delito, ya que sólo exige que la autoridad judicial vigile que los hechos sean materia de denuncia o querrella realmente puedan (no dice deban) constituir un delito, esto es, porque en el mundo de la facticidad, lo que para el órgano acusador constituye un delito, para el probable responsable puede no serlo, lo cual, se va a dilucidar justamente cuando el Juez de la causa conozca de la acusación y de los argumentos que en su defensa aporte aquél, es decir, después de escucharlo en preparatoria y al resolver la situación jurídica determinará si procede o no, incoar la misma al indiciado y hasta el dictado del acto de formal prisión, con lo que se inicia propiamente el procedimiento penal y es cuando ya debe quedar probado el cuerpo del delito, como lo dispone el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en lo atinente dice: "Dentro de las 72 horas siguientes al momento en el inculpado quede a disposición del Juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado parezcan acreditados los siguientes requisitos: Fracción II. Que esté*

³¹¹ OVALLE FAVELA, José. *El procedimiento penal oral en el Estado de Chihuahua*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2010, p. 40.

*comprobado el cuerpo del delito", y el artículo 163 de ese ordenamiento legal, dispone: "Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado"; si se relacionan las disposiciones legales transcritas con lo dispuesto en el artículo 19 de la Carta Magna, que en lo atinente dispone: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión", se concluye lógica y jurídicamente que es hasta este momento cuando se establece la comprobación legal del cuerpo del delito, que no se exige por el artículo 16 del mismo ordenamiento legal para el libramiento de una orden de aprehensión, pues se insiste, se ordena que los Jueces sean cautos al estudiar las denuncias, acusaciones o querellas que sean precisamente por hechos que puedan ser catalogados como delitos por la ley y que merezcan sanción corporal, para evitar la comisión de arbitrariedades, pero en ningún momento exige la comprobación del cuerpo del delito."*³¹²

No obstante lo anterior, excepcionalmente, se llegó a considerar que la orden de aprehensión debía contener el análisis del cuerpo del delito, pero sólo en los casos que la legislación secundaria así lo requiriera. Lo anterior puede observarse en las tesis aisladas siguientes:

"ORDEN DE APREHENSION, DEBEN ACREDITARSE PLENAMENTE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE HIDALGO). Según el artículo 398, fracción I, del Código de Procedimientos Penales, se exige como requisito previo para poder dictar una orden de aprehensión, que el cuerpo del delito que se atribuye al inculcado, se encuentre plenamente comprobado; en consecuencia, si falta alguno de los elementos que conforman el ilícito, evidentemente no se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la orden de aprehensión que se dicte resulta ilegal."³¹³

"ORDEN DE APREHENSION. PARA EL LIBRAMIENTO DE LA. NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). Para que el juez natural, en el libramiento de una orden de aprehensión, tenga la obligación de analizar la previa comprobación del cuerpo del delito, es menester que la legislación local aplicable exija esa comprobación, tal y como lo ha sustentado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cuarta tesis relacionada con la jurisprudencia identificada con el número 1228, que es visible en la página número 1975, Segunda Parte de la última compilación. Sin embargo, de la

³¹² Época: Séptima Época Registro: 247060 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 217-228, Sexta Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 414.

³¹³ Época: Octava Época Registro: 222292 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo VIII, Julio de 1991 Materia(s): Penal Tesis: Página: 186.

lectura del Título Cuarto del Capítulo Primero del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado, se colige que la legislación local no exige que, en el libramiento de las órdenes de aprehensión, deba comprobarse previamente el cuerpo del delito de que se trate, ya que, el artículo 146 de dicho ordenamiento legal, dispone, entre otras cosas, que para librar una orden de aprehensión contra el inculpado, bastará que se encuentren reunidos los requisitos precisados en el artículo 16 de la Constitución General de la República.”³¹⁴

En este sentido, como bien señala José Antonio Becerril,³¹⁵ la circunstancia de que el texto original del artículo 16 no previera “como requisito para el libramiento de la orden de aprehensión el acreditamiento del cuerpo del delito (...) dio origen a que tanto el Pleno de la SCJN como los TCC sostuvieran que para el libramiento de la orden de aprehensión no era necesario acreditarlo”, con excepción de “aquellos casos en que los códigos de procedimientos penales” lo exigieran expresamente.

El citado autor destaca que en la Primera Sala se sostenía la necesidad de estudiar el cuerpo del delito en la orden de aprehensión, “como presupuesto lógico necesario de la probable responsabilidad”, aseverando que “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 si de esos datos no se desprende la prueba del delito, mucho menos pueden desprenderse indicios de responsabilidad el acusado”, y que “desde el momento en que exige (el artículo 16) que la querrela, acusación o denuncia se encuentren corroboradas por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, implícitamente exige también que haya el mismo grado de probabilidad respecto de la exigencia del delito, ya que siendo la responsabilidad una relación que tiene como uno de sus términos, la realidad de un hecho delictuoso, primero es que exista éste para que después se determine a los autores del mismo.”³¹⁶

³¹⁴ Época: Octava Época Registro: 218051 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Núm. 58, Octubre de 1992 Materia(s): Penal Tesis: XVII.2o. J/6 Página: 66.

³¹⁵ BECERRIL GONZÁLEZ, José Antonio. *Op. Cit.*, p. 78 y 79.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 79.

De ahí que concluyera que “no podía existir probable responsabilidad incierta, desvinculada de un delito en específico”; asimismo, señala que, debido a que “el primer párrafo del artículo 16 de la CPEUM exigía la fundamentación y motivación de la orden de aprehensión”, esto “le imponía el deber al juzgador de invocar una norma de derecho sustantivo penal específica, distinta de las demás, y de exponer las razones por las cuales resultaba aplicable al caso concreto”, agregando que “éste criterio razonable y progresista tarde o temprano iba a imperar en nuestros tribunales.”³¹⁷

Por su parte, formulando una crítica certera a la aberrante postura de la Suprema Corte, el extinto jurista Marcos Castillejos Escobar sostenía en 1984 que:

“A pesar de que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, opina en sentido contrario, para librar la orden de aprehensión es necesario que este comprobado el cuerpo del delito, ya que el numeral 16 de nuestra Carta Marga, dispone que para hacer tal libramiento, se requiere que exista: 1. Denuncia, acusación o querrela; 2. De un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal –ese hecho se denomina delito–; 3. Que esa denuncia, acusación o querrela, estén apoyados por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe –testigo– o por otros datos –otros medios de prueba– que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Es decir, cuando ese precepto alude a un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, sin duda alguna se refiere a un delito, máxime que de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, sólo puede imponerse pena que esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; además para librar la orden de aprehensión en relación al cuerpo del delito, porque no puede hablarse de aquella probable responsabilidad, si no está acreditado el cuerpo del delito.”³¹⁸

Posteriormente, el citado jurista agrega que el criterio autoritarista de la Suprema Corte “es equívoco, porque (...) el propio artículo 16 constitucional, sin utilizar expresamente el término cuerpo del delito, exige que éste se compruebe para los efectos de librar la orden de aprehensión, pues ello se obtiene del requisito (...) que consiste en que la denuncia, acusación o querrela, se *refiera a*

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

³¹⁸ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *La reforma jurídica de 1983 en la Administración de Justicia*, México, D.F., 1984, pp. 702 y 703.

un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin duda alguna ese hecho se llama delito, tan es así que el artículo 7º. Del Código Penal, expresa que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."³¹⁹

Ahora bien, como requisito adicional a la arbitraria y precaria "*tipicidad difusa*", se exigía además: 1) la declaración de una persona "*digna de fe*", entendida como aquella a la que fuera factible otorgarle crédito, siempre y cuando no pudiere demostrarse su mendacidad en torno a ésta; o bien, 2) "*otros datos*", es decir, otras pruebas relativas al hecho investigado. Al efecto puede citarse la siguiente tesis aislada:

“ORDEN DE APREHENSION. PERSONA DIGNA DE FE. CONCEPTO DE, EN LA. Al introducir el constituyente la expresión "persona digna de fe" en la hipótesis del artículo 16 de la Carta Magna, en la parte en que se señalan los requisitos para librar una orden de captura, de acuerdo a una adecuada hermenéutica jurídica, se evidencia que quiso referirse, no a la persona en sí misma considerada, sino a la factibilidad de otorgarle crédito a la declaración por ella vertida sobre determinados hechos, en tanto no se encuentre demostrada su mendacidad en relación a tales hechos.”³²⁰

Por ende, la postura del extinto jurista Doctor Guillermo Colín Sánchez, resultaba parcialmente verdadera, pues aunque es cierto que el concepto de persona "*digna de fe*" fuera considerado de capital importancia, porque debía contarse "con una base más amplia que facilitase la credibilidad de los declarantes", y que implícitamente suponía "un buen proceder, honestidad o certeza en la verdad de un acto o hecho jurídico", resultare equivocada la perspectiva de considerar que dicho concepto tuviera relación alguna con la "*bona fide*" del Derecho Romano, especialmente aplicable al Derecho civil; ello, debido principalmente a su connotación procesal o, más estrictamente, probatoria, más que sustantiva.³²¹

En todo caso, lo que debía existir era "*congruencia*" entre la declaración de la persona "*digna de fe*" y las demás diligencias probatorias, con la finalidad de crear una probabilidad que permitiera.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 709.

³²⁰ Época: Octava Época Registro: 214727 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XII, Octubre de 1993 Materia(s): Penal Tesis: Página: 457.

³²¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. Cit.*, pp. 363 y 364.

2. Auto de formal prisión: el “*cuerpo del delito*”

Surgido como un instrumento procesal, imprescindible para todo Sistema de Enjuiciamiento Criminal, el auto que permite sujetar a proceso penal o “enjuiciar” penalmente a una persona que tiene relación estrecha con un evento delictivo, cumple una doble finalidad jurídico-política: a) justificar el poder de la autoridad judicial para inferir una afectación directa e inmediata sobre la libertad personal de los gobernados, permitiendo un sometimiento temporal a su facultad de imperio; y b) constituir el soporte o pilar fundamental del contradictorio punitivo en vista de un análisis preliminar pero suficientemente motivado, es decir, permite establecer la Litis principal del enjuiciamiento punitivo.

En este sentido, con justa razón el Doctor Sergio García Ramírez precisó que los autos de formal prisión y de sujeción a proceso constituyeron “resoluciones de la más elevada importancia en el procedimiento penal. Son, en esencia, la decisión y la constancia del procesamiento –de ahí que se les pueda abarcar con este rubro–, que fija el tema del proceso.”³²²

Por su parte, los Doctores Jorge Ojeda Velázquez³²³ y José Ovalle Favela³²⁴ dan cuenta de los antecedentes históricos que rigieron en los textos constitucionales previos a 1917, no omitiendo señalar que su denominación, así como sus requisitos, han variado sensiblemente a lo largo del tiempo.

Respecto a su regulación constitucional, el “**auto de formal prisión**” siempre ha tenido su sede en el artículo 19 desde 1917, el cual se aprobó por unanimidad de votos durante la 26ª Sesión Ordinaria del Congreso Constituyente de fecha 29 de diciembre de 1912,³²⁵ destacando que la única intervención realizada, fue sólo para aclarar que en la nueva redacción era substancialmente idéntica a la de 1857 y que, asimismo, se habían precisado los requisitos para dictar el auto de formal prisión, teniendo una garantía “mejor definida y asegurada”. Asimismo, se hizo énfasis en la garantía de litis cerrada y la

³²² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El nuevo procedimiento penal mexicano; la reforma de 1993-1994*, Op. Cit., p. 277.

³²³ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Op. Cit.*, pp. 321 a 323.

³²⁴ OVALLE FAVELA, José. *Garantías Constitucionales del proceso*, Op. Cit., p. 176.

³²⁵ MARVÁN LABORDE, Ignacio. *Op. Cit.*, p. 844.

investigación de los nuevos delitos mediante averiguación previa por separado; ello, a fin de evitar el cambio intempestivo de la acusación.

En este tenor, rescatando el valiosísimo aporte del Doctor José Ovalle Favela, señala que “a principios de 1916 la Secretaría de Justicia creó una comisión legislativa para que elaborara (...) un proyecto de reformas a la Constitución de 1857 (... el cual) trabajó del 13 de marzo al 23 de agosto de 1916”; asimismo, agrega que de dicho proyecto influyó en varios de los artículos finalmente aprobados, como el caso del artículo 19, que fue preparado por **Fernando Lizardi**, posteriormente diputado en el Congreso Constituyente. En este contexto, el citado autor refiere que:

“En el anteproyecto de Lizardi se reincorporaba el concepto de cuerpo del delito, como requisito para que se pudiera dictar el auto motivado de prisión. Este anteproyecto disponía: ‘Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión que tendrá como base, *la comprobación del cuerpo del delito*, el indicio cuando menos de culpabilidad del acusado y los demás requisitos que establezca la ley (...)’

Otro miembro de la comisión legislativa, José Diego Fernández, objetó el proyecto por considerar que la comprobación del cuerpo del delito no era un requisito indispensable para que se pudiera dictar el auto de formal prisión, sino que podría bastar la existencia de ‘sospechas vehementes’. **Lizardi respondió ‘que es un principio aceptado por toda la teoría, en toda la jurisprudencia del derecho penal, que no se puede ni si quiera proceder a la detención, ni menos a la formal prisión de un individuo, mientras no esté comprobada la existencia de un hecho delictuoso y comprobar la existencia de un hecho delictuoso, es comprobar el cuerpo del delito.** Que en tal virtud insiste en su proyecto.’ El anteproyecto fue aprobado por cuatro de los miembros de la Comisión, con el voto en contra de Fernández.”³²⁶

Finalmente, el proyecto fue aprobado con algunas precisiones de redacción y “el cuerpo del delito” quedó incluido como requisito de fondo para el dictado del auto de formal prisión. La redacción original del citado artículo 19 establecía lo siguiente:

³²⁶ OVALLE FAVELA, José. *Garantías Constitucionales del Proceso*, Op. Cit., pp. 178 y 179.

*“Art. 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el **cuerpo del delito** y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordena la detención o la consiente, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.”³²⁷*

Como puede apreciarse, el alcance de dicho requisito constitucional no fue precisado por la Comisión redactora ni por el Constituyente, una situación que contrasta con el álgido debate surgido en torno a la orden de aprehensión; no obstante ello, esta situación de opacidad no impidió a nuestro Supremo Tribunal que sostuviera reiteradamente la concepción materialista del cuerpo del delito, es decir, como una exigencia corpórea o tangible del hecho delictuoso, postura que aunque hoy resulta caduca, perduró durante mucho tiempo y que finalmente cedió, debido a las constantes críticas doctrinales y al avance garantista de la propia jurisprudencia, que poco a poco iba incluyendo los aspectos normativos y subjetivos específicos del tipo, una concepción que incluso, recogieron posteriormente los Códigos procedimentales Distrital y del fuero Federal.

Por su parte, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez refiere que durante la vigencia del texto original del artículo 19 “se produjeron diversos cambios en la legislación secundaria, la doctrina y la jurisprudencia, al intentar definir al *corpus delicti*”, prevaleciendo “un concepto asociado con la objetividad jurídica, el hecho material, pero también existieron opiniones a cargo de destacados juristas nacionales (...) 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 desarrollo de la dogmática nacional y la teoría del tipo”; en tal sentido, cita la opinión del jurista Eduardo Herrera Lasso quien al comentar el citado artículo, “advirtió desde 1979 que ante la imposibilidad de poder acreditar ciertos ilícitos como la difamación o el parricidio sin considerar los aspectos subjetivos, éstos debían trasladarse al cuerpo del delito, pues ‘en el

³²⁷ MARVÁN LABORDE, Ignacio. *Op. Cit.*, p. 845.

artículo 19 dolo y culpa han 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', agregando 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; o por el contrario, las causas de atipicidad correspondientes."³²⁸ Al respecto, aun cuando dicha postura resultó novedosa para su época, también era inexacta pues el dolo y la culpa no pueden ser considerados como "circunstancias de ejecución" de la conducta.

Algo es cierto; la inclusión del "cuerpo del delito" en el texto constitucional, surge bajo la necesidad de establecer una garantía que pudiera legitimar la afectación provisional a la libertad personal. Podría entenderse, en su sentido más nítido, que comprende el "posible delito", aquél que puede vislumbrarse, aun cuando no de forma plena, como resultado de la investigación realizada por el Representante Social, aquél que será objeto del proceso penal.

Ahora bien, a medida que la dogmática penal iba avanzando cada vez más, la función garantizadora del tipo iba cobrando mayor fuerza y, en la conceptualización que tendría el cuerpo del delito, existiría una mayor importancia de la "tipicidad total" de la conducta; sin embargo, en igual medida se estaría descuidando el establecimiento de una fórmula clara y concisa para poder determinar, con cierto grado de precisión, el nivel de prueba requerido en esta fase procedimental.

Este concepto constitucional, encierra una doble significación desde el punto de vista sistemático; por un lado, limita la posibilidad de variar los hechos materia de la imputación (garantía de *Litis cerrada*) y, al mismo tiempo, circunscribe objetivamente el poder punitivo en el ámbito jurisdiccional, en su fase inicial o primaria, al establecimiento de una clasificación típica de la conducta punible, provisional, pero nunca discrecional ni, mucho menos, arbitraria.

³²⁸ UROSA RAMÍREZ, Armando Gerardo. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., pp. 66 y 67.

Bajo esta directriz, los Códigos de procedimientos penales tuvieron la importante tarea de delimitar su significado legal, pero debido a que contamos con régimen federado, la atribución soberana para legislar en la materia, por parte de los Congresos locales, culminó en una diversidad de criterios que acabaron con la certidumbre jurídica del gobernado y, la libertad personal, cuyo valor es exactamente igual para todos, tuvo variantes tan garantistas como despóticas. Esto, sin duda, fue el comienzo de la “falta de claridad suficiente” del concepto.

Por otra parte, el problema relativo al nivel probatorio exigido por la norma constitucional tampoco había sido precisado; por ello, el Magistrado Federal José Galván Rojas, entonces adscrito al Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, sostuvo en 1989 que el auto de formal prisión sólo requería de pruebas *“bastantes para comprobar el cuerpo del delito”*, pero no de *“pruebas completamente claras o indubitables”* sobre la culpabilidad del reo. Este criterio habría de alcanzar bastante popularidad en la Administración de Justicia Federal, convirtiéndose posteriormente en jurisprudencia por reiteración. Lo anterior puede observarse en la jurisprudencia siguiente:

“AUTO DE FORMAL PRISION. Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.”³²⁹

Es verdad que nunca se exigió certeza absoluta o una verdad irrefutable para esta etapa procesal, pues ciertamente se buscaba establecer la comisión de un **“probable delito”** con **“meridiana claridad”**, es decir, pudiendo poner *en tela de duda* su existencia; por ello, el convencimiento o credibilidad de esta resolución provisional, se basaba en la percepción de verdad uniforme y aparente que imprimían los datos (pruebas) existentes, mismos que por su propia naturaleza, no pudieron (ni podrían) ser nunca, pruebas irrefutables o indudables de la comisión del hecho delictivo, lo que es propio de la etapa del “proceso penal”. Dicho de otro

³²⁹ Época: Octava Época Registro: 227602 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo IV, Segunda Parte-2, Julio-Diciembre de 1989 Materia(s): Penal Tesis: VI.2o. J/28 Página: 602.

modo, se debía establecer una aproximación “persuasivamente clara” de la existencia del hecho delictuoso, con base en pruebas cuya credibilidad fueran significativamente convincentes.

Ahora bien, otro de los aspectos que generó gran polémica fue el relativo a la inclusión de las “circunstancias modificativas de la pena” o “calificativas del delito” al momento de dictar un auto de formal prisión. Durante este periodo, los criterios jurisprudenciales más representativos se orientaron a excluir su análisis, primordialmente, por considerarlos como una cuestión propia de la sentencia definitiva, estimando que el lugar que ocupan es en la determinación cuantitativa de la pena.

Así, por ejemplo, puede verse la jurisprudencia por contradicción de tesis 5/88 sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 16-18, Abril-Junio de 1989, Octava Época, registro 206240, materia penal, tesis: 1a. 4, página 59, cuyo rubro y contenido son los siguientes:

“AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL. *Atento lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, sin analizar modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva. No es obstáculo a la conclusión anterior, lo preceptuado por el artículo 20, fracción I, Constitucional, en el sentido de que al resolverse sobre la procedencia de la libertad provisional, deben tomarse en cuenta las calificativas o modificativas que para el delito materia del ejercicio de la acción penal se invoquen por el Ministerio Público, ya que esta última disposición no se refiere en concreto al auto de formal prisión, sino a la hipótesis en que el acusado solicite y se le conceda la libertad bajo caución; además de que al*

*reformarse el último de los dispositivos legales citados, en los términos aludidos, no sufrió enmienda el artículo 19 de la Constitución General de la República.*³³⁰

En diverso sentido, otro de los criterios empleados para impedir el análisis de las modificativas en el auto de formal prisión, fue que el artículo 19 no facultaba, “*ni opcional ni discrecionalmente*” al Juez natural, para establecer las modificativas de la conducta delictuosa.

“AUTO DE FORMAL PRISION. ES INCONSTITUCIONAL INCLUIR LAS MODIFICATIVAS EN EL. *La determinación del juez de Distrito de conceder la protección constitucional respecto de la inclusión de una modalidad en el auto de formal prisión no contraviene las disposiciones contenidas en los numerales 76, 77 y 78 de la Ley de Amparo, en razón de que el artículo 19 de la Constitución Federal es terminante al precisar que en un auto de formal procesamiento “... se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado ..”; además la norma fundamental, no faculta ni opcional ni discrecionalmente al juzgador natural a establecer en la resolución que define la situación jurídica del acusado, las diversas modificativas en que se haya dado la conducta delictuosa del reo.*”³³¹

Debido a que este tema es complicado y que entraña sustentar un punto de vista con mayor precisión técnica, reservo su estudio para el capítulo final de la presente obra.

B) Reforma de 1993

Entrado el año de 1993, el Constituyente Permanente decidió que era momento de abrir paso a una etapa más garantista, acorde con un Estado Democrático de Derecho. Esta nueva ideología suscitó múltiples críticas, teniendo desde los defensores más asiduos hasta los críticos más duros de este cambio

³³⁰ Época: Octava Época Registro: 206240 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Núm. 16-18, Abril-Junio de 1989 Materia(s): Penal Tesis: 1a. 4. Página: 59.

³³¹ Época: Octava Época Registro: 213696 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XIII, Enero de 1994 Materia(s): Penal Tesis: IV.3o.112 P Página: 172.

terminológico tan brusco; como sea, los primeros omitieron tener en cuenta las consecuencias desastrosas que podría producir en la práctica.

De esta manera, la nueva figura legislativa provocó un cisma jurídico al dividir las opiniones, tanto de los doctrinarios, como en los aplicadores de la ley, causas que un lustro más tarde, fueron el motivo de contrarreforma. Conviene dejar sentado desde ahora que el concepto de “elementos del tipo penal”, al tener un contenido de mayor amplitud que el “cuerpo del delito”, aun cuando pudiera considerarse como un “avance” muy grande en nuestro sistema jurídico, repercutió en una serie de obstáculos severos que impidieron la buena marcha de la justicia penal en México.

En tal sentido, el 3 de septiembre de 1993 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la más confusa y controversial reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales; en ella, se substituyeron los requisitos de la “declaración bajo protesta” de una persona “digna de fe”, por los “*elementos que integran el tipo penal*”, haciendo lo mismo por lo que respecta al “cuerpo del delito”.

La nueva redacción quedó en los términos siguientes:

“Artículo 16.

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por 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.*

Artículo 19.

*Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término 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 suficientes que acrediten los elementos del tipo penal** que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.”*

Es importante señalar que, a partir de esta reforma, se igualaron los requisitos de fondo exigidos para el dictado del mandamiento de captura y del auto de formal

prisión; sin embargo, en aquella ocasión no estábamos preparados aún para tan abrupto cambio terminológico.

Ahora bien, antes de analizar la avalancha de problemas generados por esta reforma, es conveniente conocer los motivos que impulsaron al Constituyente Permanente, es decir, cuál fue la justificación política que impulsó esta reforma constitucional.

a) Motivos de reforma del Constituyente Permanente

En esta ocasión, la iniciativa corrió a cargo de diversos diputados federales de la LV legislatura, siendo presentada en el Salón de Sesiones de la Cámara de Diputados en fecha 8 de julio de 1993, durante el Primer Período Extraordinario del Segundo Receso del Segundo Año de Ejercicio. La iniciativa fue turnada a las Comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia para su estudio, recayendo el dictamen correspondiente en la misma fecha. Se llevaron a cabo reuniones de conferencias entre la Subcomisión Plural, con la Comisión respectiva de la Cámara de Senadores, con el propósito de avanzar conjuntamente en el análisis de la iniciativa e intercambiar opiniones. Al efecto tuvieron lugar tales reuniones los días 5 y 6 de julio de 1993.

Finalmente, el *“Proyecto de decreto que reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y que deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”* fue puesto a consideración en la Cámara en sesión de fecha 18 de agosto de 1993, siendo turnada a la Cámara de Senadores para los efectos constitucionales.

En los considerandos del proyecto se precisa la idea de establecer como requisito de la orden de aprehensión, la existencia de un hecho determinado que la Ley señale como delito (entiendo yo: *“el hecho penalmente relevante”*), con la finalidad de establecer constitucionalmente el principio de *“responsabilidad por el hecho”* y garantizar que la ley sólo sancione conductas humanas antisociales y no meros aspectos de la personalidad del inculpado. Asimismo, en dicho documento se puede leer cuál fue la idea que sustentó el cambio de conceptos de

“cuerpo del delito” a “elementos del tipo penal” y su exigencia probatoria correspondiente. Los motivos de la Comisión fueron los siguientes:

“Artículo 16.

(...)

Segundo Párrafo.

Se refiere a las órdenes de aprehensión dictadas por autoridad judicial, además de señalarse las aportaciones siguientes:

(...)

f) Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden de aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que deben acreditarse para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecer que deberán haber ‘datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la presunta responsabilidad del indicado’.

Con lo anterior se quiere superar la ambigüedad del texto vigente que no señala con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, pues la mención de pruebas se refiere solo al aspecto de la presunta responsabilidad.

Además de acuerdo con lo que se propone para el artículo 19, la orden de aprehensión debe tener los mismos requisitos que el auto de formal prisión.

Por ello, tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucionales, se busca precisar conceptos que en lo procesal se vinculen de mejor manera con la teoría del Derecho Penal Sustantivo, de modo tal que ambas ramas jurídicas actúen como brazos articulados de una misma política penal del estado mexicano y no como teorías disociadas, en ocasiones esto ha generado distancias considerables y, hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal.

En este orden de ideas, se culmina en la Constitución el esfuerzo de estudiosos en la materia, por unificar criterios que articulen de mejor manera la política penal mexicana.

(...)

Artículo 19.

(...)

b) La necesidad de hacer compatible los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión, o en su caso, con el de sujeción a proceso, a fin de superar el ambiguo término de ‘cuerpo del delito’ por el de ‘elementos que integran el tipo penal’, con ellos se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso. De esta manera se fortalece la seguridad jurídica de los gobernados, al aclararse la obligación, por parte de la autoridad, de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculpado.”³³²

Ahora bien, el dictamen fue discutido en el Pleno de la Cámara de Diputados en fecha 19 de agosto de 1993. Durante la discusión del dictamen, una de las observaciones más importantes respecto a la adopción del nuevo término constitucional, fue la realizada por el Diputado Javier Centeno Ávila, la cual, sin embargo, pasó desapercibida. Dicho legislador expresó lo siguiente:

“En el mismo párrafo segundo del artículo 16, la frase ‘que acrediten los elementos que integran el tipo penal’, es errónea, porque el tipo penal y sus elementos no son objeto de prueba. Lo que debe probarse es el hecho, que se adecua a los elementos de tipo penal; esto es el cuerpo del delito.”³³³

Concuerdo con la idea de que se trata de investigar el hecho con relevancia punible y que la adopción de este término resultaba inexacta desde el punto de vista probatorio. Quizás la objeción no fecundó porque los legisladores enfocaron sus esfuerzos en precisar el alcance de las órdenes de detención por parte del Ministerio Público, limitándolas sólo a los casos de “flagrancia” y “urgencia”, así como la precisión del plazo en el que la policía debía poner el inculpado a disposición del juez, después de ser aprehendido (de inmediato y no ya, de 24 horas); así también, se prestó mucha atención a cuestiones relativas a la reforma del artículo 20 constitucional, referente al derecho de libertad bajo caución y en torno a un amplísimo debate del concepto de delincuencia organizada y su incipiente combate en nuestro país, primordialmente enfocado en la delincuencia generada por el narcotráfico.

³³² CÁMARA DE DIPUTADOS. *Diario de los debates*, 17 de agosto de 1993, año II México, D.F., Legislatura LV - Año II - Período Extraordinario.

³³³ *Ídem*.

No obstante ello, el Diputado Salvador Valencia Carmona hizo uso de la Tribuna para defender su propuesta y enfatizar la conveniencia de igualar los requisitos del artículo 16 y 19 constitucionales. Dicho legislador se expresó en los siguientes términos:

“En segundo lugar, quisiera yo decir, que disiento de algunos criterios que se han expresado aquí, en el sentido de que se disminuyan los requisitos para liberar la detención de las personas. Si ustedes observan el precepto, se habla ahí de los elementos del cuerpo del delito y es que el cuerpo del delito en nuestro tiempo es un concepto diverso, diferente al concepto tradicional. Antes se hablaba del cuerpo del delito y, aquí la jurisprudencia de la Corte lo decía como los elementos materiales del delito.

Si ustedes observan el Código de Procedimientos Penal Federal y el Código del Distrito Federal, pueden percatarse con toda claridad, que el cuerpo del delito ya no es lo que se decía antes de los solos elementos materiales; se componen ahora de elementos subjetivos y de elementos de tipo objetivo también. ¿Qué significa esto en práctica?

Que, por ejemplo, un juez, hace unos 15 o 20 años y, aún ahora, cuando recibía una consignación, decía que sólo tenía que ver los particulares o los requisitos del artículo 16 para expedir la orden de aprehensión.

Con esta reforma que nosotros estamos proponiendo, el juez tiene que señalar y tiene que estudiar los mismos elementos que son necesarios para la formal prisión, o sea, que en lugar de disminuir el artículo 16 con esta redacción está ampliando la garantía. Lo único que hace es incorporar a la Constitución un concepto del cuerpo del delito que ya está en el Código Federal y en el Código del Distrito Federal también.”³³⁴

Por otra parte, debido a que el más enérgico defensor de esta reforma fue el diputado Fernando Francisco Gomez Mont Urueta (entonces presidente de la Comisión de Justicia), se llegó a denominar a este proyecto, al interior de la Cámara de Diputados, como la “*Ley Gomez Mont*”. Durante el debate, el Diputado Javier Centeno Ávila presentó una interpelación al Diputado Fernando Gomez Mont y la discusión generada resultó de la manera siguiente:

³³⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS. *Diario de los debates*, jueves 19 de agosto de 1993, No. 4, año II México, D.F., Legislatura LV - Año II - Período Extraordinario.

“En la Constitución de 1857 se establecía que para que procediera detención u orden de aprehensión se requería que hubiera testimonio de persona digna de fe.

Si usted revisa el debate de 1917, dice o se planteaba ‘es que no todos los delitos se realizan en presencia testimonial y muchas veces hay que acudir a otros medios de prueba para acreditar la existencia del delito’. Y se puso: ‘u otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado’. ¡Ya se abrió la hipótesis!

*Ahora se busca una base más técnica, señor diputado, **se busca que se acrediten plenamente todos los elementos del tipo penal.** ¿Qué quiere decirse con esto? **Que se pruebe plenamente antes de llevar una persona ante el proceso penal o ante la institución del proceso penal, que se ha acreditado la existencia de un delito.***

Ya no sólo con un tipo de pruebas o con todas, con todas las idóneas para acreditar la existencia de un delito y una de las cosas que se critican al texto vigente es que se decía a qué pruebas invocarse, pero no que tanto había que probarse para afectar la libertad y eso se subsana y se mejora.

¡Ah!, y por último, antes de hablar de Ministerio Público, lo que usted ha leído es para dictaminar órdenes de aprehensión del juez. Entonces ni siquiera se refiere al Ministerio Público. ¿Satisfecho? perdone.

(...)

El diputado Javier Centeno Ávila (desde su curul):

Bueno...

Y la otra cuestión es ésta: se ha cambiado la terminología sustituyendo al cuerpo del delito por el tipo penal que se integre, el tipo penal correspondiente.

¿Cuál sería la diferencia entonces del tipo penal y el cuerpo del delito?

El diputado Fernando Francisco Gómez Mont Urueta:

Bueno.

El diputado Javier Centeno Ávila (desde su curul):

Porque es una terminología totalmente diferente.

El diputado Fernando Francisco Gómez Mont Urueta:

Claro.

El diputado Javier Centeno Ávila (desde su curul):

Y estamos de acuerdo en que por todos los medios posibles está obligado el Ministerio Público, léase el fiscal, a probar la responsabilidad de cualquier inculpado, ahora llamados indiciados.

El diputado Fernando Francisco Gómez Mont Urueta:

Muy bien.

Mire, primero sí dice 'o'. Usted leyó en una parte distinta. Dice: 'Y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad'. A ese 'o' me refería yo.

Y segundo, estos requisitos se refieren a la orden de aprehensión de autoridad judicial; no del Ministerio Público.

Tercero, ¿qué diferencias hay entre los elementos del tipo penal y cuerpo del delito? Aquí se conjuga uno de los beneficios más notables que yo le veo a la reforma que se plantea. El concepto 'cuerpo del delito', señor diputado, generó una teoría procesal propia, divorciada de la teoría sustantiva. Es decir, en materia de la ley penal, generándose muchas veces contradicciones, que quería decir 'cuerpo del delito'.

Hubo quienes decían que sólo los elementos materiales y objetivos ya eran 'cuerpos del delito'. Bastaba que existiera el cuerpo en el homicidio, el cadáver, pues. Ni siquiera se tenía que probar que había sido muerto por causa externo o no. Ya estaba ahí el 'cuerpo del delito'. Es una figura que tomamos nosotros del derecho romano, y se generó toda una teoría procesal.

Y por otra parte se hablaba del 'tipo penal', de que el 'tipo penal' es la norma que indica cuál es la conducta prohibida por la ley penal y se generaba otra teoría.

La reforma busca regresar a una armonía entre el derecho sustantivo penal y el derecho adjetivo penal, porque son parte, son dos brazos de un mismo sistema y no tienen que seguir escuelas separadas. Ese es el propósito.

Y lo que le quiero decir es que la acreditación de una conducta prohibida por la ley sustituye ahora al concepto ambiguo de 'cuerpo del delito'. Gracias y disculpen.³³⁵

³³⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS. *Diario de los debates*, jueves 19 de agosto de 1993, No. 4, año II México, D.F., Legislatura LV - Año II - Período Extraordinario.

Finalmente, después de una larga discusión, en lo general y en lo particular, el dictamen fue aprobado con un total de 300 votos.

Hago notar que, como principales fundamentos de esta reforma, en lo que se refiere al cambio de denominación, se resume en los siguientes cuatros puntos: I) la falta de unanimidad en la definición del cuerpo del delito; II) la problemática surgida en torno al nivel de prueba exigido; III) unificar los conceptos procesal y sustantivo; IV) cumplir, de mejor manera, con la función garantizadora del tipo penal. A continuación se analizan los aspectos más relevantes de esta reforma.

1. Un Estado más garantista: el máximo beneficio para el inculpado

Uno de los ejes rectores que motivaron esta reforma tuvo lugar en el garantismo que debíamos alcanzar como un Estado Democrático de Derecho; en consecuencia, se estimó prudente tomar como punto de partida del Enjuiciamiento Punitivo, un concepto que demostrara fehacientemente la preocupación tutelar del Estado mexicano. De tal modo, señala el Doctor Moisés Moreno Hernández, se pretendía “propiciar una mayor certeza jurídica durante la procuración e impartición de la justicia penal.”³³⁶

Esta postura cuenta en la doctrina con algunas opiniones a favor; por ejemplo, para el Magistrado Federal Doctor Jorge Ojeda Velázquez esta reforma implicó “el gran salto” a “la modernidad jurídica” a nuestro país y considera que ésta daba “una mayor seguridad jurídica al gobernado”, volviendo “equivalentes los requisitos de fondo exigidos para la orden de captura con los de auto de término constitucional” y aumentando “las exigencias al pasar del cuerpo del delito a los elementos que integran el tipo penal.”³³⁷

Por su parte, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez reconoce que esta terminología, fundada en la dogmática del delito, “lograba una mejor armonía entre el derecho penal sustantivo y el adjetivo” y, de igual modo, exalta el intento de haber terminado con la diversidad de criterios prácticos establecidos “por la

³³⁶ MORENO HERNÁNDEZ Moisés. “Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)”, *Criminalia*, México, año LXIV, num. 1, enero-abril de 1998, pp. 86 y 87.

³³⁷ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Op. Cit.*, pp. 241 y 242.

confusa definición sobre el contenido y alcance del ‘cuerpo del delito’ y la ‘responsabilidad penal’, que paulatinamente se habían deformado en la doctrina y judicatura, al agregar algunos juzgadores en sus resoluciones y principalmente dentro del *corpus delicti*, elementos normativos, otros, aspectos subjetivos incluyendo al dolo y la culpa, o manteniendo un concepto material del mismo.”³³⁸

En realidad, pasar de un régimen “medianamente garantista” y “conceptualmente oblicuo” a uno de “estricto rigor garantista” y “conceptualmente complejo”, sin haber otorgado un plazo razonable de *asimilación jurisdiccional* y con una *imposición paulatina*, conduciría inevitablemente a un final desastroso; de tal modo, la bondad querida por el legislador en esta reforma, degeneró en una severa crisis de nuestro Sistema Penal, pues las deficiencias ministeriales se hicieron más notables cuando el excesivo garantismo judicial se impuso tajantemente.

2. El concepto sustantivo-procesal y su elevada complejidad jurisdiccional

La noble intención del legislador de darle mayor consistencia a una de las garantías constitucionales más importantes, como parte del progreso jurídico que se buscaba, debe analizarse bajo una óptica crítica; por ello, debe tenerse en cuenta que la doctrina nunca logró una concepción unánime respecto a precisar cuáles eran “*los elementos del tipo penal*”, pues este concepto no es exclusivo de un solo sistema teórico de estudio. Como bien refiere el Doctor Luna Castro, aun en nuestros días “no existe ni remotamente un consenso o criterio uniforme respecto del contenido que debe asignarse a la figura del tipo penal ni siquiera respecto de su ubicación intrasistemática”.³³⁹

Empero, el garantismo deseado con la reforma, llevó a que legislaciones como la del Distrito Federal y la del fuero federal, complicaran en exceso el concepto constitucional, otorgándole una connotación mucho mayor en relación a la que tenía el cuerpo del delito, derivando en la adopción de una estructura amplia y compleja para dotarlo de contenido.

³³⁸ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 135 y 136.

³³⁹ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, pp. 107 y 108.

De tal modo, el cambio de conceptos, implicó iniciar la investigación prácticamente donde tenía sede el acto final del enjuiciamiento: la sentencia definitiva. Este término ambivalente de efectos procesales perniciosos, permitía sostener la existencia de una desvalorización, apriorística y ontológica, del objeto del proceso penal, es decir, la demostración del “*delito*”, concebido bajo una estructura de mucho mayor amplitud y complejidad, pero no así del “*probable delito*”, que por naturaleza tiene un contenido mucho menor, limitándose a ser el fundamento de la jurisdicción punitiva primaria, pero no el de su etapa satisfactoria o culminatoria; ello, toda vez que el carácter “*preliminar*” de la orden de captura y del auto de enjuiciamiento es lo que da congruencia al proceso penal y garantiza su legitimidad en nuestro país, lo que no ocurre tratándose de una resolución, que teniendo el carácter de provisional, se equipara a una sentencia definitiva.

Por ello, tiene razón el Doctor Luna Castro cuando expresa que las resoluciones dictadas dentro del término constitucional que afectan la libertad personal, tienen como característica principal la de ser producto de una “*valoración provisional*”, pues de lo contrario carecería de razón la instrucción y la sentencia definitiva dictada posteriormente, agregando que:

“(…) por un lado, la exigencia de una comprobación o acreditamiento de los elementos del tipo penal, si se entiende por éste un “tipo total” o “amplio” conlleva a la constatación del delito completo, incluyendo la identidad de autor, pues se parte de la concepción de un “tipo personal” en el que desaparecen (por convertirse en irrelevantes), los conceptos de participación, complicidad, tentativa como grado de ejecución, autoría mediata, etc., dispositivos amplificadores del tipo, y por tal motivo se hace injustificado ya un procedimiento de instrucción posterior cuando desde el dictado de la orden de aprehensión o formal procesamiento se está resolviendo la certeza del ilícito.”³⁴⁰

En este contexto, debe señalarse que el Constituyente Permanente consideró erróneamente que el nuevo concepto era de menor complejidad técnica respecto al anterior, un error de percepción con el cual promovió y lograr concretar esta reforma; en tal sentido, el Doctor Sergio García Ramírez expresa que “en alguno de los documentos preparatorios de esa reforma se adelantó la idea,

³⁴⁰ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, pp. 64 a 66.

verdaderamente inaceptable, de que ‘tipo penal’ era un concepto menos complejo que cuerpo del delito” y que “con la nueva expresión acogida en la ley culminaba un esfuerzo científico a propósito de la teoría general del delito.³⁴¹

Al respecto, como bien señala el Doctor José Nieves Luna Castro:

“(…) el concepto ‘tipo penal’ si bien es propio del lenguaje relativo a la dogmática jurídico-penal de la teoría del delito, **es un vocablo plurívoco** dado que a través del tiempo y de acuerdo a diversas estructuras sistemáticas y conceptuales del delito, **ha recibido distinto significado así como contenido**, además de considerarse dotado y capaz de ejercer distintas funciones intrasistemáticas.”³⁴²

Es innegable que esta terminología constitucional, producto de la legítima preocupación de avanzar hacia el garantismo penal, fundió innecesariamente dos ramas jurídicas con estructura sistemática propia y pasó de un concepto de origen “netamente procesal” a uno de carácter “esencialmente sustantivo”. Evidentemente, este dislate implicó un severo desvío metodológico, pues se despreciaron las bondades ofrecidas por la doctrina procesal-penal nacional, pudiendo afirmarse que esta falta de escisión conceptual, lejos de terminar o reducir notoriamente el problema de incertidumbre jurídica, agravó la falta de claridad en torno al concepto constitucional, la cual se hizo más evidente en los casos donde el tipo penal era concebido en términos amplísimos, situación que el Doctor Luna Castro acertadamente llama “*concepción personal de tipo de injusto (...) llevado hasta sus últimas consecuencias*”.³⁴³

Ciertamente, la introducción de este concepto en la ley secundaria trajo una postura dogmática bastante novedosa para su época, pero también trajo un gran estado de incompreensión y desconocimiento, pues como explica el Doctor Mario Estuardo Bermúdez Molina (integrante del grupo de trabajo que motivó la “transformación jurídica”), “no obstante la bondad y alto sentido humanista de la reforma”, se produjeron “algunos efectos adversos, nunca deseados”, tales como: “la inadmisibilidad sistemática de la conjunción del derecho sustantivo y el adjetivo

³⁴¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Comentarios sobre las reformas de 1993 al procedimiento penal federal*, Op. Cit., p. 15.

³⁴² LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 62.

³⁴³ *Ibidem*, p. 150.

penal”, provocando “un híbrido jurídico y la virtual desaparición de la frontera que media entre ambas disciplinas”; no obstante ello, propone como posibles soluciones: “a) Que todas las categorías del delito se trasladen al derecho procesal, sustantivizando materialmente a la materia adjetiva; o **b) Que se genere un nuevo concepto procesal receptor de los elementos del delito**”.³⁴⁴

Ésta última propuesta constituye, precisamente, el motivo principal que inspira la presente obra, amén a ello, generar un concepto procesal cuyos atributos específicos puedan ser de utilidad para darle congruencia y consistencia al Sistema de Enjuiciamiento Punitivo Nacional; por ello, la búsqueda de dicho concepto, implica también tener en consideración sus atributos específicos e inherentes, con independencia de su regulación legal y/o jurisprudencial.

3. La excesiva carga probatoria del Ministerio Público

Dado que no corresponde a la norma constitucional precisar a cabalidad los alcances de ningún concepto, se realizaron adecuaciones a los Códigos Federal y Distrital de procedimientos penales para establecer meticulosamente cuáles eran los “elementos del tipo penal”, cuestión que como se ha visto, se llevó a cabo bajo una concepción bastante amplia; sin embargo, lo anterior supuso el endurecimiento de la obligación probatoria por parte del Representante Social, pues el “probable delito” prácticamente se había convertido en “el delito” mismo, incluyendo además los grados de participación criminal.

Esta situación produjo un problema jurisdiccional aún mayor, porque los Jueces estimaban la “*falta de suficiencia probatoria*” y, bajo este argumento, negaban las órdenes de aprehensión o dictaban los autos de libertad por falta de elementos para procesar, según fuera el caso; este álgido problema generó una severa crisis de impunidad en nuestro país y una profunda desconfianza social.

Por ello, en cierta medida tiene razón el Doctor José Ovalle Favela cuando expresa que, con esta reforma constitucional (y legal) se plantó el grave problema

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 76.

de que, al exigir que estuvieran acreditados todos los elementos del tipo penal desde la orden de aprehensión:

“(…) prácticamente convirtieron esta medida cautelar, emitida al inicio del proceso penal, en una verdadera sentencia de condena, con lo cual se obstruyó la persecución de los delitos y se incrementó la impunidad y la inseguridad pública. Al exigirse que desde el inicio del proceso se acreditaran todos los elementos del tipo penal se dificultaba excesivamente la expedición de cualquier orden de aprehensión y se facilitaba la impugnación de cualquier orden de aprehensión o auto de formal prisión (... y) prácticamente se vaciaba de contenido al proceso penal, desplazando hacia la averiguación previa la prueba de todos esos elementos, y se dejaba sin ningún sentido práctico a la presunción de inocencia: ¿cómo se podrían presumir inocente a una persona respecto de la cual habían quedado acreditados todos los elementos del tipo penal?”³⁴⁵

Sin embargo, el problema radicaba en que no se había delimitado un nivel de específico de prueba para aplicar dicho concepto y, aunque implícitamente se llegó a entender que dicho nivel debía ser en grado “probable”, parecía que se empleaban los verbos “comprobar” y “acreditar” como sinónimos de “nivel pleno”, a propósito de las irrestrictas exigencias garantistas que permeaban en la citada reforma, un requisito que obviamente resultaba excesivo para esta etapa procedimental.

Ciertamente, como refiere el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez, el artículo 168 no exigía la comprobación plena de los elementos del tipo; empero, aunque así se hubiera exigido para los mandamientos de captura y los autos de formal prisión, bastaba con “precisar el grado probatorio para cada una de las diligencias respectivas por medio de alguna norma secundaria y no involucrar toda una modificación constitucional”³⁴⁶

A pesar de lo anterior, el mismo autor señala que aun cuando los requisitos exigidos al Ministerio Público en el artículo 168 hubieran sido exagerados, resultaba indiscutible que durante la instrucción se podían realizar “una gran cantidad de diligencias tendientes a reafirmar o desvanecer la acción delictiva,

³⁴⁵ OVALLE FAVELA, José. *Garantías Constitucionales del proceso*, Op. Cit., p. 118.

³⁴⁶ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 153.

quedando aún pendiente la más importante labor del juzgador: la estricta función jurisdiccional, entendida como la potestad para impartir justicia atribuida a los jueces.”³⁴⁷

Entiendo que se refiere al derecho de defensa, dentro del cual puede aportar pruebas el inculpado, pero vale la pena aclarar que la “función jurisdiccional” constituye una atribución, esencialmente pública, de los órganos estatales encargados de para aplicar el derecho de fondo en una controversia ante ellos planteada, con calidad de terceros suprapartes, imparciales y atribución de imperio dividida en tres etapas sucesivas: a) de conocimiento, b) de decisión y c) de ejecución, es decir, no constituye una función exclusiva de la autoridad judicial; máxime que es de explorado derecho que la función jurisdiccional comprende actos en materia administrativa (resolución de recursos administrativos) y en materia legislativa (juicio político). De tal modo, tanto el pliego de consignación ministerial, como la orden de aprehensión y el auto de formal prisión constituyeron siempre, actos jurisdiccionales en estricto rigor técnico.

Bajo esta aclaración previa, resulta indudable que el inculpado tiene el poder de excepción penal (o derecho de defensa) frente a la imputación ministerial, pero la crítica gira en torno a lo excesiva complejidad probatoria para “entrever” el “probable delito” más no el “complejo injusto típico”, menos aún bajo una supuesta exigencia probatoria *quasiplena*, producto del desbordado garantismo de algunos impartidores de justicia, reduciendo la materia del juicio a la comprobación de los elementos negativos del delito, en donde el garantismo terminó por convertirse en una trampa para el gobernado que fuera enjuiciado, pues la fase de instrucción se volvía un auténtico juicio sumario.

Años más tarde, este problema sería uno de los motivos principales para reformar la Constitución en 1999, al considerar que la exigencia de “acreditar” los elementos subjetivos y normativos del tipo era correcta para una sentencia condenatoria, pero excesiva para una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

³⁴⁷ *Ibidem* p. 155.

4. La escuela finalista de la acción

Diversos críticos de la reforma hicieron alusión a la “*teoría finalista de la acción*” como su fundamento filosófico. Esta asociación resultó de la interpretación de los artículos 168 y 122 de los Códigos Federal y Distrital respectivamente (que indudablemente habían sido impregnados por los postulados de aquella doctrina), aunque se empleó para referirse, en algunos casos, a “*la reforma de 1993*”, incluyendo también el texto constitucional y cayendo en una imprecisión que llevó, incluso, a referirse de “*la reforma finalista*”.

Como ejemplo de lo anterior, puede observarse la opinión del Doctor Marco Antonio Díaz de León, para quien “de conformidad con la teoría finalista de la acción –según reforma de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales– ambos segmentos vinieron a formar lo que en nuestro sistema penal se consideró como (...) *elementos del tipo penal*, comprendientes del tipo complejo y considerantes de los tipos objetivo y subjetivo.”³⁴⁸

Por su parte, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez³⁴⁹ refiere que la reforma tuvo “un contenido específico, metódico e impregnado de ideas dogmáticas contemporáneas; que desglosa los elementos y especifica la responsabilidad penal, bajo la evidente influencia dogmática del finalismo.”

Como se sabe, la nota característica del finalismo es la inclusión del dolo y la culpa como parte esencial del tipo; de esta manera, la asociación conceptual entre dicha doctrina y el contenido de los señalados artículos 168 y 122 era inevitable, de ahí que cobrara auge su estudio durante esta época de nuestro desarrollo jurídico. Cabe decir que asociación conceptual anterior se llegó a extrapolar, injustificadamente, al texto mismo de la Constitución; por ello, al reformarse los artículos 16 y 19 en 1999, el Constituyente Permanente indebidamente señaló como uno de los sustentos de la reforma que, “*la Constitución no debía seguir ninguna corriente doctrinal*”.

³⁴⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Op. Cit.*, p. 355.

³⁴⁹ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, *Op. Cit.*, p. 135.

No obstante ello, también existe opinión en contrario a este respecto, partiendo de la idea de que el Constituyente Permanente no podía adherirse a ninguna corriente doctrinal en virtud de que la ley suprema no es ningún receptáculo teórico; por ejemplo, de este sentido es la opinión del Doctor José Nieves Luna Castro, quien considera que la introducción de dicho concepto no representó la adhesión “a ninguna concepción dogmática o teórica particularizada respecto de la voz tipo penal, (sencillamente porque no es posible que el legislador lo hiciera)”, sino que fue utilizada en como sinónimo de una “garantía procesal penal”, reducida al llamado principio de legalidad *nullum crimen sine lege* y que también se cumplía con el vocablo “cuerpo del delito” aunque en forma parcial y eminentemente provisional, dada la etapa procesal en que aplica como grado mínimo de comprobación del hecho.³⁵⁰

Debe señalarse que hasta antes de 1993, nuestros Códigos de Procedimientos Penales eran de filiación causalista y neocausalista; por ende, al introducir la teoría finalista de forma tan abrupta, como era de esperarse, colapsó nuestro Sistema de Enjuiciamiento, debido a una dificultosa reconcepción jurisdiccional del concepto. Más adelante me ocupo de la influencia de las doctrinas penales en la construcción de cualquier sistema jurídico; baste por ahora tener en consideración los comentarios anteriores.

5. El problema de las calificativas del delito

La polémica en torno a las “*calificativas del delito*”, como requisito de las órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión, se recrudeció durante la vigencia de esta reforma; ello, debido a que, en la definición de los Códigos procesales Federal y Distrital, se ordenaba incluir “*las demás circunstancias que prevea la ley*”, las cuales se entendieron como sinónimo de las calificativas del delito, dando lugar a una amplísima y compleja concepción del tipo penal.

En este contexto, cobró una importancia desmedida la distinción entre “tipos básicos” y “tipos subordinados o complementados”, al otorgarle a las calificativas

³⁵⁰ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 64.

el mismo trato que a los demás elementos del tipo, es decir, como elementos constitutivos de éste, llegando al absurdo de justificar una supuesta autonomía estructural de los tipos penales subordinados, lo que a la postre, implicó que selección de la conducta penalmente relevante fuera en extremo complicada.

Al respecto, la Suprema Corte resolvió la contradicción de tesis 42/96, donde sostuvo que las calificativas debían ser analizadas como obligación “constitucional y legal” de los jueces al emitir el auto de formal prisión, puesto que debía precisar tanto “*la figura delictiva básica*”, como la específica referencia a un “*tipo complementado, subordinado o cualificado*”, si fuera el caso, partiendo de que el auto de formal prisión surte el “efecto procesal” de establecer “*por qué delito o delitos habría de seguirse proceso al inculpado*” y, por ello, debían quedar precisados sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las aludidas calificativas. Este criterio puede observarse en la **jurisprudencia por contradicción de tesis 6/97**, sustentada por la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal de rubro y contenido siguientes:

“AUTO DE FORMAL PRISIÓN, LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES: “AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL”, QUEDÓ 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.” *La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.” Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, atribuido al inculpado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de*

formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculcado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador.”³⁵¹

Retomando el criterio anterior, la Suprema Corte exigió también el análisis de las calificativas del delito en las órdenes de aprehensión, empero, agregando que el ejercicio de la acción penal surte el efecto de poner a disposición del Juez al indiciado, en relación con “*determinado delito*”. Lo anterior puede observarse en la jurisprudencia por contradicción siguiente:

“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. *El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "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."* Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el efecto procesal de poner a disposición del Juez al indiciado en relación con *determinado delito*; por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la consignación.”³⁵²

³⁵¹ Época: Novena Época Registro: 199443 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo V, Febrero de 1997 Materia(s): Penal Tesis: 1a./J. 6/97 Página: 197.

³⁵² Época: Novena Época Registro: 196556 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VII, Abril de 1998 Materia(s): Penal Tesis: 1a./J. 18/98 Página: 155.

Sin que sea momento para analizar la naturaleza y función procesal de las calificativas o modificativas del delito, baste señalar por ahora que la interpretación anterior era inexacta y superficial en atención a los razonamientos siguientes.

En primer término, el señalamiento de constituir una obligación “*constitucional y legal*” de los jueces analizar las aludidas calificativas, al emitir el auto de formal prisión, no es una razón convincente *per se*, pues ni el concepto constitucional de “elementos del tipo” ni todas las legislaciones del país, las incluyeron como parte esencial o indispensable de dicho concepto.

Por lo que respecta a la “*exacta clasificación provisional del delito*”, debe precisarse que las “*calificativas*” constituyen formulaciones legislativas que aumentan o atenúan la “*punibilidad*” de la conducta, según el grado del daño o peligro a que haya sido expuesto el bien jurídico, pero sin afectar la esencia propia de una “*figura delictiva*”, entendida como la autónoma y persistente consideración de un conjunto de hechos con una lesividad cualitativamente similar; por ejemplo, los delitos de “robo”, “homicidio”, “violación” y “daños”, son figuras delictivas que cuentan, todas ellas, con sus respectivas calificativas.

Para los efectos del presente estudio, punibilidad es entendida como “conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste”.³⁵³

En este tenor, toda vez que no determinan la antijuridicidad material de la conducta, constituyen una mera consecuencia de la comisión del injusto y actúan como parámetro objetivo de la “*punición*” estatal, es decir, permitiendo la individualización judicial de la pena en sentencia definitiva; de tal modo, constituyen “*elementos accidentales del injusto*” y no “*elementos esenciales*” de éste, pues no determinan su existencia, ni fundamentan la ilicitud de la conducta.

³⁵³ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, Piña y Palacios, Javier (coordinador), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, número 68, 1ª. edición, 1982, México, Distrito Federal, p. 69.

Por ejemplo, en el delito de homicidio, si faltan las calificativas de premeditación, ventaja y alevosía, el delito subsiste por sí mismo, pues “*la privación de la vida humana*” es y seguirá siendo un hecho merecedor de pena. En similares circunstancias se encuentra el robo, donde se protege “*la ilegítima disminución del patrimonio de las personas*”, que siendo cometido por un agente de seguridad pública, en casa habitación o con violencia, no deja de afectar esa disminución patrimonial.

Lo anterior no riñe con el “*derecho a una adecuada defensa*”, pues el imputado no pierde el derecho de probar su inexistencia durante el proceso penal, siempre que así se desprenda de los hechos materia del enjuiciamiento; por ende, no incluirlas dentro de los autos que ordenan la aprehensión y decretan la sujeción a proceso penal, no dejan en estado de indefensión al imputado.

Las aludidas jurisprudencias añadieron otra complicación a nuestra justicia punitiva, al permitir la absurda justificación de que, en caso de incomprobación de alguna de las calificativas del delito, pudiera operar una causa de atipicidad, pues no existía uno de los elementos del tipo y, consecuentemente, no debía seguirse proceso al imputado o, en su caso, tendría que absolverse en sentencia definitiva; sin embargo, en realidad debía seguirse proceso por el delito básico y sancionarse de igual modo. Esta opinión se robustece con lo dispuesto en el artículo 15 fracción II del Código Penal Federal que lude a la atipicidad de la conducta. Lamentablemente, la situación anterior aumentó en gran medida la impunidad y, junto con ello, el grave problema de inseguridad pública.

C) Reforma de 1999

Debido a las grandes complejidades técnicas que supuso el concepto de “*elementos del tipo penal*” y a que la meta garantista asignada al mismo rebasó por mucho nuestra realidad jurisdiccional, el Constituyente Permanente decidió regresar al antiguo concepto del “*cuerpo del delito*”, como exigencia de fondo para el dictado de las órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión.

Esta reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999, entrando en vigor al día siguiente; la redacción final fue la siguiente:

“Artículo 16. (...)

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

Artículo 19.

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

Puede decirse que esta reforma fue un parte aguas importante para concientizar al legislador mexicano de lo absurdo que resulta adherirse a teorías que rebasan por mucho nuestro desarrollo jurídico y, al mismo tiempo, sirvió de base para regresar a las ideas tradicionales que dieron vida y nutrieron el concepto del cuerpo del delito.

a) Motivos de la “contrareforma”

Previo a esta reforma, el entonces Presidente de la República, Ernesto Zedillo Ponce de León, propuso modificar el texto constitucional, estableciendo como requisito para librar una orden de aprehensión “la probable existencia” de los elementos objetivos del tipo y “su plena existencia” para el dictado del auto de formal prisión. Para tal efecto, hizo llegar su iniciativa de reforma a la Cámara de Senadores el día 9 de diciembre de 1997, la cual establecía lo siguiente:

“Desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 no había sufrido modificación alguna. En 1993, se transformó substantivamente, imponiéndose a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial, el libramiento de órdenes de aprehensión.

Dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano.

Antes de 1993, para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión se requería que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado. Con la reforma, se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal –objetivos, subjetivos y normativos–, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997, de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más de 20 por ciento.

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

La iniciativa que sometemos a la consideración de esa Soberanía, propone flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión. Se sugiere sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado. Ésta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales, y permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

La reforma de 1993, también modificó el artículo 19 constitucional a fin de hacer patente la garantía del debido proceso legal, a través del auto de procesamiento o de término constitucional. Este auto tiene por objeto, entre otros, determinar con claridad el tema del proceso penal, es decir, el tipo de conducta delictiva que se le atribuye a un individuo por el cual deberá juzgarse. Este artículo también precisa el imperativo constitucional de que un proceso penal debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

La reforma substituyó el concepto de “cuerpo del delito” por “elementos del tipo penal”. Antes de 1993, para que se librara un auto de formal prisión únicamente debían estar acreditados los elementos objetivos del delito y después de la reforma se debían acreditar todos los

elementos del tipo penal –objetivos, subjetivos y normativos–, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Cabe mencionar que los últimos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concretamente el expresado en la tesis jurisprudencial 6/97, han hecho aún más rígido el acreditamiento de los elementos del tipo penal al señalar, con toda claridad, que en el auto de formal prisión deben estar acreditados, según sea el caso 1) La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro; 2) la forma de intervención del sujeto activo; 3) si la acción u omisión fue dolosa o culposa; 4) la calidad de los sujetos activo y pasivo; 5) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; 6) el objeto material; 7) los medios utilizados; 8) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; 9) los elementos normativos; 10) Los elementos subjetivos específicos; así como la probable responsabilidad del inculpado. Además, deben señalarse todas las modificativas del delito o sus calificativas, por ejemplo: homicidio (tipo básico); homicidio calificado (tipo complementado); que pesen sobre el inculpado en la comisión de una conducta delictiva.

*La presente iniciativa propone reformar el segundo párrafo del artículo 19 para que **en el libramiento de un 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.*

La reforma a los artículos 16 y 19 propuesta, pretende evitar que la actividad del Ministerio Público y del juez, durante la fase de preinstrucción –antes del proceso legal–, 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.

La iniciativa respeta los principios consagrados en la reforma de 1993, pero la desarrolla y perfecciona para hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia, conservando plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales.

Es importante precisar que la exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público no se reduce con la reforma. Simplemente esta exigencia se cumplimenta en las etapas procesales idóneas.”³⁵⁴

³⁵⁴ DIARIO DE LOS DEBATES. Miércoles, 10 de Diciembre de 1997 Diario 37, Primer Periodo Ordinario LVII Legislatura.

La propuesta del Ejecutivo Federal fue duramente criticada dentro del foro; como ejemplo de ello, se aprecia la opinión del Doctor Sergio García Ramírez, quien califica esta propuesta como “negativa” y agrega que la pretensión de disminuir los requisitos para los citados actos de molestia, no prosperó en su versión original, como consecuencia “de la gran resistencia y crítica doctrinal”.³⁵⁵ Por su parte, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez califica esta iniciativa como “exageradamente autoritaria, tratándose de los endeble requisitos para librar órdenes de aprehensión”.³⁵⁶

Baste decir que la iniciativa era represiva en tanto, el parcial encuadramiento típico de la conducta volvía injustificable cualquier persecución penal, pues la libertad de los gobernados se convertía en objeto de atropellos injustificados. Era evidente que el sustento político-criminológico de esta propuesta era bastante endeble y que, como consecuencia, no fuera aceptado.

Ahora bien, las citadas Comisiones del Senado organizaron cinco foros regionales, celebrados en Tijuana, Villahermosa, Monterrey, Guadalajara y Mérida, para recabar las opiniones de los interesados sobre el tema. Las propuestas surgidas dentro en dichos foros y en las reuniones internas de la Comisión, se valoraron para su discusión en la Cámara de Senadores, donde se formuló el dictamen correspondiente bajo algunos cambios a la redacción original del ejecutivo federal, aunque se retomaron varios de los argumentos propuestos por éste. La *“Iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos”* del ejecutivo federal, fue turnada para su estudio a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos, Sección Primera; ésta formuló el dictamen con proyecto de decreto correspondiente, siendo aprobado en lo general y en lo particular el día primero de octubre de 1998.³⁵⁷

³⁵⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *“Una reforma constitucional inquietante”*, en Criminalia, No. 1, año LXIV, México, enero-abril, 1998, Editorial Porrúa.

³⁵⁶ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito... Op. Cit.*, p. 143.

³⁵⁷ DIARIO DE LOS DEBATES. *Jueves, 01 de Octubre de 1998*, Diario 11, Primer Periodo Ordinario 57 Legislatura.

En esta ocasión, la Cámara de Diputados fungió como Cámara revisora y recibió la *“Minuta con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”* en fecha 6 de octubre de 1998,³⁵⁸ siendo turnada para su estudio y dictamen a las Comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, con opinión de la Comisión de Seguridad Pública.

Al efecto, se integró una subcomisión con diversos diputados federales para la elaboración del anteproyecto de dictamen y se mantuvieron reuniones de trabajo para analizar el contenido de la iniciativa, así como la valoración de los cambios incluidos por el Senado. Esencialmente, se coincidió en las aclaraciones propuestas y el dictamen fue sometido a discusión en el Pleno de la Cámara de Diputados en fecha 10 de noviembre de ese mismo año. Los considerandos del dictamen, en lo que importa, son del tenor siguiente:

“Contenido de la iniciativa Presidencial

La iniciativa del Ejecutivo Federal hecha llegar a nuestra legisladora, dictaminada y aprobada por la misma en los términos que en su oportunidad analizaremos, propuso la reforma a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 16

Por cuanto al artículo 16 constitucional, propuso flexibilizar los requisitos para obtener una orden de aprehensión, a fin de que para dictarla fuera suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado.

A este respecto, es necesario recordar que desde la expedición de la Constitución de 1917 este artículo no había sufrido modificación de fondo alguna, sino hasta 1993, puesto que la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1983 que lo adicionó, solamente reubicó en este artículo como párrafos penúltimo y último, respectivamente, el contenido de los artículos 25 y 26 del texto original de 1917. Estos numerales, que desde 1983 son los párrafos finales del artículo 16 en comentario, se refieren a la

³⁵⁸ DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 6 de Octubre de 1998*, número 16, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio, año II México, D.F.

inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio de particulares por miembros del Ejército, según las condiciones ahí mismo prescritas.

La reforma de 1993 vigente, en la parte relativa a la reforma que ahora se dictamina, innovó para que fuese requisito probar el cuerpo del delito para dictar la orden de aprehensión, como lo consideró un sector de la doctrina, habiéndose sustituido precisamente el concepto 'cuerpo del delito', por el de 'elementos que integran el tipo penal'. La doctrina se había orientado por considerar que el cuerpo del delito se componía por todos los elementos que, en cada caso, integran el tipo delictivo, tanto los elementos objetivos o materiales como los subjetivos y los normativos. En consecuencia, con base en la reforma de 1993 y la consecuente reforma de los códigos de procedimientos penales, federal y del Distrito Federal, publicada el 10 de enero de 1994, los elementos del tipo penal de que se trate, 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, deben acreditarse, 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.

A este respecto, la Barra Mexicana del Colegio de Abogados hizo llegar a estas comisiones dictaminadoras, entre otras igualmente interesantes reflexiones, las consideraciones siguientes:

'Estas reformas hacen en la práctica casi imposible que el Ministerio Público pueda efectuar legalmente una consignación dando lugar a que los jueces se vean impedidos de iniciar procesos o dictar sentencias condenatorias; impide que el Ministerio Público en un término de 48 horas pueda integrar estos elementos para lo que el jugador tiene un término de un año en ocasiones más a petición del procesado y, por

otra parte, modificar íntegramente la naturaleza de por sí inconstitucional y arbitraria de la averiguación previa, ya que prácticamente exige los mismos requisitos para ejercitar la acción que para decretar la formal prisión y probablemente para dictar una sentencia condenatoria; convierte la función indagatoria en una verdadera función jurisdiccional...'

La argumentación de la iniciativa para proponer la reforma al artículo 16 constitucional, es la siguiente:

'Antes de 1993 para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión se requería que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado. Con la reforma se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal -objetivos subjetivos y normativos-, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997, de todas las averiguaciones previas consignadas, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20%.'

Artículo 19

La reforma de 1993 también incluyó modificaciones al artículo 19 constitucional para hacer patente la seguridad jurídica en favor del inculpado, puesto que la materia del debido proceso legal debe precisarse a través del auto de procesamiento o de término constitucional. La reforma sustituyó igualmente en este numeral el concepto 'cuerpo del delito' por 'elementos del tipo penal', con la consecuencia de que mientras antes de 1993, era suficiente acreditar los elementos objetivos del delito para librar un auto de formal prisión, después de la reforma es necesario acreditar todos los elementos del tipo penal -objetivos, subjetivos y normativos-, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han hecho más rígido todavía el acreditamiento de los elementos del tipo penal, toda vez que se exige acreditar en el auto de formal prisión, según sea el caso:

- 1o. La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro;*
- 2o. La forma de intervención del sujeto activo;*
- 3o. Si la acción u omisión fue dolosa o culposa;*

- 4o. La calidad de los sujetos activo y pasivo;
- 5o. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- 6o. El objeto material;
- 7o. Los medios utilizados;
- 8o. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- 9o. Los elementos normativos y
- 10. Los elementos subjetivos específicos;

Así como la probable responsabilidad del inculpado. Además de que deben señalarse todas las modificativas del delito o sus calificativas que pesen sobre el inculpado en la comisión de la conducta delictiva, por ejemplo, homicidio (tipo básico), homicidio calificado (tipo complementado).

La iniciativa presidencial, por lo tanto, propuso reformar el segundo párrafo del artículo 19, para que al librarse el auto de formal prisión sólo se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal, la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado.

Ambas reformas propuestas, -afirma la iniciativa presidencial-, pretenden evitar que en la fase de preinstrucción, antes del proceso legal, la actividad tanto del Ministerio Público como del juez sea una verdadera etapa de instrucción, esto es, un juicio sumario. Esto no implica, desde luego, que la exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público desaparezca o se reduzca, sino solamente que se cumplimenta en las etapas procesales idóneas.

(...)

Derechos humanos y garantías individuales

La Constitución de 1857 es la primera ley fundamental nuestra que incluyó en su texto un catálogo de 'derechos individuales' o de 'garantías', a los que llamó 'derechos del hombre'. El artículo 1o. de este ordenamiento constitucional, estableció la diferencia entre 'derechos del hombre' y 'garantías' en los términos siguientes:

'El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. El consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.'

Por su parte, el artículo 1o. de la Constitución de 1917 declara que ‘en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará 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’.

Al respecto, con base en los debates del Constituyente de 1916-1917, la doctrina ha sostenido que el texto constitucional vigente no desconoce la existencia de los derechos humanos, pues la existencia misma de garantías individuales supone una relación entre ‘la garantía’ y ‘lo garantizado’. En consecuencia, las garantías individuales constituyen una esfera de protección jurídica, una salvaguarda concreta e individualizada de los derechos del hombre, es decir, esa suma de derechos que el hombre tiene independientemente de su reconocimiento por parte del Estado en la ley positiva.

Ahora bien, las garantías que otorga la Constitución son un producto social e histórico, cuya relatividad depende de las circunstancias que enfrenta una comunidad políticamente organizada para asegurar su permanencia como tal y la consecución de sus fines colectivos. Por eso es que en un momento determinado las garantías individuales pueden ser incluso suspendidas.

Al igual que lo asume el dictamen aprobado por nuestra legisladora, las reformas propuestas en la iniciativa y aprobadas en los términos de la minuta que ahora dictaminamos, son indispensables para llevar adelante, dentro del orden jurídico, el combate del Estado mexicano en contra de la delincuencia, particularmente la delincuencia organizada, cuya peligrosidad y criminalidad cuestionan la viabilidad de nuestro estado de derecho. Es por ello igualmente indispensable dejar constancia que las modificaciones constitucionales propuestas, responden al interés superior de la sociedad por mantener la defensa de valores supremos de nuestra convivencia social armónica: el orden público, la ética, la paz social, la seguridad de los demás ciudadanos y la justa distribución de la riqueza.

Artículo 16

Como ya lo hemos analizado previamente, la iniciativa presidencial propone que para librarse una orden de aprehensión se requiere, entre otras formalidades, que ‘existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate’. A este respecto, el dictamen de la legisladora modificó la propuesta de la iniciativa para aprobarla sustituyendo dicha formalidad por la consistente en que ‘existan datos que acrediten el cuerpo del delito’.

Desde luego que tanto la iniciativa como la minuta agregan también como requisito que los datos existentes hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Dicho cambio obedece a que la legisladora consideró insuficiente acreditar la mera ‘probabilidad’ de los elementos del tipo para justificar un acto de molestia en contra de la libertad de las personas, puesto que podría dar lugar a excesos que incrementarían el número de aprehensiones sólo por sospechas o suposiciones de la autoridad investigadora.

Asimismo, la legisladora consideró más apropiado adoptar el concepto de ‘cuerpo del delito’, en lugar del concepto ‘elementos objetivos del tipo penal’, no sólo por las razones expuestas en la iniciativa, sino porque consideró que el cuerpo del delito es ‘el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley’.

Finalmente, como se trata de las fases iniciales del proceso penal, la legisladora coincidió en que el grado de convicción del juzgador no tiene que ser pleno, por lo que es suficiente para librar una orden de aprehensión, el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Artículo 19

La legisladora introdujo requisitos específicos que el juez deberá tomar en cuenta para dictar el auto de formal prisión. Puesto que este acto significa el inicio de la prisión preventiva, propuso detallar claramente sus elementos, de la misma forma que estuvo establecido en el texto constitucional anterior a la reforma de 1993. Los elementos de juicio propuestos e identificados expresamente son: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancia de la 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 congruencia mantenida en la iniciativa presidencial entre los artículos 16 y 19 constitucionales se mantiene en la minuta de la legisladora, pero toda vez que el concepto ‘cuerpo del delito’ fue introducido por la legisladora en el artículo 16, este concepto se retoma en el artículo 19. Con el mismo afán de congruencia la legisladora suprimió la palabra ‘plena’, respecto de la acreditación de los requisitos para dictar el auto de formal prisión, ya que la convicción

plena es propia de la parte final del proceso una vez desahogadas las pruebas.”³⁵⁹

Finalmente, tras haber sido publicada la Minuta en la Gaceta Parlamentaria de fecha 3 de noviembre de 1998, fue sometida a discusión en lo general. En esta ocasión, se presentó una moción suspensiva por parte del Diputado Rosalío Hernández Beltrán, la cual fue impugnada por el diputado Miguel Sadot Sánchez Carreño, quien entre otras cosas, solicitó se declarara improcedente atendiendo a lo siguiente:

“Los artículos 16 y 19 constitucionales lo que proponían en las reformas era adecuar requisitos para efecto de que las órdenes de aprehensión que hoy deben de dictar los jueces, así como los autos de formal prisión, contaran con los elementos que pudieran permitirles a estas instancias el combate a la impunidad.

Debemos recordar que debido a una reforma que se hizo en 1993, se cambió toda la tradición jurídica en nuestra Constitución, al cambiar e incorporar una serie de conceptos que establecieron de manera rígida una situación en donde se impedía que las órdenes de aprehensión, que los autos de formal prisión se dictaran en la forma en que se habían hecho con elementos que daban como resultado un combate a la delincuencia y un combate a la impunidad.

De 1993 a la fecha, hemos ido observando, y esto ha constituido uno de los principales obstáculos para la procuración e impartición de justicia, que los requisitos que señalaban estas reformas constituían una interrupción al trabajo de la procuración y de la impartición de justicia. Por eso es que la Cámara de Senadores aprobó introducir una reforma que realmente nos regresa al concepto que nosotros veníamos trabajando desde el punto de vista legal, que es el concepto del cuerpo del delito, que en 1993 se cambió por aquel que en este momento está vigente, que se refiere a los elementos del tipo penal.

Esta reforma surge, pues, como un reclamo social que va a permitir agilizar y eficientar los instrumentos de impartición y procuración de justicia.”³⁶⁰

Durante el debate, el tema principal y recurrente era *la inseguridad pública* y la ineficacia de la reforma de 1993, estimándola como un obstáculo para combatir

³⁵⁹ DIARIO DE LOS DEBATES. Martes 10 de noviembre de 1998, número 26, Primer de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio, año II, México, D.F.

³⁶⁰ *Ídem.*

la delincuencia; asimismo, se reiteró que los cuerpos de policía estaban en el abandono, eran deficientes y estaban otorgaban protección a los delincuentes, incurriendo en actos de corrupción que generaron malestar social y profunda desconfianza en las instituciones de seguridad pública.

Bajo este contexto, una vez sometido a discusión en lo general el Dictamen, hubieron las siguientes intervenciones destacadas:

“Diputada Verónica Velasco Rodríguez:

(...)

La reforma propuesta al artículo 16 constitucional, tiene por objeto el que las autoridades responsables de integrar las averiguaciones previas, puedan hacerlo acreditando, previa denuncia o querrela, la existencia de un hecho determinado, sancionando cuando menos con pena privativa de libertad, la probable responsabilidad del indiciado y los datos que acrediten el cuerpo del delito, dejando atrás el requisito de la acreditación de los elementos de tipo penal, para que así el juez con posterioridad pueda dictar la orden de aprehensión respectiva.

Hasta ahora, con el precepto vigente se dificulta a los ministerios públicos la integración a las averiguaciones previas y al juez a dictar la orden de aprehensión, por lo que esta deficiencia constitucional va en detrimento de la agilidad procesal que ahora más que nunca debe prevalecer en materia penal, pues los inculpados se evaden de la responsabilidad ante la sociedad, por la imposibilidad de dictarse a tiempo las órdenes de aprehensión.

Acudir al criterio de los elementos del tipo más que al cuerpo del delito, para que el juez dicte la orden de aprehensión, hace que se les dificulte a los ministerios públicos acreditar estos extremos, en tanto que pareciera que a éstos se les impone la carga de acreditar plenamente la responsabilidad del indiciado en una etapa del procedimiento no adecuada para ello, cuando esto si bien es también su responsabilidad, sucede durante el procedimiento seguido en contra del reo.

La reforma al artículo 19 va en el mismo tenor, pues también en este precepto actualmente en vigor, se exige que se acrediten los elementos del tipo penal del delito en congruencia con el artículo 16, para dictar el auto de formal prisión. La reforma constitucional planteada y enriquecida por la Cámara colegisladora, propone introducir requisitos específicos que el juez deberá tomar en cuenta para dictar ese auto y que no pueden basarse en la acreditación de los elementos del tipo, precisamente por las razones antes aducidas. Por ello, los elementos que ahora se introducen para que el juez al valorarlos dicte el citado

auto de formal prisión, son: el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, aunados a los elementos que se desprenden de la averiguación previa y que se expresarán en el mismo.

(...)

En el combate a la delincuencia no podemos dar marcha atrás, en la medida en que todos aportemos nuestros esfuerzos para erradicar los males que aquejan a la sociedad dentro de los ámbitos de competencia correspondientes, seremos entonces capaces de salir avantes de los problemas para forjar una patria segura.

Nuestro objetivo prioritario hoy, es combatir la impunidad y la ineficiencia en los diversos sectores y con ello evitar que nuestro país sufra mayores daños. Estamos profundamente convencidos que en la medida en que cada grupo parlamentario contribuya al perfeccionamiento de las diversas iniciativas tendientes a erradicar el alto índice de criminalidad que hoy vivimos, podremos entonces lograr este objetivo.

(...)

Diputado Ricardo Cantú Garza:

(...)

En el dictamen a discusión destaca la reforma al artículo 16 constitucional, que a diferencia de lo que se dispuso en el texto original de dicho artículo, consistente en que debían de existir datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, en la reforma de septiembre de 1993, se estableció la figura de elementos del tipo, misma que ha presentado graves problemas para los agentes del Ministerio Público en cuanto a su acreditamiento ante los titulares de los órganos jurisdiccionales, bien sea para el obsequio de órdenes de aprehensión o para dictar el auto de formal prisión toda vez que se deben acreditar fehacientemente los elementos objetivos, subjetivos y normativos, más aquellos requisitos que el Poder Judicial de la Federación, a través de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados, han establecido en jurisprudencia.

Para el grupo parlamentario del Partido del Trabajo ha sido preocupación constante proveer a la ciudadanía de mejores instrumentos jurídicos que permitan un combate frontal a la delincuencia y el consecuente abatimiento de la impunidad. Sin embargo, queremos dejar en claro que las procuradurías de justicia en el ámbito de sus respectivas competencias deben establecer programas permanentes de capacitación a sus elementos, con el fin de que no resulte pretexto en el combate a la delincuencia los rigurosos requisitos que la norma jurídica exige para tal efecto.

Por tanto, nos parece acertada la reforma propuesta al párrafo segundo del artículo 16, consistente en que para librarse orden de aprehensión deben existir datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado. La modificación propuesta de elementos del tipo a cuerpo del delito permitirá el que la autoridad cuente con mejores elementos que le permitan combatir a la delincuencia, ya que el cuerpo del delito se integra con el conjunto de los elementos contenidos en la descripción típica de la conducta que el legislador considera como antisocial y su comprobación se efectúa cuando la conducta de un particular se subsume en la hipótesis normativa, al darse todos los elementos de comprobación del delito.

Resulta plausible la claridad en la que debe computarse el plazo en el que un indiciado pueda ser detenido y que las 72 horas corren de momento a momento.

Ahora bien, si en términos del artículo 16 el juzgador libra orden de aprehensión cuando existen datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado, en este artículo 19 se establece que para dictar el auto de formal prisión, que es con el que inicia el proceso penal, se deben expresar por parte del juzgado los datos que arroje la averiguación previa, mismos que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Sobre este particular, resulta claro que el contenido y fines de la reforma propuesta a los artículos 16 y 19 resultan coincidentes.

(...)

Diputada Lenia Batres Guadarrama:

En 1993, como parte de la denominada Reforma Penal Integral del ex presidente Carlos Salinas, la Constitución sufrió reformas en sus artículos 16 y 19; se modificaron los requisitos exigidos para el dictado de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión y con ello el marco legal del derecho penal cambió radicalmente.

Es cierto que a partir de entonces las exigencias planteadas por los artículos 16 y 19 dificultan en grado superlativo la consignación del delito y del delincuente, obligan al representante social por una parte y al juez de la causa por la otra, a la realización del análisis tipológico propio de la sentencia definitiva, en un momento procesal decidido por la premura.

Es verdad que debe flexibilizarse los requisitos que se imponen al Ministerio Público consignador y al juez de la causa, con miras a no entorpecer la persecución del delito.

Es verdad también que deben adoptarse fórmulas de fácil cumplimiento para agilizar el libramiento de las órdenes de captura, pero no lo es menos que no se deben librar éstas con base en la mera sospecha, como lo propuso el presidente Zedillo en su iniciativa al Senado.

Las reformas a la Constitución que él planteaba, habrían generado una normatividad que permitiría el encubrimiento y la legalización de violaciones a los derechos humanos e incluso modificarían y cancelarían garantías constitucionales, como la libertad y la seguridad de las personas.

La justicia penal que buscaba el presidente Zedillo que acreditaría no la existencia sino la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal para la consignación, era una justicia de aliento a la fabricación de delitos, a la reiterada y frecuente ineficiencia en la integración de las averiguaciones previas y al procesamiento de quienes no hubieren incurrido en la comisión de algún delito.

(...)

Con esta reforma queda clara la intención del legislador. Esta nueva redacción que ahora se presenta en el dictamen a discusión, salva la probable existencia de los elementos objetivos que proponía el doctor Zedillo, pero regresa al concepto del cuerpo del delito que mantenía nuestra Constitución de 1917 hasta antes de las reformas de 1993.

La exposición de motivos del dictamen del Senado define el cuerpo del delito como los elementos meramente objetivos y externos.

Ahora más que nunca el juzgador antes de dictar el mandamiento de captura del inculpado, debe hacer un análisis de las constancias que le fueron remitidas por el Ministerio Público, para poder determinar si es procedente decretar o negar el mandamiento de detención, puesto que no debe dejarse el análisis para cuando se dicte el auto de formal prisión, sino tendrá que hacerse en el momento de la aprehensión misma.”³⁶¹

Las consideraciones legislativas previas son condensadas y analizadas en los puntos siguientes.

1. Problemas y deficiencias en la Procuración de Justicia.

Debido a que la propuesta fue bastante avanzada para su época, el cambio tan drástico de la reforma de 1993 afectó profundamente nuestro Sistema de Enjuiciamiento Punitivo, entorpeció de forma catastrófica y creando un

³⁶¹ Ídem.

estado de volatilidad conceptual y de choque permanente; por ello, como señala el Doctor José Nieves Luna Castro, esta transición puede calificarse como intempestiva o violenta, habiendo provocado un “natural efecto de desadaptación”.³⁶²

Lo anterior se hizo patente en la iniciativa del Ejecutivo Federal, al señalar que en 1997 sólo se concedieron el veinte por ciento de las órdenes de aprehensión solicitadas, lo que se debió a dos hechos primordiales; en primer lugar, el deficiente grado de preparación de algunos Ministerios Públicos que no alcanzaron a entender el esquema finalista empleado en la legislación procesal federal (así como en los Códigos locales respectivos), imperando el desconocimiento y la dificultad en su comprensión y aplicación y, por otro lado, existió el abuso de algunos jueces de su potestad para interpretar las leyes, llegando a una desbordantemente concepción garantista del tipo penal, producto de su alto egocentrismo intelectual.

No cabe duda que el término “tipo penal” ha tenido una acepción muy variada, dependiendo de cada escuela doctrinal, lo cual dificulta su comprensión y la consecuente obtención de un mayor nivel de certidumbre jurídica; por ello, era de esperarse que, debido a su amplio contenido en la legislación secundaria, se ahondara en la más insípida desavenencia jurisdiccional, donde las consecuencias eran tan inmediatas como desastrosas. De esta manera, lejos de lograrse el objetivo propuesto (el pretendido avance o modernización que la reforma pretendía implementar), lo que se logró fue arruinar casi de inmediato nuestro Sistema de Enjuiciamiento Punitivo, contribuyendo a la eficaz dispersión del concepto y a crear mayor confusión sobre su contenido.

En efecto, se generaron criterios contrapuestos entre los Ministerios Públicos y los Jueces, donde los primeros se quejaban de una complicación judicial extrema y los segundos aducían la ineficacia de aquéllos; esto había generado una cierta hostilidad entre ambas instituciones que, en algunos casos, culminaban incluso en denuncias penales contra los juzgadores. Era el juego de “echarse la bolita”,

³⁶² LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 73.

donde el esmero por consignar las averiguaciones previas se veía frustrado por las exhaustivas pormenorizaciones judiciales.

Sin embargo, el legislador advirtió oportunamente el problema anterior, al señalar como motivo de reforma que la sociedad había notado serias deficiencias en el funcionamiento de la procuración y administración de justicia, existiendo una relación “poco colaborativa” entre jueces y ministerios públicos, quienes “recurrentemente se imputaban serias fallas e ineficiencias”. En este sentido, el emérito investigador Doctor Héctor Fix-Zamudio comenta que:

“Los obstáculos (...) en cuanto a la investigación de los delitos que corresponde al Ministerio Público se advierten en la realidad, ya que se han presentado casos muy relevantes y muy comentados por los medios de comunicación, respecto de decisiones de los jueces penales que ponen en libertad a las personas que han sido señaladas como delincuentes en el momento del ejercicio de la acción penal, ya que en opinión de dichos juzgadores, el Ministerio Público no había aportado las pruebas para demostrar los elementos del tipo y la presunta responsabilidad de los acusados. También se han presentado discusiones entre jueces y las procuradurías respectivas, debido a estas circunstancias. Tenemos la convicción de que es necesario revisar las disposiciones legales para encontrar una solución razonable que permita al Ministerio Público reunir las pruebas, ya sea en una investigación administrativa o bien con la colaboración de las autoridades judiciales, como sucede en otros ordenamientos, a fin de que la propia investigación pueda ser eficiente.”³⁶³

Algo era cierto en todo esto; la carga de trabajo del Representante Social aumentó substancialmente al ser mayores los elementos típicos que tenía que comprobar, provocando que la Procuración de Justicia se retrasara de forma descomunal; por ello, el ex-Ministro Juan Silva Meza³⁶⁴ comenta que dicha reforma resultó en la dificultad técnica de la actividad ministerial, incrementando la carga de trabajo para la representación social, además que en cierto modo se propiciaba impunidad. Por su parte, el Doctor Héctor Fix-Zamudio estimó que este

³⁶³ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función Constitucional del Ministerio Público, tres ensayos y un epílogo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 1ª edición, 1ª reimpresión, 2004, p. 158.

³⁶⁴ GARCÍA RAMÍREZ Sergio y VARGAS CASILLAS, Leticia, coordinadores. *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, I.I.J.U.N.A.M., México, 2001, página 224 y 225.

cambio de conceptos “complicó de manera sustancial las averiguaciones previas” que debía realizar la policía judicial, “bajo la dirección del Ministerio Público.”³⁶⁵

En opinión del Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez, existieron consideraciones “que sirvieron para encubrir la ineficacia de las autoridades en su lucha contra el crimen”, tales como “haber trasladado al ámbito procesal conceptos dogmáticos poco difundidos y comprendidos por los agentes del ministerio público”³⁶⁶ y, en tal sentido, precisa que “desde el ámbito del Ministerio Público se vino gestando la contra-reforma de 1997, (...) aduciendo que la impunidad y la creciente criminalidad era consecuencia en gran medida de las reformas de 1993-1994” y que, de este modo “se justificaba la ineficacia de las Procuradurías en sus investigaciones criminales y su resistencia por aceptar importantes modificaciones procesales que resultaban incomprensibles para la enorme mayoría de Agentes del Ministerio Público”³⁶⁷

Por su parte, el Magistrado Federal Doctor José Nieves Luna Castro³⁶⁸ realizó una encuesta bastante interesante, donde demuestra que los sujetos implicados en la Procuración e Impartición de Justicia (Jueces y Magistrados, Ministerios Públicos, locales y federales, así como litigantes) no entendieron el concepto de tipo penal, pero sí reconocieron su carácter plurívoco;³⁶⁹ además, el grueso de los abogados en nuestro país, entre ellos “*Jueces y Magistrados*”, no entendía a cabalidad el concepto de “tipo penal”,³⁷⁰ pues como advierte de los resultados obtenidos, “un considerable número de entrevistados en realidad no tenía una sólida concepción dogmática del tipo, pues aun cuando dijeron concebirlo de acuerdo con la teoría finalista; que con él se logra una mayor garantía y que, en su caso, su legislación local siguió ese modelo, al mismo tiempo contestaron en el sentido de que el dolo es un elemento de la culpabilidad, lo que viene a reflejar un

³⁶⁵ FIX-ZAMDIO, Héctor. *Op. Cit.*, pp. 148 y 149.

³⁶⁶ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, p. 136 y 137.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 139.

³⁶⁸ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, pp. 111 a 127.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 129.

³⁷⁰ CFR. *Ibidem*, pp. 109 a 127.

desconocimiento inclusive sistemático de dicha figura de acuerdo a las diversas concepciones teóricas tradicionalmente controvertidas.”³⁷¹

Sobre el particular, merece atención especial la opinión de la jurista Victoria Adato Green, quien al respecto expresa que:

“La reforma de 1999, revela que las reformas constitucionales anteriores se realizaron sin el análisis y la reflexión correspondiente de la realidad de todo el sistema jurídico penal mexicano, en el cual el Ministerio Público en la averiguación previa, en el supuesto de que exista detenido, está obligado por el imperativo constitucional a no retener por más de 48 horas al indiciado. Este plazo puede duplicarse, tratándose de delincuencia organizada. El Ministerio Público deberá ordenar en estos plazos, en su caso, su libertad o ponerlo a disposición del juez. En estos términos, era imposible acreditar los elementos del tipo penal y en gran cantidad de casos sin estar cubiertos los elementos del tipo penal, se ejercitaba la acción penal, lo que traía como consecuencia que los jueces penales al pronunciar sus determinaciones que resolvían la situación jurídica del imputado en 72 horas, tenían que emitir un auto de libertad lo que traía como resultado, en algunos casos, la impunidad y en otros que los medios de comunicación, por desconocimiento de la técnica jurídica, señalaran que los jueces actuaran en forma deshonesta, lo cual produjo gran desprestigio del Poder Judicial.

Por tanto, la reforma penal de 1999 nos parece acertada, siempre y cuando se considere que por ‘cuerpo del delito’, se entienda la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determina la ley penal.”³⁷²

Es evidente que la Procuración de Justicia no estaba preparada para una exigencia tan alta, menos aun cuando existían servidores públicos con muy poca preparación académica, de ahí que la “ineficacia” y las “irrestrictas exigencias garantistas” trabaran un debate perjudicial para la justicia.

2. Incremento delincencial alarmante.

Una de las consecuencias inmediatas que tuvo la reforma de 1993, fue el aumento alarmante de la criminalidad en nuestro país, motivada por el alto grado de impunidad que, como se ha visto, fue producto tanto de las deficiencias ministeriales, el antagonismo surgido entre Ministerios Públicos y Juzgadores, el

³⁷¹ *Ibidem*, p. 128.

³⁷² GARCÍA RAMÍREZ Sergio y VARGAS CASILLAS, Leticia. *Op. Cit.*, página 217 a 218.

elevado rigor probatorio y el exacerbado garantismo de la concepción del tipo complejo; en su conjunto, ello logró que se evitara, con extrema facilidad, el juzgamiento de presuntos delincuentes, bien porque se negaran las órdenes de aprehensión o bien porque se dictaran los autos de libertad con reservas de ley; como sea, en ambos casos parecía que la libertad era otorgada de forma indiscriminada, siendo demasiado frecuente que, por tecnicismos jurídicos-penales, se considerara la existencia de un obstáculo procesal insuperable para poder continuar con el procedimiento.

Obviamente, esto dio la imagen de que era difícil castigar a los delincuentes, generando un importante aliciente para el súbito aumento de la criminalidad mientras que, al mismo tiempo, se enclavó una profunda desconfianza en la población. Esta situación fue plenamente reconocida por el Ejecutivo Federal en su iniciativa de reforma, así como por los legisladores de ambas Cámaras, además del señalamiento del “rezago del marco jurídico para perseguir y sancionar a la delincuencia” y la sofisticación de las organizaciones delictivas que cada día contaban “con mayores recursos financieros, tecnologías avanzadas y armamento sofisticado, logrando con ello que su enorme poder corruptor y de intimidación se viera multiplicado”, así como el reconocimiento del “abandono de las instituciones de seguridad pública”.

En consecuencia, la necesidad de contrarrestar estos efectos perjudiciales y facilitar la justicia en beneficio de la sociedad, permitió que se aprobara de forma urgente la llamada “*contrareforma*” de 1999. Esto nos dejó un gran aprendizaje respecto a las severas consecuencias que produce un pretendido “gran avance” que no es acorde a nuestra realidad, lo que ha de incorporarse a nuestro bagaje jurídico.

a) “El cuerpo del delito”

1. Rescate del concepto original en la Constitución

Al reformar la Carta Magna, el Constituyente Permanente tuvo la intención de rescatar el significado original del “cuerpo del delito”, aquel al que la

jurisprudencia dotó de un contenido estrictamente materialista; además precisó que así habría de contemplarlo la legislación secundaria y entendió que de esta manera se permitiría que las autoridades cumplieran con su responsabilidad y se podrían garantizar los derechos de los ciudadanos. De ahí que tenga razón el Doctor José Ovalle Favela al expresar que se había regresado, “en alguna medida, al texto anterior a la reforma de 1993”.³⁷³

El regreso al antiguo concepto procesal suscitó algunas críticas en el foro; por ejemplo, el Doctor Javier Jiménez Martínez califica este renovado concepto como “una institución única, nueva, con cuerpo, pero sin alma” y estima que la coincidencia entre dicho concepto y el tipo penal “es una cuestión parcial.”³⁷⁴

Por su parte, el Doctor José Nieves Luna Castro endereza duras críticas al respecto y niega tajantemente la posibilidad de otorgarle un contenido mayor al estrictamente materialista previo a la reforma de 1993; ello al considerar que dicho concepto “ni si quiera es auténtico u original”, al no haberse recogido en mérito de su contenido material propio; de su connotación lingüística, gramatical o semántica, que el autor equipara al tipo “valorativamente neutro” propuesto por Belig en 1906; por tanto, estima que el cuerpo del delito ya no cumple con la función garantista del tipo, necesaria en un estado de derecho moderno, “ni siquiera para efectos del ámbito procesal al que pertenece y con relación a resoluciones características de etapas procedimentales provisionales o anteriores a la sentencia.”³⁷⁵

En tales circunstancias –continúa el autor– el cuerpo del delito fue recogido del desuso, “cual material de desecho”, bajo un contenido más amplio y, por tanto, el concepto fue “utilizado en un proceso de reciclaje, como material previamente usado y abandonado, para tratar de darle un nuevo aspecto”; empero, refiere que:

“(…) la utilización de tal concepto constituye un doble error, por un lado porque pretender asignarle un contenido que capte elementos ajenos a lo material o externo implica desnaturalizar la connotación o significado

³⁷³ OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.*, pp. 118 y 119.

³⁷⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Op. Cit.*, p. 334.

³⁷⁵ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 166.

que le son propios, en tanto que, por otra parte, su simple utilización es criticable desde el momento en que concebido en su justa dimensión, resulta sumamente limitado y es por tanto inapropiado por incapaz de cumplir hoy por hoy, con una labor mínima de la función garantista del tipo a nivel intraprocesal y con independencia de que su uso se reserve para resoluciones o momentos procedimentales incipientes, preliminares y, por ende, de carácter provisional.

Por todo ello, ante la ineficacia del concepto, estimamos que debe ser nuevamente superado y suprimido de la legislación nacional; dando paso a ser sustituido por una nueva institución de carácter procesal que cumpla de mejor manera con la función garantista del tipo y que sea a la vez congruente con la estructura procesal penal, respecto del mínimo de comprobación (en relación con los elementos del tipo penal complejo), exigible para el dictado de órdenes de aprehensión o autos de término constitucional, lo correcto sería, estimamos, se establezca el equivalente a un encuadramiento o tipicidad provisional pero sin eludir el estudio obligado de todos los componentes de la descripción típica respectiva.”³⁷⁶

Al respecto habría que decir que, aunque es cierto que su connotación originaria era de tintes exclusivamente materialistas, no pueden desconocerse los avances logrados por la doctrina mexicana al bridlearle un contenido más adecuado a las exigencias de un “*Estado moderno de Derecho*”; de ahí que el aporte teórico que realizó cada autor en concreto, permitiera la evolución del concepto hasta contemplar los elementos normativos y subjetivos específicos del tipo.

Sólo como ejemplo, los destacados juristas Victoria Adato Green, Olga Islas de González Mariscal y Sergio García Ramírez, al explicar los motivos que inspiraron su propuesta de definición legal del “cuerpo del delito”, refieren haberse basado “en el texto de los artículos 16 y 19 constitucionales reformados en 1999”, el cual calificaron como una “rectificación” de la “errónea reforma de 1993” y en tal sentido puntualizan que:

“(…) En la regulación procesal de esta materia se procuró dejar de lado preferencias de carácter doctrinario. Sólo se alude a lo que resulta necesario para que el Ministerio Público ejercite la acción y, en su hora, se dicten orden de aprehensión o auto de procesamiento.

³⁷⁶ *Ibidem*, p.167.

*Obviamente, las disposiciones legales deben atender a los términos expresos de las normas constitucionales. **Por ello se dice que el cuerpo del delito se integra con todos los elementos previstos en la descripción legal del hecho punible.** Hay opiniones diferentes en cuanto a la pertinencia de aludir en este punto al dolo y a la culpa.”³⁷⁷*

Como se aprecia, la inclusión de todos los elementos de la descripción típica dentro del cuerpo del delito (a pesar de que queden pendientes los elementos subjetivos genéricos: dolo y culpa), es una propuesta colegiada de tres de los más prestigiados juristas a nivel nacional, quienes gozan de una prolífica vida profesional tanto en la investigación, la docencia y, por supuesto, el servicio público. En este sentido, carece de sustento la afirmación de que dicho concepto resultaba inapropiado “para cumplir al menos parcialmente una posible función delimitadora y garantista del tipo”.³⁷⁸

A mayor abundamiento, es inválida la objeción hecha por el citado autor y, en todo caso, lo “inapropiado” que resulte de utilizar dicho concepto como garantía constitucional no derive, *per se*, de un irrestricto apego a su concepción originaria, pues en caso de aceptar tal conclusión, habría que hacerla extensiva al concepto de “tipo penal” que, según cada doctrina tiene una connotación muy específica; ello, desde luego, resulta inadmisibles dado que tal concepto sustantivo ha evolucionado conforme se han ido replanteando las ideas que le dieron sustento dentro de la teoría general del delito; de este modo, de admitirse tal objeción, tampoco sería válido darle otro significado al “tipo penal” que no fuera el que Beling le asignó originalmente, pues en tal caso habría que atender obligadamente a su concepción originaria, lo cual sería una clara equivocación.

En efecto, no podría considerarse inadecuada una concepción moderna del cuerpo del delito por razones de índole gramatical, lingüística o técnica, pues un criterio tan rígido que impida cambios evolutivos al concepto, sería tanto como negar la posibilidad de un mejoramiento sustancial a nuestro Sistema de Enjuiciamiento Punitivo; luego entonces, queda de manifiesto que las aludidas

³⁷⁷ ADATO GREEN, Victoria; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Código Penal y Código de Procedimientos Penales Modelo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 189, 2004, México, distrito Federal, p. 147.

³⁷⁸ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. cit.*, p. 154.

razones no pueden considerarse un verdadero obstáculo para recoger la nomenclatura previamente utilizada y dotarla con un contenido diverso y mayormente garantista; máxime si la necesidad de adecuar esta o cualquier figura jurídica deriva de las exigencias sociopolíticas y criminológicas imperantes en una época en particular.

Desde esta óptica, se reitera lo intrascendente que resulta considerar el hecho de que las legislaciones secundarias acogieran al “cuerpo del delito” bajo “los elementos del tipo”, a pesar que se tratara de una configuración técnica “que no le corresponde” o que representara una incorrección “desde el punto de vista dogmático” e incluso que, previo a las reformas de septiembre de 1993, hubiera existido la reiterada tesis de considerarlo bajo una perspectiva exclusivamente materialista como lo hizo nuestro Máximo Tribunal.³⁷⁹

Por último, cabe precisar que no existe base alguna que permita afirmar que la concepción materialista del cuerpo del delito derive de la concepción objetivista del tipo beligniano; en todo caso, parece que dicha concepción deriva propiamente, según el análisis histórico hecho con anterioridad, de las viejas posturas sustentadas y desarrolladas por los procesalistas italianos y/o los doctrinarios franceses, ambos del siglo XIX.

Ahora bien, las críticas anteriores no chocan con la idea de promover una nueva nomenclatura constitucional que pueda considerarse más clara, precisa y “moderna” para legitimar la afectación provisional a la libertad de los gobernados, así como establecer, con un deseable margen de uniformidad, un mínimo probatorio para realizar la correcta y completa adecuación típica de la conducta considerada como delictiva; en todo caso, el concepto elegido deberá llegar a una interpretación lo más uniforme posible, entre los encargados de Procurar y Administrar Justicia, desde el momento mismo en que sea incorporado al texto positivo.

2. Potestad de integración conceptual

³⁷⁹ *Ibidem*, Porrúa, p. 177.

A fin de darle imperatividad al rescatado concepto constitucional, se llevó a cabo el proceso de adecuación en los Códigos federal y de cada una de las entidades federativas; empero, no todas las legislaciones lo adoptaron de forma unánime, pues mientras algunas exigían la totalidad de los elementos de la descripción típica en concreto (elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos), otras en cambio, sólo establecían una exigencia parcial de éstos.

Lo anterior produjo inestabilidad y confusión al interior de nuestro Sistema de Enjuiciamiento, pues nunca logró gestarse una idea “homogénea” y “sólida” de lo que debía entenderse por esta garantía de seguridad jurídica, de modo que tanto Jueces como Ministerios Públicos tenían el deber de aplicar el “*concepto legal*” establecido en el código procesal de su respectiva competencia, so pena de incurrir en responsabilidad administrativa y/o penal; obviamente, esto generó una multiplicidad de interpretaciones jurisprudenciales que afectó severamente su comprensión como fundamento del procedimiento penal en nuestro país y que, como consecuencia, produjo una gran incertidumbre jurídica y un notorio estado de indefensión para el justiciable, quien se encontraba a merced del criterio autoritarista o garantista del intérprete de la ley.

En este contexto, era de esperarse que nuestros Tribunales Federales emitieran criterios jurisprudenciales dispares, con severas implicaciones para el entendimiento de esta garantía constitucional, otros de los pilares que debilitaron terriblemente nuestro Sistema de Justicia Penal.

Paralelamente, se suscitó el problema de establecer si los antiguos criterios jurisprudenciales del cuerpo del delito, previos a la reforma de 1993, cobraban aplicación o no; las opiniones a este respecto estuvieron divididas, pues mientras algunos consideraban que sí resultaban aplicables, había quienes negaban tajantemente esa posibilidad. Así, pueden encontrarse opiniones como la del exministro Juan Silva Meza, quien enaltece como principal ventaja de esta reforma, el hecho de que “no hubo que pasar por el complicado proceso de

adaptarse al nuevo texto legal, puesto que existía un gran bagaje doctrinal y jurisprudencial al respecto.”³⁸⁰

Quizás debido a esta parcial aceptación de la antigua jurisprudencia, el proceso de transición conceptual fue más armónico en comparación al diverso concepto de elementos del tipo penal; sin embargo, la firme oposición del Doctor Luna Castro a la aplicación de criterios jurisprudenciales que no deriven de la interpretación de nuestros textos positivos, actúa como un infranqueable límite que racionaliza y otorga cierta medida a la utilización de la jurisprudencia en relación a conceptos que, aunque en el fondo sean de connotación técnica muy similar, puedan tener diferencias sutiles de contenido, tal como ocurrió con el renovado concepto del cuerpo del delito.

Ahora bien, la peor parte de todo este drama de confusión y dispersión conceptual, sobrevino cuando algunos Códigos adjetivos del país, por una deplorable negligencia de las legislaturas locales, no adecuaron el texto de la ley al nuevo concepto constitucional y siguieron empleando el diverso de “elementos del tipo penal”, generando un problema de constitucionalidad que tuvo que ser resuelto por la Primera Sala de nuestro Supremo Tribunal en la contradicción de tesis siguiente, en donde estimó que debía prevalecer el texto positivo de la norma fundamental sobre el diverso de la ley secundaria al amparo del principio de supremacía constitucional, considerando que los referidos cuerpos normativos se encontraban en “oposición” con aquélla:

“AUTO DE FORMAL PRISIÓN. ACORDE CON EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, SU DICTADO DEBE HACERSE CONFORME AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y NO ATENDER A LA LEGISLACIÓN ORDINARIA, CUANDO ÉSTA NO HA SIDO ADECUADA A LO DISPUESTO EN DICHO PRECEPTO.
Si de la sola lectura del texto de una ley ordinaria, y de su comparación con el vigente del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que, al parecer, aquélla otorga mayores prerrogativas al inculpado al dictarse un auto de formal prisión, pues dicho texto, al no haber sido actualizado conforme a la reforma constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, aún exige para su dictado la demostración de los elementos del tipo

³⁸⁰ GARCÍA RAMÍREZ Sergio y VARGAS CASILLAS, Leticia. *Op. Cit.*, p. 226.

penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate, tal apreciación, a simple vista, no debe conducir a sostener jurídicamente que otorga mayores prerrogativas al indiciado y que, por ende, resulta de aplicación preferente al referido artículo 19. Lo anterior es así, pues en atención al principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 133 de la propia Carta Magna, los Jueces deben acatar lo dispuesto en ésta, cuando la legislación local se oponga a ella, por lo que la circunstancia de que el ordenamiento legal respectivo no haya sido adecuado a la reforma constitucional citada, no implica ni conlleva a sostener válidamente que otorgue mayores prerrogativas al indiciado al dictarse un auto de formal prisión y, por ende, que resulte de aplicación preferente a las disposiciones de la Norma Fundamental, en virtud de que ésta constituye la Ley Suprema de toda la Unión, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, por el hecho de que no hayan sido adecuadas a su texto, entonces, deben predominar las disposiciones del Ordenamiento Supremo y no las de esas leyes ordinarias.”³⁸¹

Ciertamente, lo anterior puso de manifiesto la total indiferencia del legislador secundario y, asimismo, demostró lo desafortunado que resulta dejar en sus manos la delimitación conceptual de una de las garantías constitucionales más importantes en nuestro país; sin embargo, nunca existió alguna sanción por su omisión legislativa.

Por ello, el Doctor José Nieves Luna Castro califica a este proceso de adecuación como “disperso y anacrónico, pues mientras unos Estados lo hicieron casi de inmediato”, otros lo hicieron “después de varios años” y “en algunos casos la reforma fue integral en tanto que en otros, simplemente representó el cambio de terminología (tipo penal en lugar de cuerpo de delito) y lo que es más, en algunos supuestos subsisten ambos conceptos lo que nos parece totalmente inadmisibles y por supuesto, mayormente confuso. (...) ese proceso de adecuación ha sido sumamente difícil por la dificultad de suplir el concepto ‘cuerpo del delito’ de tanta ‘raigambre uso y comprensión’, así como disparidad o discrepancia conceptual en

³⁸¹ Época: Novena Época Registro: 184968 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVII, Febrero de 2003 Materia(s): Penal Tesis: 1a./J. 86/2002 Página: 47.

torno al concepto de 'tipo penal' y de su contenido o requisitos atribuidos para su comprobación."³⁸²

Por otra parte, resulta interesante la afirmación del Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez en el sentido de que la relación entre tipo y cuerpo del delito resultó sumamente estrecha y que, en diversos países con tradición jurídica romano-canónica, se había mezclado a tal grado que parecía que el tipo era "el paso conceptual lógico ulterior al cuerpo del delito, sin embargo, en sistemas jurídicos latinoamericanos –incluyendo México– con la misma tradición jurídica, el tipo y el cuerpo del delito han seguido senderos paralelos."³⁸³

Esta afirmación cobra relevancia, al tener en cuenta que la tipicidad preliminar de la conducta resulta ser el elemento indispensable en la configuración conceptual de lo que debe entenderse por el "*posible o probable delito*", que desafortunadamente nuestras códigos procesales y nuestros encargados de impartir justicia no supieron expresar con claridad y precisión suficientes.

3. Calificativas en el cuerpo del delito

El problema relativo a la inclusión de las calificativas como parte de este concepto constitucional fue reavivado bajo esta reforma en medio de desavenencias jurisdiccionales, las cuales fueron puestas de relieve en los criterios jurisprudenciales emitidos por nuestros Tribunales Federales.

En este sentido, el Magistrado Federal Doctor Ricardo Ojeda Bohórquez, entonces integrante del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, reconoce que las calificativas son factores que atenúan o agravan la responsabilidad del delincuente, incidiendo en la medición cuantitativa de la pena, empero, incurre en el defecto de estimar que se trata de "*las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión del tipo*", lo cual resulta inexacto dado que las calificativas pueden identificarse o no con éstos últimos elementos. Dicho Juzgador se pronunció en los términos siguientes:

³⁸² LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 106.

³⁸³ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *Consideraciones críticas...Op. Cit.*, p. 297.

“CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Antes de la reforma constitucional de septiembre de mil novecientos noventa y tres, para el dictado del auto de plazo constitucional se exigían, entre otros requisitos, el acreditamiento del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado y el primero se constituía por los elementos materiales o externos de la figura típica. Sin embargo, a través de la citada reforma al artículo 19 constitucional se sustituyó el concepto "cuerpo del delito" por el de "tipo penal", es decir, se cambió de un concepto con una connotación reducida por otro de contenido distinto y más extenso que el sustituido que, en consecuencia, resultaba más garantista para el inculpaado. A partir de la aludida reforma de septiembre de mil novecientos noventa y tres, en el dictado del auto de plazo constitucional, el estudio relativo no debía limitarse al análisis del cuerpo del delito (elementos objetivos), sino que debería referirse a todos los elementos del tipo (elementos objetivos, normativos y subjetivos). Como consecuencia, en el dictado de dichas resoluciones debían precisarse las **calificativas o modalidades del delito** por ser éstas **partes integrantes del tipo**. Sin embargo, por decreto de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve, publicado el ocho del mismo mes y año, y en vigor al día siguiente de la publicación, hubo otra reforma al artículo 19 constitucional, en donde se sustituyó de nueva cuenta el concepto de "elementos del tipo" por el de "cuerpo del delito". Consecuentemente, también se tuvieron que ajustar las legislaciones ordinarias de las entidades federativas; así, por decreto de veintiséis de abril de mil novecientos noventa y nueve, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el tres de mayo del mismo año, se reformó el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece los requisitos para el dictado del auto de formal prisión y el diverso 122 del mismo ordenamiento, que indica con qué clases de elementos del tipo se constituirá el cuerpo del delito. Ahora bien, **la doctrina ha clasificado a los tipos penales en básicos y complementados, que a su vez pueden ser agravados o privilegiados.** Asimismo, la doctrina ha sostenido que los elementos del tipo penal en forma abstracta son los siguientes: la conducta (acción u omisión); el bien jurídico; la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; sujeto o sujetos activo y pasivo; nexo causal; objeto material; **los medios utilizados o las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión (modalidades de la conducta o calificativas)**; voluntad dolosa o culposa. Todos estos elementos a su vez los clasifica en objetivos, normativos y subjetivos. Los elementos objetivos son aquellos que pueden ser advertidos con la sola aplicación de los sentidos; los elementos normativos requieren de un determinado

*juicio de valor y los elementos subjetivos son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en su sentimiento y, por ello, su comprobación resulta complicada. Así, **las calificativas o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o modalidades de la conducta, son factores que también atenúan o agravan (atenuantes o agravantes) la responsabilidad del autor del delito incidiendo en la medición cuantitativa de la pena. Es decir, son las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión que califican la conducta, las calificativas propiamente dichas. Por tanto, cuando en la legislación se establezca que el cuerpo del delito se constituya con elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos (elemento constitutivo esencial descrito en la ley, distinto al dolo y a la culpa), de conformidad con el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, las calificativas o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben incluirse en el auto de plazo constitucional.***"³⁸⁴

Por su parte, los Magistrados Federales Guillermo Velasco Félix y Emma Meza Fonseca, integrantes del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, después de realizar un análisis *"integral"* del artículo 19 constitucional y 122 de la ley adjetiva del Distrito Federal, inexplicablemente sostuvieron que las calificativas **"forman parte de la conducta"** (¿?) y estimaron que los jueces tenían la obligación constitucional y legal de "demostrar" (sin duda alguna, se refirieron a *"tener por demostrados"*) todos y cada uno de los elementos del cuerpo del delito y las **"circunstancias de ejecución"** al emitir un auto de formal prisión, según se advierte a continuación:

"AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SE DEBEN INCLUIR LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL, A LA LUZ DE LA REFORMA DEL TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 6/97, publicada en la página 197 del Tomo V, del mes de febrero de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL.', QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL

³⁸⁴ Época: Novena Época Registro: 184959 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVII, Febrero de 2003 Materia(s): Penal Tesis: I.7o.P.26 P Página: 1010.

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.", estableció el criterio de que en el auto de formal prisión deben quedar determinados con precisión los elementos constitutivos del tipo penal incluyendo, en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador. Por otra parte, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal sufrió reformas el tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve, estableciendo de nueva cuenta la comprobación del "cuerpo del delito", abandonando el concepto de "elementos que integran el tipo". Sin embargo, la connotación actual del cuerpo del delito difiere de la que estuvo vigente antes de la reforma de 1993, pues entonces la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que por cuerpo del delito debía entenderse el conjunto de elementos objetivos 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 delictuoso, pero en la actualidad es diferente, toda vez que el artículo 19 constitucional establece que en el auto de formal prisión deberán expresarse "... el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución ...", y el artículo 122 del precepto antes citado establece que "... 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. ..."; de ello **es dable concluir que es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir un auto de formal prisión, demostrar todos y cada uno de los elementos del cuerpo del delito, así como las circunstancias de ejecución del mismo, incluyendo en éstas las calificativas o modificativas del delito, pues en el caso, éstas también forman parte de la conducta.** Por tal razón es obligatorio observar lo establecido en la jurisprudencia de la Primera Sala citada con anterioridad, pues lo dispuesto en la misma no se contrapone a las reformas establecidas en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que, derivado de un análisis integral del precepto antes citado con el artículo 19 de la Constitución, se debe concluir que el juzgador al emitir el auto de formal prisión debe abarcar lo establecido en ambos preceptos con el fin de respetar la garantía de seguridad jurídica del gobernado en el proceso penal.³⁸⁵

Al respecto, debe decirse que las "circunstancias de ejecución" a que alude el artículo 19 constitucional, si bien pueden malinterpretarse como sinónimo de

³⁸⁵ Época: Novena Época Registro: 189794 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIII, Mayo de 2001 Materia(s): Penal Tesis: I.60.P.18 P Página: 1091.

“calificativas”, su correcto significado se refiere a la “*circunstanciación*”, “*circunscripción*” o “*delimitación*” fáctica de la conducta materia de enjuiciamiento, es decir, a la fijación del “*momento*” o “*momentos*” en concreto, que sirven de fundamento al encuadramiento provisional. Esta delimitación fáctica es la que da vida y contenido a la garantía de Litis cerrada en materia penal.

Ahora bien, producto de la acalorada discusión jurisprudencial, surgió la contradicción de tesis número 114/2001-PS, donde la Primera Sala se pronunció en el sentido de exigir la inclusión de las calificativas dentro del auto de término constitucional, al considerar que con ello se otorgaba certeza jurídica al inculpado respecto del proceso que habría de incoársele y en respeto a su legítimo derecho de defensa, toda vez que aquí puede ofrecer sus pruebas y formular sus manifestaciones respectivas; no obstante ello, admite la reclasificación de la conducta en sentencia definitiva, donde se pueden incluir o no las agravantes que hubieren sido probadas, según se aprecia en la tesis de rubro y contenido siguientes:

“AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EN ÉL DEBEN INCLUIRSE LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO, SIN PERJUICIO DE QUE TAMBIÉN SE EXAMINEN EN LA SENTENCIA QUE AL EFECTO SE DICTE. El primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, establece que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado." Ahora bien, del análisis de tal precepto constitucional se concluye que para que el inculpado tenga certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, la autoridad judicial, al dictar un auto de formal prisión, no debe limitar su actividad al estudio de los aspectos relacionados con el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sino que debe analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas, con independencia de que estas últimas deban ser objeto de prueba durante el proceso criminal correspondiente, en cuya sentencia se defina, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, en

virtud de que es justamente en dicho proceso donde se brinda al inculpado el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las manifestaciones que estime pertinentes. Lo anterior no es obstáculo para que el Juez de la causa, al dictar su sentencia, efectúe el análisis del grado o calificativas del delito e, incluso, por virtud de ello, la misma pueda diferir del que fue materia en el proceso, al encontrar material probatorio que lo lleve a esa conclusión.”³⁸⁶

D) Reforma de 2008

a) Motivos de reforma

A casi una década de vigencia, el requisito del “*cuerpo del delito*” fue sustituido, nuevamente, por el diverso término del “*hecho que la ley señale como delito*”. La redacción final quedó de la manera siguiente:

“Artículo 16. (...)

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un **hecho que la ley señale como delito**, sancionado 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.”*

A fin de analizar esta nueva expresión constitucional, he dividido en dos apartados el análisis de: **I)** su delimitación conceptual y **II)** el nivel de prueba requerido. Procedo, a continuación, a examinar el proceso de reforma, así como los argumentos que sirvieron de base al Constituyente Permanente para concretar esta importante reforma.

1. Proceso de reforma constitucional

³⁸⁶ Época: Novena Época Registro: 184531 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVII, Abril de 2003 Materia(s): Penal Tesis: 1a./J. 13/2003 Página: 9.

Entre fechas 29 de septiembre de 2006 y 4 de octubre de 2007, diversos diputados federales, integrantes de la LX legislatura, presentaron diez iniciativas de reforma ante el pleno de la Cámara de Diputados, siendo turnadas para su estudio a las Comisiones de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Seguridad.

Previamente, en fecha 13 de Diciembre de 2006, integrantes de la **Red Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso Legal** (mejor conocida como **“La Red”**), presentaron un paquete de propuestas de reforma a los Diputados integrantes de las Comisiones de Justicia y Puntos Constitucionales, con el fin de modernizar el Sistema de Justicia Penal en nuestro país;³⁸⁷ esta propuesta ciudadana (que constituye el verdadero origen de la reforma penal de 2008), la hicieron suya los Diputados federales Felipe Borrego, Raymundo Cárdenas, Javier Estrada, Miguel Ángel Jiménez Godínez y César Camacho Quiroz y la presentaron y refrendaron ante esa soberanía en los términos que les fue entregada, sometiéndola a consideración del Pleno en fecha 19 de diciembre de 2006. En esa misma fecha, la propuesta fue turnada para su dictamen a la Comisión de Puntos Constitucionales, con opinión de la Comisión de Justicia.³⁸⁸

La propuesta ciudadana aún no tenía previsto el cambio de denominación del “cuerpo del delito” para los artículos 16 y 19 constitucionales. Sin embargo, en el segundo de dichos numerales, la propuesta establecía, por un lado, que sería suficiente con “el hecho punible” para dictar el “auto de vinculación a proceso”, y seguía exigiéndose la “comprobación del cuerpo del delito” para el dictado del “auto de formal prisión”. Dicha propuesta era del tenor siguiente:

“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 de 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.

(...)

³⁸⁷ DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 19 de diciembre de 2006*, sesión no. 36, año I, LX Legislatura, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Primer Año de Ejercicio.

³⁸⁸ DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 19 de diciembre de 2006*, sesión no. 36, año I, LX Legislatura, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Primer Año de Ejercicio.

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

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o 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 averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. Para dictar el auto de vinculación a proceso sólo se requerirá acreditar la probable existencia de un hecho punible.

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.”

La razón que dio “la Red” para justificar el cambio de nomenclatura al “auto de vinculación a proceso”, fue la siguiente:

“Artículo 19.

Se propone modificar este artículo para distinguir los supuestos y consecuencias que del auto de formal prisión respecto del diverso auto actualmente denominado ‘de sujeción a proceso’ y al que esta propuesta llama ‘auto de vinculación a proceso’. Este cambio obedece a la necesidad de abandonar el concepto de ‘sujeción’, de cuño inquisitorio.

A diferencia del auto de formal prisión, que amerita la demostración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el auto de vinculación a proceso se sustenta únicamente en la existencia de un hecho punible, sin implicar la imposición de la prisión preventiva, aunque sí otras medidas cautelares menos lesivas, como la prohibición de abandonar una determinada circunscripción territorial.

Cabe agregar que, originalmente, la Constitución no preveía la necesidad de acreditar cuerpo y responsabilidad del inculcado para

sujeción a proceso. La asimilación del auto de sujeción a proceso al auto de formal prisión se introdujo como resultado de una interpretación jurisdiccional.”

Posteriormente, en fecha 6 de marzo de 2007 el Diputado César Camacho Quiroz hizo su propuesta formal ante el Pleno de la Cámara de Diputados, apoyado en las siguientes consideraciones:

“(…) Y una aportación que considero trascendente es poner a discusión si el concepto ‘cuerpo del delito’, durante décadas, durante mucho tiempo vigente, puede ser cambiado por uno moderno, audaz y seguramente mucho más eficaz. La demostración del hecho delictivo y que, si bien pueda ser mucho más fácil consignar a las autoridades judiciales a una persona, sea mucho más complejo y difícil condenarlo, criminalizarlo, castigarlo.

Y qué decir de la retención del probable responsable, únicamente por 48 horas, plazo durante el cual se debe acreditar plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, que es, por supuesto, un objetivo de difícil cumplimiento en tan temprana etapa del proceso. Esto, desde luego, ha generado diversas patologías como la duplicación de plazo y el arraigo.

La democratización del sistema penal, por tanto, significa reconocer los límites del derecho punitivo; y por otro el cumplimiento de las garantías del debido proceso penal en donde las partes que intervienen en la sustanciación del mismo observen que, efectivamente, se cumpla con los principios que lo conforman: publicidad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración.

Conseguir lo anterior se puede ver reflejado en procesos penales cuyas características sean la oralidad, lo acusatorio y lo adversarial. Las grandes negociaciones y los éxitos legislativos se construyen a partir no sólo de las cesiones mutuas, sino a partir de la detección de aquello en lo que coincidimos.

Vamos pues, por bien de este país, independientemente del origen de las iniciativas, a construir los consensos necesarios y dar a los mexicanos un sistema de justicia moderno y eficaz, que nos haga entrar por la puerta grande al siglo XXI. Gracias por su atención.”³⁸⁹

El citado legislador (que fue uno de los principales promotores y más destacados defensores de la reforma), fue el encargado de promover el cambio de términos entre “cuerpo del delito” y “hecho que la ley señale como delito”. En este sentido, al presentar su iniciativa “con proyecto de decreto, que reforma los

³⁸⁹ DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 6 de marzo de 2007, sesión no. 11, año II, LX Legislatura, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo año de ejercicio.*

artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, expresó las siguientes consideraciones:

“Posible comisión del hecho delictivo.

Se considera que la reforma del artículo 16 que se propone en esta iniciativa enriquece la de la Red y sugiere que, por una parte, se modifique de fondo una noción que reiteradamente ha introducido confusión en el marco del proceso penal mexicano y que lo ha mantenido como un proceso de corte mixto. Se trata de la noción de ‘cuerpo del delito’. Éste es un concepto cuya complejidad y, a veces, confusión han generado no pocos enredos en el ejercicio de funciones de procuración e impartición de justicia. Se trata de una figura jurídica de difícil manejo para muchos abogados e impenetrable para las personas legas.

El texto constitucional alude en dos ocasiones a la noción ‘cuerpo del delito’: la primera de ellas, justamente en el artículo 16; y la segunda, en el 19. Los debates del foro se han concentrado en buena medida en esta noción, la que algunos aceptan con desgano al haber quedado superada la de elementos del tipo penal, la cual fue adoptada por el poder revisor de la Constitución en 1993 y posteriormente abandonada en 1999.

En esta reforma se asume que la noción de cuerpo del delito constituye una exigencia probatoria demasiado alta para el Ministerio Público, sobre todo si se considera que los requerimientos para acreditar su existencia se plantean en fases demasiado tempranas de la investigación de los delitos. Ha sido justamente este estándar el que impide una investigación ministerial ágil, en la que las medidas cautelares adoptadas para la salvaguarda de la materia del proceso sean decretadas con la información suficiente y sin requerir a la autoridad investigadora un cúmulo de pruebas ciertamente excesivas. En nuestro medio, dichas trabas han propiciado la creación de figuras cuya constitucionalidad es por lo menos cuestionable; es el caso de la figura del arraigo.

La noción cuerpo del delito parte de una epistemología muy ingenua que asume que es posible acreditar plenamente hechos del pasado. Si para la sentencia definitiva es muy complejo referirse a plenitud probatoria, cuanto más lo es para un momento tan inmediato en el proceso.

Diversos teóricos del derecho que se han venido ocupando del tema de la prueba, como Michelle Taruffo, han señalado que la prueba de los hechos en el derecho, igual que lo que ocurre en otras materias como la historia, no puede aspirar a la certidumbre plena.

Como ocurre con cualquier conocimiento de tipo empírico, el que es propio del derecho está inevitablemente confinado a los marcos de la probabilidad. La probabilidad exigida puede ser más o menos grande de acuerdo con el tipo de decisión práctica que deba adoptarse.

Así, para condenar a alguien a una pena es natural que se pida un alto grado de probabilidad; el sistema estadounidense exige, verbigracia, el estándar de la duda razonable; otros, en cambio, utilizan fórmulas como el de la hipótesis más plausible o el de la mejor explicación, entre las muchas posibilidades existentes.

Como quiera que sea los sistemas procesales más avanzados han renunciado ya al estándar de la certeza plena. Si para las decisiones definitivas sobre la responsabilidad esto ha venido ocurriendo, con mayor razón debería operar para decisiones intermedias, provisionales y revisables como es el caso de las órdenes de aprehensión o la decisión de sujetar al inculcado a alguna medida cautelar.

En lugar de exigir la acreditación del cuerpo del delito como requisito previo para librar una orden de aprehensión, se propone sustituir tal noción por la de datos que hagan probables el hecho delictivo y la responsabilidad del indiciado.

Debe tenerse en cuenta que el hecho de que una persona sea aprehendida porque prima facie se ha considerado probable su intervención en un hecho también probable, no necesariamente se traduce --como hasta ahora-- en que el imputado vaya a quedar sometido a prisión preventiva.

Como más adelante se detallará, esta reforma implica que el sistema de justicia penal sea siempre pensado desde la libertad del imputado y no desde su encarcelamiento --de ahí que se abandone el sistema de delitos graves para determinar quién es procesado en prisión y quién lo es en libertad--, que es lo que ocurre actualmente.

Teniendo como telón de fondo ese presupuesto, en la presente iniciativa se pretende aligerar los requisitos que el Ministerio Público debe llenar para que le sean obsequiadas las órdenes de aprehensión.

Igualmente, en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, relativo a la delincuencia organizada, se propone eliminar la prorroga de 96 horas, toda vez que se pretende eliminar criterios de excepción que atentan contra el principio de seguridad jurídica y que, con la nueva sistemática procesal, el Ministerio Público ya no deberá acreditar con un estándar tan exigente los requisitos para consignar ante el juez.

Evidentemente, el estándar probatorio será mucho más alto en el juicio, pero para entonces el Ministerio Público habrá contado con el tiempo necesario para desarrollar una investigación suficientemente exhaustiva y meticulosa que le permita probar la responsabilidad del imputado, en su caso, y derrotar la presunción de inocencia que obra en favor de éste.

Consignar ante un juez será fácil, pero condenar exigirá mucho rigor en la investigación y en el juicio.

Las modificaciones anotadas permitirán conjurar el fantasma del derecho penal de excepción para procesar a la delincuencia

organizada, que precisamente ha sido la tendencia de otras iniciativas de reforma constitucional que se han presentado en el pasado.

Con esas herramientas tan simples podrán enfrentarse eficazmente tanto la delincuencia común como la organizada sin necesidad de recurrir a un proceso penal oscuro y antidemocrático.

El régimen para la intervención de comunicaciones privadas en materia de delincuencia organizada permanecerá intacto.

Auto de prisión preventiva.

Una reforma de los alcances que hasta ahora se han delineado requiere nuevas denominaciones. Como se indicó más arriba, en nuestro país el sistema procesal penal está pensado desde el encarcelamiento del imputado, desde su inmediata puesta en desventaja. Si se pretende construir un proceso democrático es necesario empezar a hablar y a pensar desde la libertad y desde los derechos. Así pues, en lugar de usar la añeja expresión ‘auto de formal prisión’ para referirnos a la decisión judicial que impone la medida cautelar de prisión preventiva, se propone usar el término ‘auto de prisión preventiva’.

Los requisitos para dictar dicho auto serían los mismos que actualmente existen, excepción hecha de la ya comentada noción de cuerpo del delito. Además, al igual que la propuesta inicial de la Red se exigirían acreditar los mismos presupuestos que para la necesidad de cautela, es decir, el peligro de fuga, la obstrucción al curso del proceso y la probabilidad de que el imputado afecte a terceros o a la sociedad cometiendo delitos. Al igual que para el caso del artículo 16, la noción cuerpo del delito sería sustituida por ‘los datos que... deberán ser bastantes para estimar como probables la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad del indiciado’.

Además de lo ya expuesto sobre el cambio de noción de cuerpo del delito cuando se abordó la reforma artículo 16, aquí cabe detenerse en una cuestión complementaria, es decir, el tema de si se requiere acreditar los dos extremos citados únicamente cuando se vincula al imputado a proceso. La propuesta de la Red es que se acredite la probabilidad del hecho, sin necesidad de acreditar la probable responsabilidad.

En atención a la misma línea de razonamiento seguida por la propuesta original, no se aprecia la necesidad de acreditar ningún extremo. La razón de ello es que la vinculación a proceso es precisamente una garantía. Lo es en tanto que constituye la comunicación formal que hace el Ministerio Público a una persona, ante un tercero imparcial, de que su conducta está siendo investigada.

En esta tesitura debe entenderse que el proceso de investigación ya ha comenzado sólo que --por emplear una metáfora-- a espaldas del imputado, sin que éste conozca los avatares de la investigación. Al quedar vinculado al proceso el imputado, el Ministerio Público está

obligado a mostrar sus pruebas y pierde la posibilidad de mantener bajo reserva los elementos de convicción que, en su momento y de considerarlo así, se desahogarán en juicio. En este sentido, el imputado activa su derecho a la jurisdicción en materia penal y puede desde el momento de la vinculación a proceso empezar a planear su estrategia defensiva. Es además una garantía porque la vinculación fija la materia de la investigación y del eventual juicio.

En la presente iniciativa, en consecuencia, se plantea que no se exija acreditar ningún extremo para vincular a proceso al imputado. Si además de la vinculación el Ministerio Público solicita una medida cautelar distinta a la prisión preventiva, se deja en libertad al legislador ordinario para establecer los requisitos de su procedencia, exigiendo en todo caso que la misma sea necesaria.

Ahora bien, cabe hacer un último comentario sobre la propuesta de cambiar la categoría ‘cuerpo del delito’ por la ya indicada. La adopción de un sistema procesal de corte acusatorio reclama adoptar un nuevo estándar no para el simple hecho de la vinculación, sino para la imposición de la medida de prisión preventiva. Si se exige un examen de mérito, como ocurre en nuestro actual sistema mixto, aunque no se solicite medida cautelar alguna, la fase de juicio se convertirá en el remedo del debido proceso que nunca será real. La práctica cotidiana permite observar cómo, en los actuales autos de formal prisión o de sujeción a proceso, se condena virtualmente al imputado al finalizar la denominada fase de preinstrucción.

El estándar probatorio tan excesivo exigido en este plazo se traduce de facto en que el imputado tenga que defenderse ante su propio acusador, es decir, ante el Ministerio Público, en un entorno en el que no puede haber contradicción de la prueba porque apenas se está preparando el caso desde la perspectiva de una de las partes y sin tercero imparcial. Obligar al imputado a defenderse ante su propio acusador contradice las más elementales nociones de justicia y los principios fundamentales del debido proceso. La idea de que el imputado puede defenderse en averiguación previa ha solido generar demagogia, injusticia e impunidad.”³⁹⁰

Con base en la exposición de motivos anterior, el citado legislador presentó su propuesta de decreto de reforma en los siguientes términos:

“Decreto que reforma los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Único. Se reforman y adicionan los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para quedar como sigue:

³⁹⁰ DIARIO DE LOS DEBATES. Martes 6 de marzo de 2007, sesión no. 11, año II, LX Legislatura, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo año de ejercicio.

(...)

Artículo 16.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos para estimar como probables la existencia del hecho delictivo y 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 prisión preventiva en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para estimar como probables la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad del indiciado.

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

Todo proceso se seguirá forzosamente por los hechos señalados en el auto de prisión preventiva o de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. Para vincular a proceso sólo se requerirá consignar los hechos delictivos que el Ministerio Público atribuya al inculpado. Si el Ministerio Público solicita alguna medida cautelar distinta a la prisión preventiva deberá justificar su necesidad de acuerdo con lo que disponga la ley.”

La propuesta anterior fue turnada para su estudio a la Comisión de Puntos Constitucionales y de Justicia, siendo retomada en el dictamen legislativo que a continuación se analiza.

1.1. Dictamen de la Cámara de Diputados y su debate

El dictamen fue propuesto a las aludidas Comisiones de la Cámara de Diputados en fecha 10 de diciembre de 2007 y, súbitamente, dos días después fue aprobado, sin una reflexión seria sobre sus posibles efectos jurisdiccionales, no

obstante que se trataba de una cuestión sumamente delicada: la libertad personal de los gobernados. A continuación se transcriben los motivos que tuvo el Constituyente Permanente para promover la reforma constitucional: En los Considerandos de dicha iniciativa, se lee lo siguiente:

“Artículo 16

Estándar de prueba para librar órdenes de aprehensión

Durante los últimos 15 años, se han sucedido reformas constitucionales en busca del equilibrio entre la seguridad jurídica de las personas y la eficacia en la persecución del delito al momento de resolver la captura de un inculcado en el inicio del proceso penal, así en 1993 se consideró conveniente incorporar al párrafo segundo del artículo 16, la exigencia de que para librar una orden de aprehensión el juez debería cerciorarse de que se hubiesen acreditado los elementos del tipo penal y existieran datos que hicieran probable la responsabilidad penal del inculcado, incrementando notablemente el nivel probatorio requerido, respecto del anteriormente exigido, lo cual generó que la mayoría de las averiguaciones previas iniciadas con motivo de denuncias o querellas tuviesen prolongados periodos de integración y que la mayoría de éstas no llegasen al conocimiento judicial, en virtud de no reunirse los elementos requeridos, o que frecuentemente, al solicitarse la orden de aprehensión, ésta fuese negada por el juez.

La referida situación incrementó los obstáculos para las víctimas u ofendidos de acceder a la justicia penal, así como los niveles de impunidad e inseguridad pública. Fue por ello que en 1999, el Constituyente Permanente reformó el segundo párrafo del citado numeral, ahora para reducir la exigencia probatoria al requerir la acreditación del cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad penal del justiciable, situación que implicaba definir en la ley el contenido del cuerpo del delito, permitiendo así que cada legislación secundaria estableciera el contenido de la citada figura, imperando la disparidad de criterios e incluso los excesos de las legislaciones, ya que en algunos casos la exigencia fue baja y en otros resultó alta, no lográndose entonces el objetivo perseguido. Esta situación ha venido a coadyuvar en los actuales niveles de ineficacia, de impunidad y de frustración y desconfianza social.

Considerando que se propone la adopción de 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 signo de seguridad jurídica, a fin de evitar que la mayoría de las denuncias o querellas sean archivadas por el ministerio público, aduciendo que los datos que arroja la

investigación son insuficientes para consignar los hechos al juez competente, es necesario establecer un nivel probatorio razonable para la emisión de la orden de aprehensión, la cual es una de las puertas de entrada al proceso jurisdiccional, 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.

Es así que se estiman adecuadas las propuestas legislativas de racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el ministerio público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión, a un nivel internacionalmente aceptado, de manera que baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo, sea como autor o como partícipe, para el libramiento de la citada orden; elementos que resultan suficientes para justificar racionalmente que el inculpado 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 propone.

El nivel probatorio planteado es aceptado, porque en el contexto de un sistema procesal acusatorio, el cual se caracteriza internacionalmente porque sólo la investigación inicial y básica se realiza en lo que conocemos como la averiguación previa, y no toda una instrucción administrativa como sucede en los sistemas inquisitivos, pues es en el juicio donde, con igualdad de las partes, se desahogan los elementos probatorios recabados por las partes con antelación y cobran el valor probatorio correspondiente, y no ya en la fase preliminar de investigación, como sucede en nuestro actual sistema. Por tal razón, en el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, 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 existe 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 inculpado, 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 a la 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.

Por lo anterior, estas comisiones dictaminadoras consideramos procedente atemperar el actual cúmulo probatorio 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 inculpado, que exige valorar las pruebas aportadas desde el inicio del proceso y no en el juicio, que es donde corresponde.

(...)

Artículo 19.

Cambio de denominación: auto de vinculación

En esta reforma se modifica el nombre del tradicional auto de sujeción a proceso para sustituirlo por el de auto de vinculación a proceso. La idea de sujeción denota justamente una coacción que por lo general lleva aparejada alguna afectación a derechos; en cambio, vinculación únicamente se refiere a la información formal que el ministerio público realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el juez intervenga para controlar las actuaciones que pudiera derivar en la afectación de un derecho fundamental. Se continuará exigiendo, no obstante, acreditar el supuesto material.

Estándar para el supuesto material

Al igual que en el caso del artículo 16 constitucional, 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.”³⁹¹

El proyecto fue votado en lo general y en lo particular en sesión de fecha 12 de diciembre de 2007. En esta ocasión, el debate intensificó en torno a la posibilidad de legitimar el ingreso al domicilio sin una orden de cateo por parte de los agentes de policía; al respecto, se analizaron diversas posibilidades y se hicieron varias propuestas de modificación al proyecto original. Afortunadamente, para la tranquilidad de nuestra sociedad, esta descabellada propuesta fue finalmente excluida del texto constitucional.

Durante la discusión general del proyecto existieron dos iniciativas de modificación respecto a los requisitos exigidos para librar la orden de aprehensión. El primero de ellos pretendía seguir exigiendo la acreditación del cuerpo del delito, al considerarlo como un requisito “*verdaderamente garantista*” para los gobernados, aunque no se explicó su contenido, es decir, este argumento en sí mismo resultó insuficiente. Se alegó además que, al quitarle ese requisito a las órdenes de aprehensión, podrían propiciarse abusos por parte del Ministerio Público, pues no ya no se exigirían “*elementos objetivos de la presunta comisión del delito*”, pudiendo traducirse en un exceso perjudicial para los ciudadanos.

La segunda intervención se encontraba encaminada a precisar el significado del término “*probabilidad*” que antecede a la frase “*de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*”, es decir, la probabilidad de participación en la comisión del hecho punible por parte del imputado; al respecto se propuso que debía cambiarse por la expresión “*indicio*”.

³⁹¹ DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 11 de diciembre de 2007*, sesión no. 34, año II, LX Legislatura, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo año de ejercicio.

En este sentido, hicieron uso de la voz los Diputados José Luis Gutierrez Calzadilla y David Mendoza Arellano, quienes subieron a la Tribuna para realizar su propuesta en los términos siguientes:

“El diputado José Luis Gutiérrez Calzadilla:

Por obvio de tiempo, compañeras y compañeros, solamente mencionaré los aspectos relevantes. Estoy tocando el artículo 16 en sus párrafos segundo y duodécimo.

1. Por lo que respecta a la reforma propuesta del segundo párrafo del artículo 16, es importante resaltar que vía reforma, escúchese bien, pretende eliminar la necesidad de que el Ministerio Público tenga y presente elementos que acrediten el cuerpo del delito, lo que significará un enorme retroceso en materia de justicia penal. Ya que si bien es cierto, que el juez será el que otorgue la orden de aprehensión de un presunto responsable de la comisión de un delito, es importante reflexionar sobre esta eliminación, ya que el Ministerio Público conserva la titularidad del ejercicio de la acción penal como regla general.

Debemos recordar que durante las 48 horas siguientes a la detención del presunto responsable, el Ministerio Público debe acreditar este requisito del cuerpo del delito. Y es verdad que en muchos casos este lapso puede resultar muy corto.

Sin embargo, parece completamente absurdo que ahora se pretenda con esta reforma mejor quitarle ese requisito procesal a las solicitudes de las órdenes de aprehensión, ya que ello puede propiciar que exista abuso por parte de los agentes del Ministerio Público al solicitarle a los jueces, sin elementos objetivos de la presunta comisión del delito, dicho orden puede traducirse en excesos en perjuicios de los ciudadanos.

Así entonces, es necesario mantener el requisito mismo de la acreditación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado, para que podamos hablar de verdaderas garantías de los gobernados, en específico de las personas que son señaladas como presuntos responsables de la comisión de un delito.

(...)

Por lo anteriormente expuesto y fundado, propongo ante este honorable pleno modificar el artículo 16, párrafos segundo y duodécimo, para quedar como sigue:

Artículo 16, párrafo segundo. 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 como pena privativa de libertad y existan elementos que acrediten el cuerpo del delito, y que exista también la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

(...) El diputado David Mendoza Arellano:

(...) En lo que se refiere al artículo 16, en la anterior redacción estaba la palabra probabilidad. En la actual redacción me parece que la palabra probabilidad sale del contexto. Y voy a permitirme apoyarme en la definición del diccionario y la definición de esta palabra nos dice que: ‘Es cualidad de probable; que puede suceder’.

Es decir, que la probabilidad es algo que puede suceder y, en las circunstancias actuales, cualquier mexicano en circunstancias específicas puede cometer un delito y, por tanto, el criterio para este asunto no es que sea probable.

Quiero proponer que seamos más específicos y que hagamos la siguiente redacción: ‘No se podrá librar 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 la libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista el indicio de que cometió o participó en la comisión del delito.’

Es decir, sustituir el término probabilidad, por el que exista indicio, que también, apoyándome en el diccionario, nos habla de que es un fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro fenómeno que no ha sido percibido con claridad.

Me parece que estas dos precisiones ayudarían mucho para terminar de dar el paso que hemos dado al aprobar esta reforma. Muchas gracias, por su atención.”³⁹²

Ninguna de las propuestas anteriores fueron admitidas a discusión por el Pleno. Finalmente, los artículos 16 y 19 fueron aprobados con las modificaciones presentadas por la Comisión, por mayoría calificada de las dos terceras partes de los diputados presentes, con 301 votos a favor, 94 en contra y 0 abstenciones.

1.2. Dictamen de la Cámara de Senadores y su debate

Posteriormente, la *“Minuta Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”* fue enviada a la Cámara de Senadores y en fecha 13 de diciembre de 2007 fue sometida a discusión en el Pleno.³⁹³ Se dispensó de la segunda lectura y se aprobó el dictamen por las Comisiones Unidas Puntos Constitucionales; de Justicia; de Gobernación; de Seguridad Pública; y de Estudios Legislativos, Sección Segunda.

³⁹² DIARIO DE LOS DEBATES. *Miércoles 12 de diciembre de 2007*, sesión No. 35, Año II México, DF, LX Legislatura Correspondiente al Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio.

³⁹³ DIARIO DE LOS DEBATES. *Jueves, 13 de Diciembre de 2007*, Diario 33, Primer Periodo Ordinario LX Legislatura.

Cabe decir que, a pesar del calado de esta reforma, el Constituyente Permanente se ocupó de ella en apenas dos horas en Comisiones; obviamente, los razonamientos en mucho de los temas fueron sólidos y no ahondados en lo que realmente importaba: sus posibles consecuencias en la realidad. Esta negligencia y despreocupación de este Órgano Colegiado puede apreciarse en las palabras expresadas por el Senador Ricardo Monreal Ávila (uno de los más destacados oradores durante el debate legislativo), quien en su voto particular refiere que:

“(…) da tristeza que bastaron 16 horas, 16 horas, ciudadanos legisladores, para concluir un proceso legislativo trascendente; para modificar, derogar y adicionar artículos fundamentales que se contienen en la parte dogmática, en la parte de las garantías individuales de nuestra Carta Magna.

Bastaron 16 horas, 16 horas, y apenas dos horas de discusión en comisiones para modificar los artículos 16, 17, 18, 20, 21, 22, 73, 115 y 123 de la Constitución General de la República.”

Cabe decir que la sesión fue bastante desordenada y estuvo llena de interrupciones y, debido a que el debate se llevó durante la noche, se logró sólo una raquítica discusión en lo general del dictamen, en un clima de hartazgo y cansancio generalizado e incluso con cierta apatía, entre los legisladores.

Aquí la discusión se centró (al igual que en la Cámara de origen) en la conveniencia de otorgar o no, facultad a las policías para allanar el domicilio particular sin necesidad de orden judicial (aunque finalmente no fue aprobado), así como en la necesidad o no de incluir a nivel constitucional la figura del arraigo. Por otro lado, también se tocó, de forma reiterada, el tema del abrupto crecimiento de la delincuencia organizada y la violencia generada por ésta, buscando encontrar la forma más eficaz para combatirla. A este respecto, una de las grandes críticas que se repitieron constantemente, fue la relativa a incluir la definición de delincuencia organizada a nivel constitucional, llegándose a considerar incluso como un “tipo penal dentro de la Constitución”.

Ahora bien, después de que los diversos grupos parlamentarios plantearan su posición respecto al Dictamen, éste fue aprobado en lo general, considerándose suficientemente discutido. En esta ocasión no hubo discusión, en lo particular, del (entonces) párrafo segundo (hoy párrafo tercero) del artículo 16; sin embargo, se reservó para su discusión particular el artículo 19. La propuesta, que no fue sometida a discusión del Pleno, estuvo encaminada a conservar la anterior redacción constitucional que exigía la “*datos bastantes para comprobar el cuerpo del delito*” que anteriormente se exigía para dictar el auto de formal prisión. En tal sentido se puede leer lo siguiente:

“El C. Senador Luis Walton Aburto:

(...)

Del proyecto de decreto que reforma y adiciona el artículo 19 constitucional se advierte, al igual que de la lectura del segundo párrafo del artículo 16 constitucional, adicionado, que para dictar un auto de vinculación a proceso, como para que el juez dicte una orden de aprehensión se necesitan los mismos elementos jurídicos, obren 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.

Es decir, desde el punto de vista procesal no existe diferencia jurídica entre una orden de aprehensión y un auto de vinculación a proceso, a pesar de que el primero se emite en base a un juicio a priori basado en los elementos del Ministerio Público que ofrece al inicio del procedimiento. Y el segundo en base a más datos que se ofrecen por las partes durante la preinstrucción del juicio.

Proponemos que el artículo 19 constitucional, que a la letra dice: ‘Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado’, debe permanecer tal como se encuentra vigente para dar mayor seguridad jurídica a los gobernados, esto es exigiendo la existencia de datos bastantes para comprobar el cuerpo del delito, y suficientes para hacer probable la responsabilidad del indiciado, y no como se infiere de la orden de

aprehensión, solamente con una denuncia o querrela apoyada por una prueba documental o la declaración de un testigo o un perito.

De esta manera se observaría la evolución del proceso al pasar de una orden de aprehensión a la etapa en que se define la situación jurídica de los procesados al pasar de mera evidencia a pruebas más sólidas. En otro punto, vemos con beneplácito que a través del párrafo segundo adicionado se reestablezca el principio que la libertad de los gobernados es la regla general y la prisión preventiva es su excepción.

Es cuanto, señor Presidente.”³⁹⁴

Después de haber sido aprobado en lo general y en lo particular, el “proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” fue devuelto con modificaciones a la Cámara de Diputados para los efectos de lo dispuesto en el inciso e) del artículo 72 de la Constitución.

1.3. Revisión y discusión final del Dictamen

El proyecto de Dictamen con las modificaciones hechas por el Senado fue devuelto a la Cámara de Diputados, siendo discutido en el Salón de Sesiones el martes 26 de febrero de 2008.³⁹⁵ En lo que respecta al tema aquí tratado, no hubo cambio alguno al respecto.

En esa misma fecha el Senado recibió el expediente con las modificaciones hechas por los diputados, empero, fue hasta el 28 de febrero de 2008,³⁹⁶ siendo turnado de inmediato a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; de Gobernación; de Seguridad Pública; y de Estudios Legislativos, Segunda, para los efectos correspondientes. Finalmente, el Dictamen fue remitido a las legislaturas locales para su aprobación.

2. Principal razón del cambio de denominación: ambigüedad conceptual del “cuerpo del delito”

³⁹⁴ *Ibidem.*

³⁹⁵ DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 26 de febrero de 2008*, sesión no. 9 correspondiente al Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio, Año II México, D.F.

³⁹⁶ DIARIO DE LOS DEBATES. *Jueves, 28 de Febrero de 2008*, Diario 9, Segundo Periodo Ordinario LX Legislatura.

Existe una amplia y conocida postura, cuyo origen proviene de nuestros doctrinarios constitucionalistas, en virtud de la cual la Constitución Federal no puede ser receptáculo de definiciones de ninguna índole, pues sólo establece los “lineamientos fundamentales” con los cuales el Estado ejercerá el poder público, pensamiento que fue recogido por el Constituyente Permanente en su dictamen de reforma al señalar que *“la Constitución debe contener solamente las líneas maestras que rigen al Estado, sin convertirse en un diccionario de términos jurídicos o en una norma de carácter reglamentario.”*³⁹⁷

En términos generales, esta inflexible postura de considerar que la ley fundamental no puede, bajo ninguna circunstancia –y aunque exista un evidentísimo y grave perjuicio social–, ejerció siempre un marcado influjo en la estructuración de nuestro sistema jurídico-constitucional, de modo que las entidades federativas contaron siempre con una soberanía limitada para otorgarle el significado que estimaran más conveniente a ciertos conceptos constitucionales, como fue el caso del “cuerpo del delito”.

Por ende, su significado (al igual que ocurrió con “los elementos del tipo penal”) nunca fue delimitado explícitamente en el texto de la Constitución Federal y correspondió a las legislaturas secundarias dicha tarea; si a ello se suma que la interpretación jurídica del texto constitucional y de los textos legales, a pesar de su noble encomienda, derivó en una *“competencia de egos”* entre ciertos juzgadores, que buscaban asignarle un contenido personal, era de esperarse un grave estado de confusión, lleno de posturas insatisfactorias e incluso contradictorias; por ello, no es de extrañar que existieran igual número de concepciones del “cuerpo del delito” como juzgadores y legislaciones hubiera, una lamentable situación que perduró a lo largo de toda su vigencia. Como bien señala el Doctor Javier Jiménez Martínez, “la eterna discusión que por muchos años privó en México entre el ‘tipo penal’ y el ‘cuerpo del delito’ no solo fue bastante atormentada, sino que, ni si

³⁹⁷ DIARIO DE LOS DEBATES, *Martes 11 de diciembre de 2007*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII.

quiera superada, dado que ni la doctrina, ni los códigos procesales, ni la jurisprudencia fueron unánimes sobre el tema”.³⁹⁸

Los frágiles argumentos señalados antes, nunca fueron cuestionados a fondo; sin embargo, guardan una verdad tan sutil como innegable: el Constituyente Permanente nunca quiso tomar la **responsabilidad política** que le correspondía ante una decisión **equivocada**; ello, toda vez que siempre pudo compartir su responsabilidad con los legisladores locales y, de cierta manera, expiar las culpas de sus errores. Si a ello se agrega una deficiente regulación en la legislación secundaria, se obtiene la fórmula perfecta para el caos.

En este contexto, se sustituyó el concepto “cuerpo del delito” por el diverso de “hecho delictivo”, considerando que la Constitución debía utilizar un término “más llano o de lenguaje comprensible”, preferible a los “términos doctrinarios que ni la misma doctrina es congruente con sus conceptos” y los cuales “ni las legislaciones son uniformes al definirlos”. Este cambio de nomenclatura se consideró más conveniente, y aunque se entendió que lo que debe acreditarse son los objetivos del tipo penal, se dejó de nueva cuenta la responsabilidad de su delimitación conceptual al legislador secundario.

Por otra parte, indebidamente se atribuyó al concepto del “cuerpo del delito” una complejidad técnica productora de enredos en la procuración e impartición de justicia, al haber introducido “reiteradamente confusión en el proceso penal mexicano, manteniéndolo como un proceso de corte mixto”, una afirmación errónea, porque esa mixtura de nuestro enjuiciamiento punitivo no derivó, nunca, de dicho concepto.

Habría que preguntarle a los constitucionalistas que no aceptan una definición en la “**ley de leyes**”: ¿qué no se supone que uno de los atributos esenciales de la ley es su **permanencia en el tiempo**?; luego entonces, ¿por qué la constitución tuvo que ser reformada tres veces en el cortísimo periodo de quince años (1993, 1999 y 2008)? Sería conveniente matizar, hasta cierto punto y para

³⁹⁸ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *La orden de aprehensión en el juicio oral penal, ensayos de recopilación para una antología*, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, D.F., 2012, p. 31.

determinadas ramas jurídicas, la férrea postura de impedir una definición en la Constitución Federal, teniendo en cuenta que como cualquier definición, la que se llegue a otorgar a ésta garantía constitucional, podría ser “*perfectible*” en la medida que la *praxis* lo requiera y acabe con los abusos y deficiencias en nuestra Justicia Punitiva, pues esto resulta mucho más benéfico que resolver los problemas generados por 33 Códigos Procesal-penales al mismo tiempo.

Vale la pena reiterar, como punto importante, que al momento de delimitar el significado de este concepto procesal, se encuentra en el “**principio de reserva**”, establecido los artículos 40, 41, 73, 74, 76 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual, todas aquellas materias que no estén específicamente reservadas para el legislador federal, se entienden concedidas a las entidades federativas; de este modo, los Congresos locales gozan de una potestad soberana limitada para dictar sus propias leyes en distintas materias; en el caso concreto, lo era para la materia procesal-penal.

Esta potestad de integración conceptual, permitía al legislador ordinario circunscribir legalmente el significado de dicho concepto como mejor estimara conveniente en el Código de Procedimientos Penales. Desafortunadamente, esta situación degeneró en una ***anarquía conceptual*** que perjudicó sensiblemente nuestro Sistema de *Enjuiciamiento Punitivo*, abriendo paso a un problema de incertidumbre jurídica que se volvió inmanejable con el paso del tiempo.

Añadido a lo anterior, se encuentra el problema de **la indeterminación constitucional del concepto**, que históricamente se ha contenido en los artículos 16 y 19, otorgándole la naturaleza de “**garantía constitucional**” aunque con un carácter eminentemente procesal. Debe reiterarse que tanto constitucionalistas como legisladores han insistido en que la Constitución no puede ser receptáculo de definiciones ya que no es un diccionario jurídico.

Si a lo anterior se suma la innegable falta de unidad doctrinal, derivada de un iuspositivismo férreo de ciertos autores, resulta fácil entender por qué nunca se logró unidad del concepto; mucho menos, la posibilidad de delimitar, en forma

satisfactoria, su esencia. No obstante ello, existen posturas que defienden la supuesta uniformidad del concepto, como el caso de los respetables y prominentes juristas e investigadores Doctor Sergio García Ramírez, y Doctor Héctor Fix-Zamudio.³⁹⁹ En el mismo sentido, se encuentra a opinión del Doctor José Ovalle Favela,⁴⁰⁰ para quien el concepto de cuerpo del delito y el diverso de probable responsabilidad, habían quedado “claramente deslindados en la legislación secundaria como consecuencia de una esforzada elaboración doctrinal, legislativa y jurisprudencial”, que la reforma constitucional “pareció desconocer”.

b) Uniformidad conceptual y certidumbre jurídica

Conviene tener en cuenta el legislador no puede, simplemente, inventar un término vacío de contenido e incorporarlo al texto en vigor, pues sólo se limita a reconocer y positivizar normas socioculturales y conceptos que cuenten con un suficiente desarrollo filosófico previo; de tal modo, si bien es cierto que al crear o reestructurar un concepto jurídico, su significado debe precisarse lo más posible y que, asimismo corresponde a la autoridades competentes su interpretación y aplicación al caso concreto, no menos cierto es que como resultado de ello, no puede existir una disparidad que llegue al borde del antagonismo, so pena de afectar gravemente la certidumbre jurídica.

En consecuencia, si un concepto se encuentra ampliamente reconocido en la en la *praxis* es debido a que existe una idea clara sobre su contenido, es decir, cuenta con una estructura técnica que le otorga coherencia y solidez suficiente y permite hablar de una ***idea intrínseca constante e inalterada***; sobre esta concepción, a fin de que un concepto pueda ser obedecido por una sociedad en concreto, el legislador decide otorgarle vinculatoriedad a través del texto positivo y su regulación viene como una simple consecuencia.

Atento a lo anterior, puede afirmarse que cualquier concepto jurídico es desarrollado con la intención de aplicarse uniformemente, por lo cual, no pueden, por ningún motivo y bajo ninguna circunstancia, degenerar en enredos técnicos

³⁹⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Op. Cit.*, p. 148 y 149.

⁴⁰⁰ OVALLE FAVELA, José. *Garantías constitucionales del proceso*, *Op. Cit.*, p. 117.

que entorpezcan la aplicación de la ley, pues de existir discrepancias de criterios, deberán homogeneizarse con base en un “**verdadero ideal de justicia**” y con la estricta finalidad de evitar choques irreconciliables que perjudiquen el trámite de los asuntos sometidos a resolución.

Ahora bien, tratándose del **concepto constitucional** en estudio, éste puede entenderse bajo dos perspectivas diferentes, una de carácter político y otra propiamente de carácter jurídico:

- I. **Como instrumento de política criminal**, comprende el conjunto de exigencias mínimas racionalmente determinadas por el legislador para legitimar al Estado en su atribución de conocimiento, investigación y persecución de las conductas delictivas (***jurisdicción penal primaria***), quedando excluida la facultad de punición y de control de ejecución de la pena; a su vez, este conjunto de exigencias justifican la emisión de los dos actos más importantes de nuestro Sistema de Enjuiciamiento Punitivo: **a)** el mandamiento de captura y; **b)** la orden de apertura a juicio. En este sentido, la relatividad de este concepto se encuentra determinada por la ideología imperante al interior del órgano colegiado de representantes, de manera que al cambiar su postura, cambia con ello su significado y el grado de exigencias normativas impuestas al Estado, sean éstas más o menos rígidas, según sea el caso. Dicho en otros términos, comprende el sustrato ideológico del legislador que legitima la afectación provisional a la libertad personal, a través de un grado racional de rigidez en la jurisdicción penal primaria o inicial.
- II. **Como garantía constitucional de seguridad jurídica**, comprende el derecho público subjetivo del gobernado que tutela su libertad personal frente a detenciones y enjuiciamientos penales arbitrarios; esta garantía se conforma por una valoración preliminar racional de los medios de prueba que justifican la probable o posible existencia de una conducta estimada provisionalmente como típica.

Cabe precisar que la **“seguridad jurídica”** debe entenderse como la **tranquilidad del gobernado** en la actuación de los Órganos estatales con base en un sistema jurídico que permite otorgarle vinculatoriedad a sus actos, sin preferencias ni favoritismos que generen arbitrariedades y tiendan a dejarlo en estado de indefensión; dicho de en otros términos, constituye la confianza que el gobernado deposita en las autoridades para que **respeten “rigurosamente”** el sistema jurídico previamente establecido y limiten su actuación a un ámbito de actuación específicamente determinado.

Rescato la interpretación que de Hans-Heinrich Jescheck realiza el Doctor Rafael Márquez Piñero, al señalar que el autor alemán “estima que en estrecha conexión con el carácter objetivo-formal de este concepto de delito –se refiere a la división clásica del delito en acción, típica, antijurídica y culpable– se encuentra, sin duda, la idea de Estado de derecho, que se materializó en la búsqueda de seguridad y calculabilidad del derecho a realizar mediante la vinculación del juez a conceptos sistemáticos sencillos y comprobables”.⁴⁰¹ La idea anterior también es recogida por el Doctor Enrique Bacigalupo, quien señala que el principio de legalidad “es producto necesario de la protección de la confianza, es decir, de la garantía de calculabilidad de las consecuencias jurídicas de sus acciones por el ciudadano fiel al orden jurídico”.⁴⁰²

A su vez, como especie de la seguridad jurídica, la **“certeza o certidumbre jurídica”** puede definirse como el **sólido grado de fiabilidad y previsibilidad** de la reacción estatal en el despliegue de sus actos de autoridad y cuyo firme anclaje se encuentra en la **creación y aplicación uniforme de las normas jurídicas**, a fin de impedir la nociva diversificación de criterios.

En este contexto, la gran “confusión conceptual” alegada por el Constituyente Permanente para reformar los artículos 16 y 19 constitucionales, se debió a tres factores primordiales: **I)** la imprecisa e insatisfactoria terminología constitucional empleada; **II)** la falta de un criterio jurisdiccional homogéneo y; **III)** la

⁴⁰¹ MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la antijuridicidad*, Op. Cit., p.31, nota al pie de página.

⁴⁰² BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.*, 1999, p. 47.

falta de criterios legislativos concisos y uniformes, factores que en su conjunto generaron un serio problema de **incertidumbre jurídica** para nuestra justicia punitiva.

De este modo, al igual que ocurrió con los conceptos constitucionales anteriores, el recién incorporado *“hecho que la ley señale como delito”* cuenta con una ambigüedad terminológica que permite augurar la continuación del mismo problema que deseó evitarse, una cuestión que se corrobora al analizar las diversas legislaciones procedimentales del país, que han adoptado dicho término bajo una nomenclatura etérea y sin verdadera esencia, como son las siguientes:

- A. Morelos**, que en su Código de Procedimientos Penales establece que *“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”* (art. 167), de lo cual se advierte que el legislador secundario no precisó un significado concreto para esta garantía constitucional. Llama la atención la gravedad del error legislativo, pues como se analiza en el capítulo posterior, en materia penal no pueden existir “suposiciones”, pues de lo que debe hablarse es de la “acreditación” del probable delito; sin perjuicio de lo que más adelante se explica, una suposición se encuentra asociada, en su generalidad, a una creencia, producto de la imaginación humana; usualmente se refiere a una afirmación carente de sustento probatorio.
- B. Chihuahua**, donde el Código de Procedimientos Penales se refiere al *“hecho que la ley señale como delito”* (arts. 161, 275, 280 fracción III y 282), pero sin darle algún significado; no obstante ello, hace referencia a la *“calificación”* (arts. 133, 175 fracción II, 294 y 295) o *“clasificación”* (arts. 163, 280 y 356) jurídica del hecho. Además, en otra parte del mismo Código, se hace referencia a los *“hechos presuntamente constitutivos de delito”* (arts. 114 fracción I y 164), al *“hecho que reviste caracteres de delito”* (art. 223 y 228) y al *“delito”* (art. 276 y 277) atribuido.

C. Nuevo León, donde ocurre algo similar, pues el Código de Procedimientos Penales alude al *“hecho (determinado) que la ley señale como delito”* (arts. 178, 303 fracción II, 305, 121 fracción IX), sin definirlo; así mismo, se refiere al *“hecho que revista caracteres de delito”* (art. 245, 246, 257) y al *“hecho delictuoso”* (art. 121 fracción XXI, 127, 128, 261, 311 fracción VI); sin embargo, existe la posibilidad de realizar una *“clasificación jurídica”* del hecho (art. 303, 318, 376).

Luego entonces, resulta increíble que se hiciera una reforma constitucional para llegar al mismo lugar donde nos encontrábamos al principio: la indeterminación y disgregación conceptual preexistente; de tal modo, **lo único logrado fue el cambio de nombre para el mismo problema**, empero, sin existir un verdadero aporte para resolverlo, pues el cambio terminológico no fue lo suficientemente claro, ni mucho menos preciso para alcanzar la anhelada uniformidad conceptual y, por tanto, el resultado será igual de confuso que el existente bajo la redacción anterior. ¿Qué razón de peso justifica haber realizado este cambio, si el resultado obtenido sería exactamente el mismo? Es claro que al no cumplir con su objetivo, esta reforma puede ser catalogada como inservible e innecesaria.

Bajo este panorama, resultaría válido optar por cualquiera de las siguientes denominaciones legales (aunque prefiero la última): I) hecho punible; II) hecho delictuoso; III) hecho delictivo; IV) hecho legalmente tipificado; V) **Hecho tipificado como delito**. Bajo el nuevo paradigma constitucional, la denominación de *“hecho delictivo”* no advierte, **“per se”**, una necesaria referencia a la descripción típica, tal como podría decirse lo mismo del *“hecho delictuoso”* y del *“hecho punible”*; en ambos casos, semejante argumento seguiría siendo una falacia. En cambio, al hacer referencia al *“hecho legalmente tipificado”* o al *“hecho tipificado como delito”*, **sí** se advierte una *“expresa y necesaria”* referencia a la descripción típica, sin alterar la esencia de la nueva figura constitucional.

Cabe destacar que, a pesar de las diversas denominaciones que ha tenido en la Constitución Federal, tradicionalmente se ha considerado una garantía de

seguridad jurídica;⁴⁰³ sin embargo, debido al altísimo grado de incertidumbre derivado de la multiplicidad de criterios legislativos y judiciales sobre su contenido, bien puede considerarse como una **garantía de libertad**, debido a que el valor fundamental que tutela, de forma real y efectiva, es la libertad personal o individual de los gobernados.

En relación a esta falta de uniformidad, el Doctor Luna Castro estima que para los fines de “justicia y seguridad jurídica, centro de un contexto de bien común, no podrá alcanzarse mientras en torno al concepto ‘tipo penal’ (o aquel con el que se le sustituya) subsista una situación confusa por la diversidad conceptual y de opiniones que en torno a su contenido lleguen a coexistir”, sugiriendo “encontrar los mecanismos para que, siguiendo con la evolución modernizadora, en la medida de lo eficaz, se instrumenten los mecanismos para lograr la uniformidad de criterios respecto del concepto ‘tipo penal’, ‘cuerpo del delito’ o cualquier otro que se utilice por la Constitución General de la República como garantía procesal penal, pero además, buscando que ese concepto, el que fuere, sea congruente con la general estructura del procedimiento penal de nuestro país.”⁴⁰⁴ Por ello considera que “la utilización de criterios especializados en la creación o reforma de las leyes, en este caso penales, sin duda corresponde a la necesidad de actualización de los sistemas jurídicos, pero esa tarea es sumamente delicada pues la incapacidad de asesores o falta de auténticos criterios técnicos y especializados produce efectos trascendentales en todo el ordenamiento jurídico, llegándose por ejemplo al establecimiento de conceptos y criterios contradictorios con el sistema integral de justicia.”⁴⁰⁵

Ahora bien, tomando en cuenta todo lo anterior, habría que responder la psiguiente pregunta: ¿para qué instrumentar todo un Sistema de Enjuiciamiento si no se sabe, con exactitud, cuál es la materia del mismo? Es obvio que resulta bastante ilógico. Luego entonces, ¿a dónde se pretende llegar con esta

⁴⁰³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Las garantías de seguridad jurídica*, Colección Garantías individuales, número 2, SCJN, México, 2005, p. 81 y 82 y 130 a 135.

⁴⁰⁴ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 213.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 214.

mentalidad? En tales condiciones, la incertidumbre jurídica seguirá existiendo, no cabe duda.

He aquí, un buen argumento para satisfacer con claridad y exhaustividad el contenido de esta garantía constitucional, pues aun cuando se diga que la Constitución no es un diccionario, tratándose de una de las garantías de más importantes en nuestro país, por tutelar de forma directa e inmediata la libertad personal, resulta indispensable que el legislador adopte una nomenclatura más satisfactoria y delimite su significado de la manera más clara y concisa posible, pues de no hacerlo pone de manifiesto tres cosas: **1)** su inaceptable falta de interés sobre el tema; **2)** su deplorable falta de conocimiento y; **3)** su dañina indecisión legislativa.

b) “El hecho que la ley señale como delito”. Sus posibles interpretaciones

Ya se han visto los defectos formales del nuevo término constitucional; sin embargo, toca el turno de establecer cuáles son sus posibles interpretaciones. Para ello propongo las dos siguientes; la primera, tiene una perspectiva netamente garantista y cobra vida a partir de los principios del Derecho Penal Democrático, así como de las funciones asignadas al tipo penal, conceptos íntimamente relacionados que con un reconocimiento implícito dentro del nuevo término constitucional; la segunda de dichas interpretaciones, atiende a la intención que tuvo el Poder Reformador, tomando consideración la exposición de motivos en su parte correspondiente.

1. Interpretación gramatical o doctrinal

Antes de pasar a la cuestión de fondo, vale la pena distinguir brevemente las notas distintivas entre un Estado de Derecho y un Estado totalitario, a fin de verificar cuáles son las directrices que dan sentido a la presente interpretación.

Así, puede decirse que los Estados de Derecho tienen como característica principal que el principio de legalidad alcanza una realidad verdadera y cumple con los fines para los que fue creada, es decir, aquí el Derecho prevalece como un medio de contención al poder político; además, existe una filiación política de corte

liberal y defensora de los derechos fundamentales del individuo. En opinión de Enrique Bacigalupo, “el Estado de Derecho se caracteriza –al menos– por garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante una vinculación de la actuación del Estado a normas y principios jurídicos de justicia conocidos de tal manera que los mismos resulten en todo caso comprensibles” y agrega que en la actualidad, “el Estado de Derecho es una forma de racionalización de la vida estatal que permite, a la vez, un eficaz cumplimiento de los cometidos del Estado y, por otra parte, hacer calculable la acción estatal mediante la seguridad jurídica.”⁴⁰⁶

Ahora bien, por el contrario, en un Estado autoritario, totalitario o represivo se trata de lograr la preeminencia de la voluntad del ente político por encima de todos; aquí el Estado se convierte en una entidad que está más allá de la persona y sobre ella, la cual sólo se encuentra a su servicio; de tal modo, en éste régimen suele existir un postulado ideológico que justifica (o al menos se pretende) el sacrificio de la persona en beneficio del Estado (verbigracia: el nacionalismo o el patriotismo) y que impone una moral artificial, negando a la persona su moral propia.

Aquí, el principio de legalidad tiene un estatus meramente formal, sólo existe en apariencia, pues se infringe reiteradamente por el Estado, prevaleciendo en grado superior el poder político. La esencia de estos regímenes reside en la coacción física y moral sobre sus gobernados, utilizándolos como meros objetos para lograr sus fines políticos; aquí, el principal actor político es llamado “dictador” o “tirano” por servirse del poder público para sus fines propios y mezquinos, en vez de utilizarlo para beneficio del pueblo.

Ejemplos de lo anterior son el “comunismo” de la antigua unión soviética y la actual República Popular China, el “nacional-socialismo” vigente durante la Alemania nazi, el “fascismo italiano” impuesto por Benito Mussolini, la “Falange Española” vigente durante la dictadura de Francisco Franco y el “régimen militar chileno” de la dictadura de Augusto Pinochet.

⁴⁰⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.*, p. 231.

Con la breve distinción anterior basta para entender que México cuenta con una identidad política que lo asimila como un Estado Democrático de Derecho, una visión que el Doctor Luna Castro desarrolla y contextualiza en los siguientes términos:

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

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

México cuenta con una Constitución Federal, y su parte dogmática contiene también (como todas las de su género) una serie de preceptos en donde, a su vez, se encierran los lineamientos necesarios para el respeto y la propalación de las mencionadas garantías o derechos fundamentales, empero, estos no pueden enfocarse en un espacio vacío o carente de contenido estructural, sino que, por el contrario, su estudio y comprensión sólo resulta concebible dentro de un marco o entorno legal superior, como es el derivado de la existencia de un completo sistema de gobierno meticulosamente estructurado en el ordenamiento fundamental, o su constitución, dotado de principios fundamentales, tales como: el sistema o forma de gobierno, la división de poderes, el sistema de división de competencias, la supremacía constitucional, etc.”⁴⁰⁷

En tal sentido, uno de nuestros pilares fundamentales ha sido el **principio de legalidad**, conforme el cual, el ejercicio del poder público se encuentra sometido a las prescripciones específicamente contempladas en la ley, careciendo de validez cualquier acto de autoridad que escape al contenido normativo de ésta. Usualmente, suele afirmarse que bajo éste principio “las personas pueden realizar todos aquellos actos que las **leyes no les prohíban**, y en cambio las autoridades

⁴⁰⁷ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 58.

no puedan actuar sino precisamente con fundamento en las leyes que *las autoricen*.”⁴⁰⁸

En el ámbito nacional, este principio se encuentra reconocido en los artículos 14 y 16 párrafo primero, de la Constitución Federal, aunque bajo una connotación distinta, pues el primero otorga protección contra actos privativos mientras que el segundo cobra aplicación frente a los actos de molestia y, asimismo, el valor de los bienes jurídicos que tutelan ambos dispositivos son diferentes; sin embargo, en la práctica suelen interpretarse de forma conjunta.

Tratándose de actos que afecten la libertad personal de los gobernados, cobra vida el **principio de legalidad en penal**, que puede entenderse como el límite o contención objetiva del poder punitivo y en virtud del cual sólo pueden castigarse como delitos aquellas conductas expresamente descritas en una ley dictada con anterioridad a la comisión del hecho que se investiga; de tal modo, por el alto grado de racionalización que implica, su significado puede encontrarse en el profundo sentido garantista que otorga al Derecho penal, impidiendo su utilización como un burdo medio de represión y permitiendo que cumpla su función de auténtico medio de control social, pero con una máxima efectividad; de ahí que cobre importancia la afirmación de que, debe confrontarse “el derecho penal vigente con los principios del moderno Estado de derecho, para el cual el respecto de la dignidad humana es un punto de partida irrenunciable.”⁴⁰⁹

En el ámbito legislativo, la legalidad penal implica la atribución exclusiva del Órgano de representantes soberanos para establecer las conductas consideradas “socialmente dañinas” y “las penas” con las que habrán de sancionarse, siempre bajo una ley “*previa*” y “*cierta*”; luego entonces, comprende una ponderación de las conductas que la sociedad percibe como “nocivas” o “perjudiciales”, pues debe recordarse que la voluntad ciudadana se encuentra depositada en dichos representantes.

⁴⁰⁸ V. CASTRO, Juventino. *La jurisdicción mexicana*, Porrúa, México, 2003, p. 35.

⁴⁰⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.*, p. 244.

Vale la pena tener en cuenta que el antecedente más remoto de este principio puede hallarse en la Carta Magna aceptada por el rey Juan sin Tierra en 1215 y que en su artículo 48 señalaba: “*nadie podrá ser arrestado, aprisionado (...) sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país*”; esto, como un incipiente inicio para frenar los abusos cometidos por los monarcas.

Varios siglos después, César de Bonesana, Marqués de Beccaria, tuvo el mérito de haber postulado este principio en su clásica obra “*De los delitos y las penas*” publicada en el año de 1764y que, en su capítulo “§ III Consecuencias”, refería este principio de la siguiente forma:

“(...) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”.⁴¹⁰

Empero, no es sino hasta la revolución francesa, que dicho principio quedó expresamente reconocido en “**la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano**” cuyo texto data del año 1789 y que dispuso de la manera siguiente:

“Artículo 5: La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad, todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido; nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena.

(...)

Artículo 8: La ley no debe establecer más que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforma a la propia ley.”

Posteriormente, en 1801 el jurista alemán Paul Johann Anselm von Feuerbach publicó su obra intitulada: “*Lehrbuch des gemeinen in Deutsschland gültigen peinlichen Rechts*”, donde postuló el principio de legalidad penal bajo la fórmula clásica, hoy ampliamente conocida y aceptada a nivel internacional: “**nullum crimen, nulla poena sine praevia lege**”; desde ese entonces, la

⁴¹⁰ BECCARIA, Cesar. *Tratado de los delitos y de las penas*. México, Porrúa, 2008, p. 10.

doctrina se ha encargado de irle otorgando atributos muy específicos al aludido principio de legalidad penal,⁴¹¹ los cuales han servido como una guía para la creación legislativa del sistema punitivo –racionalización del poder punitivo–, toda vez que impone ciertos límites que van señalando su función protectora de los bienes jurídicos y garantista de la libertad. Tales atributos “determinan las *condiciones de legitimidad constitucional* de la pena, garantizando un origen democrático del derecho penal, así como la objetividad de su contenido”;⁴¹² son los dos siguientes y se complementan mutuamente.

I. LEGALIDAD EN SENTIDO FORMAL.- Desde el punto de vista formal, la legalidad comprende el Órgano encargado de su creación y el procedimiento expedito para ello; se trata, en este sentido, de la actividad estatal exclusiva que realiza el Poder Legislativo: legislar. En tal virtud, ningún hecho puede ser considerado como delito, sin que una ley anterior lo haya previsto con este carácter. Este atributo se rige por el:

Principio de reserva de ley.- Esta razón universal otorga certeza jurídica al gobernado, en tanto los delitos y las penas solo pueden ser establecidos, de forma exclusiva, mediante una ley; ello como consecuencia de que el órgano que establecerá las conductas consideradas como delictivas y su respectiva sanción, está legitimado de origen por la representación popular que detenta el Órgano legislativo; de ahí que los tipos penales cuenten con la aprobación del pueblo. Dicho de otro modo, en Derecho Penal la única fuente admisible es la ley, quedando excluida cualquier otra fuente diversa; de ahí que implique el establecimiento de una garantía formal –límite objetivo– a la afectación de la libertad personal. Este principio debe cumplir con tres exigencias a saber, a lo que Raúl Cárdenas Río seco denomina como “vertientes del principio de legalidad”.⁴¹³

⁴¹¹ Para mayor referencia sobre el desarrollo histórico que ha tenido este principio a nivel mundial, sugiero la lectura de la obra: CÁRDENAS RIOSECO, F. Raúl. *El principio de legalidad penal*, Porrúa, 2009, México, D.F., pp. 3 a 12.

⁴¹² BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.*, p. 49.

⁴¹³ CÁRDENAS RIOSECO, F. Raúl. *El principio de legalidad penal*, *Op. Cit.*, Porrúa, 2009, México, D.F., p. 32.

- **Lex praevia.-** Que implica que las leyes penales sean dictadas con anterioridad al hecho y que ningún gobernado pueda ser juzgado con una ley dictada con posterioridad, exigencia que recoge la máxima jurídica “*nullum crimen sine praevia lege*”; de esta manera, se consagra el principio de irretroactividad penal en perjuicio del gobernado.
- **Lex scripta.-** En virtud de la cual, queda excluida cualquier otra fuente de delitos y penas que no sea la ley misma, pues sólo de esta manera se elimina cualquier duda acerca de su contenido. Esta exigencia conlleva implícitamente la prohibición de la *analogía* en materia penal porque, con base en una ley escrita, se prohíbe sancionar supuestos o hipótesis no comprendidos “*expresamente*” en la ley o, dicho de otro modo, se niega la posibilidad de juzgar un hecho o imponer una pena con base en la afinidad existente entre dos o más casos sometidos a resolución.
- **Lex stricta.-** Esta exigencia también se conoce bajo las denominaciones de “**principio de taxatividad, mandato de determinación del hecho punible, mandato de certeza o *lex certa***”, aunque en nuestro país, históricamente se ha preferido la diversa de “**exacta aplicación de la ley penal**”. Su esencia radica en exigir la mayor claridad y exactitud lingüística posibles en la construcción y aplicación de los tipos penales como medida eficaz y concisa de autocontrol punitivo, negando la posibilidad de utilizar en la descripción legal cualquier concepto vago o impreciso debido al altísimo grado de incertidumbre que generaría. En este contexto, su aplicación debe respetarse tanto en el ámbito legislativo, tratándose de la “creación de los tipos penales”, como en el ámbito judicial, al imponerse un límite concreto al “arbitrio judicial”, es decir, la taxatividad penal cobra un doble significado: legislativo y jurisdiccional.

En lo que respecta a la construcción de las leyes penales, esta exigencia implica un rechazo categórico a la existencia de un tipo penal con

formación lingüística ambigua o indeterminada e impone, como deber inexcusable del legislador, el empleo de la máxima concisión posible al momento de circunscribir la conducta, materia de la prohibición y conminación punitiva; ello, con la finalidad de evitar peligrosas valoraciones subjetivas que propicien amplios márgenes de discrecionalidad que puedan encaminarse en franco detrimento de la certidumbre jurídica del gobernado.

Por el contrario, esta exigencia garantiza un alto margen de certidumbre jurídica, ya que permite que el gobernado conozca cuáles son las conductas prohibidas para que pueda disfrutar con la mayor tranquilidad de su libertad personal; de esta manera, la ley debe contar con un sólido grado de previsibilidad que le permita conocer y entender las consecuencias en caso de haberla infringido, permitiéndole al mismo tiempo, que anticipe su conducta y la encauce de forma que no incurra en la prohibición, pues en caso de rebeldía, deberá soportar la reacción estatal en su contra. Lo anterior revela lo imprescindible que resulta la eliminación de cualquier obscuridad en la formulación de los delitos y el establecimiento de las penas, pues si los tipos penales no reúnen un grado de claridad concluyente, la libertad personal se ve pobremente tutelada o, incluso, “inexistente”, toda vez que no existiría un claro límite al poder punitivo del Estado, facilitando un ejercicio desmedido del mismo. Esto último se robustece al tener en consideración que, de no cumplirse con esta exigencia, la norma penal dejaría de gozar de legitimidad y, por consecuencia, dejaría de ser obedecida, algo que resulta totalmente impensable pero también impermisible. Se trata pues, como apunta el destacado jurista Raúl Cárdenas Rioseco, de que el mensaje normativo contenido en las leyes penales “*sea comprensible para sus destinatarios*”, en virtud de que éstas “constituyen la esfera de intervención más radical en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos.”⁴¹⁴

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 36.

Ahora bien, en lo que respecta al ámbito judicial, este principio obliga a que, en caso de existir un hecho con apariencia punible, el Juez aplique el tipo penal con base en una “**interpretación estricta**” del mismo, limitándose exclusivamente a precisar **si la conducta legalmente definida existe o no.**

El tratadista Luigi Ferrajoli reduce el significado de este principio al ámbito estrictamente legislativo al referir que éste:

“(...) puede ser caracterizado ahora como una regla semántica metalegal de formación de la lengua legal que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados ‘verdaderos de los’ hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser connotadas por la ley mediante propiedades o características esenciales idóneas para determinar su campo de denotación (o de aplicación) de manera exhaustiva, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera exclusiva, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.” En este sentido, el autor concluye que “las propiedades o características esenciales que debe contener una ley para cumplir con el principio de taxatividad penal se pueden resumir en el concepto de elementos constitutivos del delito, es decir, en la acción (que debe ser exterior y empíricamente visible), en su efecto o resultado (que debe consistir en un daño tangible) y en la culpabilidad (que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo).”⁴¹⁵

- II. LEGALIDAD EN SENTIDO MATERIAL.-** Desde el punto de vista material, la legalidad implica considerar la naturaleza intrínseca del hecho o situación que es motivo de la regulación normativa y que es, precisamente, el destino final donde se concreta y exterioriza la ley. En este sentido, el Derecho penal debe justificarse como un sistema de protección social que tutela los

⁴¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 121.

intereses de mayor valía (sean individuales, sociales o estatales) y sanciona sólo aquellas conductas que los dañen o pongan en peligro; de tal modo, este atributo encuentra su fundamento en los siguientes subprincipios:

Principio de lesividad (o de necesidad de las penas).- Cualquier delito presupone la existencia de un bien jurídico y su lesión o puesta en peligro, de manera que no puede imponerse una pena cuando no hay un derecho que se vea afectado. Sólo esto puede legitimar la intervención punitiva, puesto que, debe existir una “función tutelar” de los intereses fundamentales de una sociedad en concreto, de manera que se permita al individuo convivir tranquilamente en sociedad y esto sólo se logra cuando la ley vincula esa lesión jurídica con su consecuencia necesaria, denominada “pena”. En vista de ello, corresponde al poder legislativo ligar la pena frente a la conducta socialmente dañosa, ponderando primero si la intervención del derecho penal resulta apta para obtener la tutela del bien jurídico o si el mismo puede ser protegido por otras ramas del derecho. Otras denominaciones habituales son: *“principio de intervención mínima del Derecho penal”* y *“carácter fragmentario/subsidiario del Derecho penal”*. El significado sigue siendo el mismo: utilizar a la ley penal como la última ratio para proteger los bienes jurídicos de mayor valía, sólo para casos extraordinariamente graves y cuando otros medios de protección menos invasivos hayan fracasado o resultaren ineficaces.

En efecto, el concepto de bien jurídico puede resultar muy amplio si se tiene en cuenta que todas las leyes (civiles, administrativas, fiscales, mercantiles, laborales, etc.) protegen alguno de ellos en concreto; sin embargo, a la ley penal sólo compete la protección de aquellos intereses cuya valía es fundamental para permitir la sana convivencia social, al que para diferenciarlo del resto se denomina **“bien jurídico-penal”** u **“objeto de tutela penal”**, excluyendo los actos desviados y las cuestiones propiamente inmorales, pues en caso contrario, por más repudiables que sean, esas conductas estarán excluidas del ámbito punitivo, de suerte que la protección

debe limitarse sólo frente a aquellas conductas que revelen un potencial y efectivo daño de los valores ético-sociales con mayor trascendencia, es decir, aquellos que producen las consecuencias más gravosas para la colectividad. En conclusión, mientras no surja esa carga dañosa, que garantiza que los delitos puedan configurarse prohibitivamente en los tipos penales, este principio se vulnera, así como la libertad y la dignidad de las personas.

Resumiendo, la intervención punitiva requiere que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia, valía o importancia, para ser merecedor de la protección otorgada por el tipo penal y su consecuente sanción jurídica, la pena (privación de libertad, trabajos forzados, multa, prohibición de ir a lugar determinado, etc.). Por último, cabe señalar que este principio puede expresarse bajo los aforismos jurídicos **“nulla pena, sine injuria”** o **“nulla poena, sine crimene”**.

Principio de proporcionalidad (o de limitación de las penas).- Que puede entenderse como la limitación cuantitativa y cualitativa de la sanción que el legislador **“puede”** imponer a las conductas lesivas, tomando como base la naturaleza del bien jurídico-penal y el beneficio social obtenido con la pena; de tal modo, constituye una barrera a la cantidad de prohibiciones que puede imponer el legislador, así como a la intensidad del castigo, para que las ventajas que deriven de la coacción punitiva, compensen el posible sacrificio del individuo.

Por su parte, para Ferrajoli:

“(…) el hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima poena debet commensurari delicto es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento

*lógico y axiológico.*⁴¹⁶ Más adelante, el autor considera que *“aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.”*⁴¹⁷

Como ejemplo de la utilización de este principio, sería sumamente irracional conminar con pena de muerte un robo simple o con prisión vitalicia las lesiones menores; sin embargo, tratándose de los delitos de secuestro, homicidio o violación, donde el bien jurídico es de una altísima jerarquía axiológica, penas más altas de prisión, son reconocidas como *“intrínsecamente justas”* por la estrecha relación habida entre la gravedad de la lesión y el beneficio social que se obtiene con la pena. De este modo, la conminación punitiva prevista en la ley, fundamenta la posibilidad de imponer una pena, como soporte jurídico de la responsabilidad penal del imputado y viene dada como el resultado de la actividad legislativa.

Después de la breve síntesis anterior, conviene precisar cuáles son las funciones tradicionalmente asignadas al tipo penal, que son reconocidas en los Estados Democráticos de Derecho:

- **Función garantizadora.-** Parte de considerar que la ley penal describe hechos punibles e impide que los gobernados sean objeto de persecuciones penales injustificadas, pues garantiza suficientemente la libertad personal, de forma que sólo puedan ser juzgadas las conductas *expresamente tipificadas en ley, siempre que aquéllas se adecúen o subsuman exactamente dentro de*

⁴¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, pp. 397-398.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 402.

la hipótesis prohibitiva contenida en ésta, excluyendo la posibilidad de una aplicación analógica, por mayoría de razón o en forma retroactiva, si con ello se causa un perjuicio, a fin de proteger al gobernado de la venganza pública; ello, a pesar de tales conductas puedan parecer manifiestamente injustas o moralmente repugnantes.

- **Función indiciaria o fundamentadora de la antijuridicidad.-** Esta función deriva de la añeja discusión doctrinal entra las posturas de Max Ernst Mayer y Edmundo Mezger. Para el primero, el tipo penal constituye el reducto mínimo, indiscutible e indisoluble de la antijuridicidad, mientras que, para el segundo el tipo es un mero aviso o rastro inteligible que hace sospechar de la antijuridicidad de la conducta. En conclusión, la prohibición imbíta en el tipo penal se convierte en el fundamento de la sanción estatal cuando se ha cometido una infracción a la norma en él contenida.
- **Función motivadora.-** Que se refiere a la prevención general del tipo penal, es decir, la amenaza contenida en el tipo intimida e inhibe el impulso para llevar a cabo conductas lesivas, pues si el legislador indica a los gobernados qué comportamientos están prohibidos, muchas veces la conminación penal resulta en principio suficiente en sí misma para que aquéllos se abstengan de realizar la conducta prohibida, es decir, “*los motiva*” a no cometer conductas delictivas. En opinión del Doctor Luis Rodríguez Manzanera, esta función consiste en “evitar determinadas conductas antisociales gracias a la intimidación que produce la amenaza contenida en la norma penal. (...) Pero además, (no se puede) olvidar la llamada ‘prevención general positiva’, pues aquí la punibilidad tiene una clara función de declaración y afirmación de valores, y su jerarquización por medio de la amenaza, para que la comunidad reconozca y respete los bienes tutelados.”⁴¹⁸

⁴¹⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Op. Cit.*, p. 89.

- **Función sistematizadora.**- La cual nace con el reconocimiento del tipo como un elemento autónomo del delito y sirve como un hilo de conexión entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal.

En este sentido, cuando los artículos 16 y 19 constitucionales aluden al *“hecho que la ley señale como delito”*, resulta indiscutible que se refieren a la **“ley penal”**, entendida como la norma jurídica que prohíbe y conmina con pena las conductas lesivas de intereses ético-sociales de la más alta jerarquía; atendiendo a esta premisa, es claro que el nuevo término constitucional reconoce implícitamente el **principio de legalidad penal**, empero, no en su amplio sentido sino con las limitaciones para darle vida al **“probable delito”** o **“hecho con apariencia delictiva”**, concepto que constituye la justificación político-criminológica de: **I)** los actos de la investigación ministerial; y **II)** las resoluciones que implican una afectación provisional a la libertad personal.

Estas limitaciones se refieren al reconocimiento y aplicación de los **subprincipios de taxatividad penal y lesividad**, que en su conjunto expresan la idea primaria del “posible delito”, al exigir el exacto encuadramiento (subsunción o correspondencia) de la conducta desplegada con el tipo penal respectivo (se cumple así la **función garantizadora del tipo**); al mismo tiempo, se exige una lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal tutelado por el tipo. Si se parte de esta idea, resulta insostenible pretender el “esclarecimiento” de un hecho que carece de relevancia punitiva, pues si no está prohibido por la descripción típica correspondiente, mucho menos lesionará algún valor fundamental para el desarrollo armónico de la sociedad.

Estimar lo contrario llevaría al absurdo de sostener el despliegue de la jurisdicción punitiva con un objeto jurídico indeterminado, al tiempo que la autoridad actuaría bajo un peligroso régimen de discrecionalidad, incurriendo eventualmente en arbitrariedades. Es claro que una situación de este tipo, crearía un altísimo grado de incertidumbre jurídica para el gobernado, pues ya no podría disfrutar con plena tranquilidad de su libertad personal y encauzar su conducta dentro del margen de la permisión legal ni, mucho menos, anticipar de forma

confiable y sólida la reacción estatal en caso de infringir la prohibición legal; esto dejaría en completo estado de indefensión al gobernado y sería una idea incompatible con nuestro esquema de organización estatal, cuya finalidad reiterada ha sido garantizar la libertad y dignidad humanas como valores fundamentales.

La taxatividad penal usualmente se ha considerado como un principio aplicable a la etapa culminatoria de la jurisdicción punitiva, como puede verse en la tesis aislada sustentada por el Magistrado Federal, Doctor José Nieves Luna Castro, cuya liberalidad es la siguiente:

“PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. El artículo 14 de la Constitución Federal consagra el conocido apotegma nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege certa traducible como el que no puede haber delito sin pena ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate; de ello deriva la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico. La tipicidad es un presupuesto indispensable del acreditamiento del injusto penal que se entiende como la desvaloración de un hecho sin ponderar aun el reproche posible a su autor, y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige, con todas sus derivaciones, como pilar de un sistema de derecho penal en un estado democrático de derecho. Así, del propio principio podemos encontrar como derivaciones los de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley, es decir, que la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad; de igual forma, el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en la aplicación de la ley penal, traduciéndose en la exigencia de exacta aplicación de la ley que se contiene de manera expresa, en el caso mexicano en el actual párrafo tercero del artículo 14 constitucional que dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía

y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."⁴¹⁹

Sin embargo, debido al grado de protección mínima que representa frente a actos arbitrarios de la autoridad y toda vez que tutela de forma directa e inmediata de la libertad individual, este principio cobra aplicación en tratándose de la garantía de seguridad jurídica contenida en los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal.

Lo anterior se robustece si se considera lo absurdo que resulta admitir su aplicación sólo para condenar al imputado, más no **para legitimar la existencia del proceso penal**, pues si a través de la orden captura y el auto de apertura a juicio **se fija la pretensión punitiva del Estado**, de no limitar o contener ésta pretensión, se abriría paso a un ejercicio caprichoso de la jurisdicción, encontrándose precariamente condicionada desde el comienzo. En efecto, esta idea de legitimar un proceso penal con objeto nebuloso resulta inaceptable por la posible instauración de procesos penales innecesarios, pero también repudiable porque sería exageradamente represivo juzgar a una persona con base en un hecho que, pudiendo ser inmoral o ilegal para otras ramas del orden jurídico, carezca de verdadera relevancia punitiva. Inclusive, aunque esta clasificación típica sea de carácter "**preliminar**", debe cumplirse con el principio de taxatividad porque al inferir una molestia a la libertad personal, debe tratarse de una conducta enérgicamente sancionada como consecuencia de la prohibición legislativa; luego entonces, **la función garantizadora del tipo cobra un estricto sentido "técnico-procesal"** relativo al "**juicio de tipicidad provisional**" que otorga al gobernado un sólido margen de protección y certidumbre jurídica.

A lo anterior, habría que sumarle la incapacidad para distinguir de forma nítida, entre dos o más figuras delictivas con cualidades típicas similares, porque no podrían exaltarse los rasgos característicos (típicos) que los distinguen y que, indiscutiblemente, deben ser tomados en cuenta por el aplicador de la ley en el

⁴¹⁹ Época: Novena Época Registro: 175846 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIII, Febrero de 2006 Materia(s): Penal Tesis: II.2o.P.187 P Página: 1879.

caso concreto; por ejemplo, no podría distinguirse entre un homicidio “simple” de un homicidio “en razón de parentesco” donde se requiere, además, el conocimiento de la relación de familiaridad o, entre el delito de “privación ilegal de la libertad” el delito de “secuestro”, donde se requiere además del pago de un “rescate”. Esto último significaría el desconocimiento de la actividad legislativa, pues en la creación de los tipos penales hay “rasgos descriptivos propios y distintivos” imprescindibles al momento de decidir si la conducta tiene o no apariencia delictiva.

Con motivo de la reforma en análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación organizó una serie de Mesas de debate a fin de precisar los alcances que tendría en el ámbito jurisdiccional. En tal sentido, un sector de la judicatura federal comparte la opinión propuesta con anterioridad, pues como sostuvieron los Magistrados Federales Horacio Armando Hernández Orozco, Graciela Rocío Santes Magaña, Pablo Pérez Villaba, Bruno Jaimes Nava, así como los Jueces de Distrito Francisco Javier Sarabia Ascencio, Silvia Carrasco Corona y la Secretaria en funciones de Magistrada Gloria Rangel del Valle, integrantes de **la Mesa 2**:

“(…) al referirse el artículo en comento al “hecho”, debe entenderse al hecho típico que la ley señala como delito y, conforme a ello, no debe perderse de vista que las conductas típicas descritas en la ley suelen estar conformadas por elementos objetivos o externos, subjetivos, normativos e incluso subjetivos específicos, los que se consideran, deben seguir acreditándose para el libramiento de una orden de aprehensión; de lo contrario, se entendería que se aligeran o minimizan los requisitos para el libramiento de una orden de captura, lo que podría acarrear graves consecuencias al permitirle al Ministerio Público consignar a una persona por el simple hecho de que su conducta, en su concepto, pudiera ser constitutiva de delito.”⁴²⁰

Por su parte, los Magistrados Federales Manuel Bárcena Villanueva, Lilia Mónica López Benítez, Carlos Hugo Luna Ramos, Rosa Guadalupe Malvina Carmona Roig, Jorge Ojeda Velázquez y Antonia Herlinda Velasco Villavicencio, así como los Jueces de Distrito Octavio Mejía Ojeda, Martha Gabriela Sánchez

⁴²⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal, mesas redondas abril-mayo 2008*, 1ra. edición, 2008, S.C.J.N., México, D.F., p. 72 y 73.

Alonso y Jesús Terriquez Basulto, integrantes de la **Mesa 5**, aceptaron por mayoría que la nueva redacción constitucional:

“(...) no se refiere al hecho aislado, sino al penalmente relevante; esto es, al hecho que la ley señala como delito, por lo cual, no existe un cambio trascendente, dado que debe atenderse a los elementos de la figura típica.”

(...) como la reforma constitucional no define lo que debe entenderse como “hecho”, el legislador deberá puntualizar el concepto en las leyes procesales respectivas para que no exista duda del alcance de dicha acepción.

(...aunque reconocieron que...) en términos generales para librar una orden de aprehensión serán necesarios menores requisitos de los que actualmente deben ser analizados por el juzgador, lo cual afecta el principio de seguridad jurídica del gobernado.”⁴²¹

Es cierto que corresponde al legislador secundario la precisión conceptual de esta garantía de seguridad jurídica; sin embargo, el reconocimiento de la exigencia de menores requisitos para librar la orden de aprehensión no precisa si se refiere a “los elementos de la figura típica” o más bien al aspecto probatorio de éstos (que se analiza posteriormente). En esta última afirmación puede observarse con claridad una indeterminación conceptual bastante similar a la que existía antes de la reforma; es precisamente esta connotación tan amplia y ambigua, lo que permite manejar al “libre antojo” la interpretación de esta garantía constitucional, una cuestión que por sí misma resulta delicada y que, con mayor razón, por tratarse de los intérpretes de la Constitución Federal, deberían poner mayor esfuerzo en ser contundentes a la hora de emitir sus conclusiones. Espero que esta lamentable situación no sea la constante a la hora de producir los criterios jurisprudenciales que deriven de la nueva interpretación constitucional.

Ahora bien, como se ha dicho, siempre será necesario examinar todos los elementos del tipo en cuestión; sin embargo, a fin de evitar un simple **“encuadramiento formal”**, resulta indispensable **incluir el análisis del bien jurídico-penal y su lesión o puesta en peligro**, dado que el tipo penal constituye un mero indicio de antijuridicidad (*ratio cognoscendi*) y por ende, resulta

⁴²¹*Ibidem*, pp. 188 y 189.

conveniente verificar si en el caso concreto, la conducta es apta o no, para producir un daño efectivo o potencial a un valor tutelado por el tipo penal, el cual habrá de precisar el Órgano Jurisdiccional y que implica el reconocimiento y positivización del llamado **principio de lesividad**, contenido en la máxima jurídica **“nullum crimen, nulla poena sine injuria”**.

La cuestión anterior se planteó como materia de agravio en la revisión de amparo número 89/2013 (substanciado bajo la ley abrogada), radicado ante el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y derivado del amparo indirecto número 19/2013, radicado ante el Juzgado Décimosegundo de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal, en donde la A Quo restó absoluta importancia al bien jurídico-penal contenido en la fracción II del artículo 215 del Código Penal Federal (el legítimo ejercicio del poder público), relativo al delito de abuso de autoridad; ello, a pesar de que resultaba indiscutible su trascendencia para establecer si la Juez ordenadora de la captura había cumplido o no con este subprincipio al analizar el aún vigente “cuerpo del delito” (aplicable para el ámbito federal) y evitar con ello un simple encuadramiento formal de la conducta con el tipo. Al final de la presente obra se transcribe parte de la ejecutoria de amparo que reconoció la importancia del bien jurídico-penal a nivel constitucional, empero, bajo el principio de accesoriedad del Derecho Penal.

En el ámbito doctrinal, la interpretación propuesta en el presente apartado coincide parcialmente con la opinión de algunos juristas nacionales, que por un lado se inclinan a señalar que el nuevo término constitucional se refiere al **“injusto penal”**, aunque también existe la opinión de considerar tan sólo **“todos elementos de la descripción típica”**; así, por ejemplo, puede encontrarse dentro del primer rubro la opinión del Doctor Luna Castro, quien estima que:

“(…) por una parte, hablar de ‘hecho delictivo’ puede resultar, conforme a una interpretación racional que lo equipare con el ‘injusto penal’, en una mejor manera de homogeneizar y garantizar el contenido de tipicidad preliminar mínimo, por el que por cierto nosotros hemos pugnado, siempre y cuando se entienda conforme a la facultad y obligación de todo juzgador de analizar, atender o tomar en cuenta, todos los requisitos de la descripción típica (en cuanto a la

configuración del hecho penalmente relevante) para afirmar que en realidad se está en presencia de un ‘hecho delictivo’, conforme a dicha descripción, que deberá ser en todo caso el parámetro de confrontación para realizar motivadamente el llamado por Zaffaroni ‘juicio de tipicidad’. Esto obviamente de manera congruente con el estado o etapa provisional correspondiente a las resoluciones previstas en los artículos 16 y 19 Constitucionales. De lo contrario, de no ser así, si por ‘hecho’ se va a pretender considerar cualquier cosa materializada, susceptible de interpretaciones dispersas y sin parámetros de equiparación necesaria con la descripción típica del delito de que se trate, entonces, (...) podría suceder que la función garantizadora del tipo prácticamente se minimizara a grados tales que diera lugar a criterios de autoritarismo difícilmente justificables.”⁴²²

En sentido similar se encuentra la postura del Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez, para quien “el injusto penal” corresponde a la interpretación del nuevo término constitucional; dicho autor explica que:

“(…) intentando mantener el espíritu de la CPEUM sin vulnerar el régimen acusatorio y las tradicionales garantías constitucionales de seguridad jurídica, **consideramos que los datos que establezcan el “hecho delictivo” corresponden a lo que en la dogmática jurídico-penal se denomina como el *injusto penal*, es decir, al hecho típico y antijurídico; y reservar la valoración de la conducta, juicio de reproche o culpabilidad, al juez de sentencia.**”⁴²³

Posteriormente reitera su punto de vista al mencionar que:

“(…) **el análisis de los *datos que establezcan que se ha cometido ese hecho* corresponde al estudio que el juez de control deberá de realizar sobre *el injusto penal*, debiendo de reservar el análisis de la culpabilidad, así como de la autoría y participación del imputado en el juicio, propiamente dicho, ante el juez de sentencia.**”⁴²⁴

Por su parte, el Doctor Sergio García Ramírez considera que sólo deben de analizarse todos los elementos de la descripción típica de que se trate, al apuntar que “el Estado persecuidor debe acreditar o “establecer” todos los elementos que conforman el hecho que la ley considera como delictuoso, conforme a su descripción típica. Si no abarca todos, no es posible sostener que se ha cometido un delito.” En este sentido, el autor señala que:

⁴²² LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, pp. 208 y 209.

⁴²³ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, *Op. Cit.*, p. 195 y 196.

⁴²⁴ *Ibidem*, pp. 201 y 202.

“(…) es preciso establecer la existencia de todos los elementos constitutivos del delito según la descripción típica contenida en la ley penal. Esto significa: elementos del cuerpo del delito, conforme a la caracterización amplia (que no incurrió en las confusiones ni generó los problemas que algunos analistas mencionan) aportada por la evolución del Derecho procesal penal mexicano, que fue recogida en las precisiones legales aportadas antes de 1993. La reducción en el alcance de ese elemento de fondo implicaría un retroceso muy grave en la justicia penal y una reducción severa en los derechos de los individuos. En suma, el hecho equivale al cuerpo del delito. Sin embargo, no objeto que la referencia constitucional al hecho delictuoso –elemento de fondo– se asimile, si así se prefiere, a los elementos del tipo penal. En ambas versiones tendríamos un solo resultado apetecido: efectivas garantías en la relación entre individuo y Estado cuando viene a cuentas la intervención penal del poder público.”⁴²⁵

A manera de colofón sobre esta posible interpretación constitucional, debe decirse que sólo teniendo en consideración el principio de legalidad penal, así como las funciones asignadas al tipo penal, es posible afirmar la existencia un Derecho Penal democrático, garantista de la libertad y la dignidad de las personas, que justifiquen al Estado como un ente de protección social y no como un indeseable y repugnante medio de represión; de tal modo, si nuestro paradigma constitucional invoca a pensar en un auténtico Estado Democrático de Derecho, deviene insostenible sustentar cualquier interpretación que pretenda reducir la protección mínima con la que debe contar cualquier gobernado frente a los actos del poder público y, más concretamente, los que corresponden a los actos de la jurisdicción punitiva inicial o primaria.

2. Interpretación auténtica

Al analizar los dictámenes de reforma emitidos por ambas Cámaras del Congreso de la Unión, se observa el firme propósito de reducir las exigencias impuestas por la garantía de seguridad jurídica contenida en los artículos 16 y 19 constitucionales. Semejante decisión se basó en la idea de que el “*cuerpo del delito*” significaba una dificultad mayor para fundar las órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión, así como el que dicho concepto carecía de uniformidad

⁴²⁵ GARCIA RAMIREZ, Sergio. *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, 2ª. edición, Porrúa, 2009, México, D.F., p. 32.

en su comprensión. En su conjunto, ambas ideas llevaron a concluir que sólo deberían de exigirse los “**elementos objetivos del tipo penal**” para dotar de contenido al “*hecho que la ley señale como delito*”, quedando excluidos los elementos normativos y subjetivos específicos del tipo.

No hay razón que justifique tan drástica y absurda medida; por el contrario, lo que el legislador gestó fue un repudiable retroceso a la certidumbre jurídica del imputado, entronizando una exacerbada hegemonía contraria atentatoria de nuestro actual Estado de Derecho. En efecto, al alejarse de la mínima e irrenunciable exigencia de taxatividad penal, este débil condicionamiento de la jurisdicción punitiva primaria vuelve al Estado mexicano en un Sistema Persecutor con tintes represivos y arbitrarios, como ocurre en los Estados totalitarios.

En el ámbito jurisdiccional, la **incapacidad** para distinguir las especies delictivas, podría pasar de una simple **inhabilitación legislativa** a un **abuso repugnante del poder público, con fines especialmente represivos**, al permitir la incoación de un juicio totalmente injustificado. Así, la falta de un “*sólido contrapeso*” que desaliente dicha actuación, no se suple –como erróneamente creyó el legislador– con la inclusión de los principios de “carga de la prueba, presunción de inocencia y exclusión de la prueba ilícita”, porque de manera *provisional y fundada*, la autoridad podrá emitir actos de molestia que afecten directa e inmediatamente la libertad personal del gobernado, de modo que ya no tendrá sentido hablar de “*conductas penalmente relevantes*” sino de “*resoluciones legalmente represivas*”, debido al altísimo grado de **manipulabilidad** al que estarán expuestas.

Consecuentemente, si se dejan de analizar los elementos normativos y subjetivos específicos del tipo, se antojan posibles dos consecuencias prácticas:

- I) el encuadramiento de una misma conducta sobre la base de diversos tipos penales, sin afinidad delictiva aparente, perdiendo sentido el concepto de “*concurso ideal o formal de delitos*”; esto, debido a que algunos tipos

penales cuentan en su estructura legal con elementos objetivos muy similares o idénticos entre sí;

- II) la extrema dificultad para diferenciar las conductas prohibidas y sancionadas, de aquellas que se encuentran totalmente permitidas.

Tómese como ejemplo que existen hipótesis delictivas que contemplan fundamentalmente elementos de carácter normativo, como ocurre con el delito de **“abuso de autoridad”** contemplado en el artículo 215 fracción II del Código Penal Federal, donde los elementos que integran la descripción típica: “*servidor público*”, que “*hiciera violencia*”, “*vejare*” o “*insultare*”, a una persona, sin “*causa legítima*”, cuando ejerza “*sus funciones*” o “*con motivo de ellas*”, requieren ser interpretados y precisados en su alcance jurídico-cultural por el aplicador de la ley al caso concreto.

Por otra parte, considérese la entrega de una cantidad de dinero al Secretario de Acuerdos del Juzgado por concepto de depósito de pensión alimenticia, renta, garantía de la libertad provisional o pago de una multa judicial. En ninguno de estos casos la entrega del dinero es “*indebida*”, para hablar de un posible “cohecho”.

“Artículo 272 del Código Penal del Distrito Federal. Al servidor público que por sí o por interpósita persona, solicite o reciba indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo relacionado con sus funciones (...).”⁴²⁶

Pregunto: ¿habría necesidad de enjuiciar a este servidor público que cumple con su legítima función judicial, aguardando hasta la sentencia definitiva para confirmar que la conducta era atípica? La obvia respuesta nos hará ver lo extremadamente absurdo que resultaría dicha medida.

En este contexto, es indudable que para el Poder Reformador el tipo penal es sólo un **“sofisma garantista” al inicio del proceso** que adquiere el carácter de **“verdadera garantía” una vez concluido** (dictándose la sentencia definitiva).

⁴²⁶ Consultado en la página web de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a las 15:30 hrs. del 20 de junio de 2014. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-994197bf103f72d714726e94ce527125.pdf>

La condición para que opere esta metamorfosis jurídica, es la instrucción de un juicio previo, que puede resultar ultrajante para la tranquilidad y la libertad del gobernado. Esta aberrante postura, conlleva en sí misma un altísimo grado de indefensión que le otorga el mérito de considerarla como una verdadera garantía de **inseguridad jurídica**.

Pero existe además, hay una razón de peso que el propio legislador no pudo desconocer de ningún modo y es que, negarle importancia a los demás elementos de la descripción típica es un auténtico capricho autoritario. En efecto, si se tiene en cuenta que fue éste quien, en representación del pueblo, prohibió aquellas conductas que consideró lesivas de los intereses de la comunidad, a través del tipo penal respectivo, al permitir una aplicación parcial de la propia ley, excluyó la característica de **“generalidad”** que compete a toda norma legal; de tal modo, el legislador olvidó el criterio de **“selectividad de las conductas lesivas”** realizado en la **“caracterización típica previa”** para permitir la injerencia de la jurisdicción punitiva con base en una conducta sin relevancia punitiva.

Esta cuestión fue puesta de relieve por los Juzgadores Federales integrantes de la **Mesa 2**, quienes consideraron la posibilidad de una actuación desviada por parte del Representante Social, al estimar que:

“Con la reforma (...) se pretende que el ‘órgano investigador’ exhiba ante la autoridad judicial elementos de convicción que pongan de manifiesto que probablemente se ha cometido un hecho (entiéndase acto u omisión) que la ley señala como delito y exista la ‘probabilidad’ de que el indiciado lo cometió o participó en él. Con ello **se entiende que el Ministerio Público dejará de tener la obligación de acreditar todos y cada uno de los elementos constitutivos del hecho típico.**

Lo anterior (...) implica el riesgo de que el Ministerio Público ante la menor probabilidad de la existencia de una conducta típica (porque no estará obligado a demostrar a plenitud los elementos que la integran) consigne un gran número de averiguaciones previas que al ser analizadas por el juzgador no prosperen; por ello, se considera que la legislación procesal deberá regular los

requisitos que deben acreditarse a fin de tener por demostrado el “hecho típico”, para así evitar posibles arbitrariedades.”⁴²⁷

Ahora bien, otra de las falacias que pretendió justificar este cambio, fue el desbordante aumento de la criminalidad en nuestro país, de manera que el Constituyente Permanente supuso que la disminución garantista sería la posible solución al problema, esta errónea acción estratégica de un enjuiciamiento primario, pretende justificar la eficacia de la indagatoria ministerial desde una postura francamente represiva, olvidando que la delincuencia es la suma diversos y complejos factores criminológicos que intervienen en su conjunto y no exclusivamente, ni si quiera prioritariamente, de los requisitos mínimos con los que debe contar el Estado para desplegar su poder público. Como explica el Doctor Enrique Bacigalupo, este condicionamiento de la injerencia estatal a la legalidad penal resulta un *“bien necesario”* y no un estorbo, como parece entenderlo el Poder Reformador; dicho autor se expresa en los términos siguientes:

“Con frecuencia se ha repetido que este principio constituye la *carta magna del delincuente*. Este punto de vista ha sido puesto en duda en la actualidad. Se piensa, en este sentido, que la consideración del principio de legalidad como instrumento para la protección de los delincuentes distorsiona su correcto significado y tiene consecuencias no aprobables desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En efecto, si ya se sabe que quien está ante un tribunal es un delincuente (como creían poder saber los positivistas) siempre cabría preguntarse: ¿por qué razón limita la defensa de la sociedad frente a los delincuentes? Es decir, si el principio de legalidad es un *mal necesario*, dado que protege al “malo” frente al “bueno” (el Estado), es claro que la reducción de sus alcances debería merecer comprensión.

Por el contrario, **si el principio de legalidad protege a personas de las que no es posible afirmar si son o no delincuentes, mientras no hayan sido condenados, es indudable que se trata de un *bien necesario*, pues protege al débil (el ciudadano) frente al fuerte (el Estado). Consecuentemente, la reducción de sus alcances no debería contar con la comprensión de los demócratas.”⁴²⁸**

Simplemente, asumir una postura que ignore la exigencia procesal de plasmar todos los elementos típicos que describen al delito resulta irracional; en todo caso,

⁴²⁷ S.C.J.N. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal*, Op. Cit., p. 72 y 73.

⁴²⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.*, pp. 234 y 235.

sería mejor (pero indispensable de todos modos) exigir su comprobación en un grado mínimo o indiciario; aunado a ello, habría que tener que cuenta que la postura “objetivista” asumida por la reforma se encuentra, hoy en día, ampliamente superada.

Y aunque pueda decirse que constituye “un término más llano del lenguaje”, comprensible para la generalidad de los Jueces y Ministerios Públicos, esta nueva denominación constitucional tampoco resuelve satisfactoriamente el problema de incertidumbre jurídica.

En conclusión, dado que no existe sustento racional que legitime su defensa, es imprescindible desterrar esta forma de interpretación; por ello, sugiero acudir a la interpretación doctrinal propuesta; máxime que de tomar en cuenta los designios del Poder Reformador, se estaría legitimando un régimen despótico contradictorio con el discurso político reiterado del Estado mexicano como un auténtico Estado de Derecho.

3. Cuestiones de “legalidad garantista”; el futuro de la potestad de integración conceptual y el Código Nacional de Procedimientos Penales

Tomando en cuenta que la nueva redacción deja seriamente desprotegido al gobernado, la responsabilidad de otorgar un verdadero alcance garantista al “*hecho que la ley señale como delito*”, recae en principio sobre el legislador secundario, quien ejerciendo su **legítima potestad soberana**, podrá asignarle un contenido más amplio que permita cumplir efectivamente con la **función garantizadora del tipo** y extender su beneficio protector al ámbito procesal, así como el bien jurídico-penal (presupuesto del tipo) y su lesión o puesta en peligro, en cumplimiento al **principio de lesividad**.

Este garantismo legalista reporta, como aspecto positivo, que la legislación procesal reconozca, al menos, el **principio de taxatividad penal** de la conducta, tal y como ha hecho el nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, donde el legislador mexiquense demostró un alejamiento de la postura

represiva sostenida por el Constituyente Permanente, al otorgarle el alcance conceptual siguiente:

“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 participó 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 aún 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.”⁴²⁹

Llama la atención que este concepto normativo es idéntico al del Código de Procedimientos Penales abrogado, cuyo artículo 121 precisaba que:

“Artículo 121.- El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de los elementos objetivos del tipo; así como los normativos y los subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste. La probable responsabilidad penal del inculpado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se pruebe directa o indirectamente su participación dolosa o culposa y no exista acreditada en su favor alguna otra causa de exclusión del delito. Respecto de los tipos que se señalan podrán acreditarse los elementos objetivos que se refieren en la forma que se indica.”⁴³⁰

De la simple comparación entre ambos dispositivos, salvo la “*circunstanciación fáctica de la descripción típica*” (precisión de conducta imputada), se advierte que el cambio fue sólo de nomenclatura más no de substancia. Esto se deba a que el legislador mexiquense ignoró –quizás involuntariamente– los motivos de la reforma que tuvo el Constituyente Permanente, lo cual no representa ningún exceso porque al ejercer su legítima potestad soberana le otorgó el significado que estimó más conveniente.

⁴²⁹ Consultado en la página web del Poder Legislativo del Estado de México a las 16:00 hrs. del 20 de junio de 2014. http://www.infosap.gob.mx/leyes_y_codigos.html.

⁴³⁰ Consultado en la página web de Sistema Legistral del Gobierno del Estado de México a las 16:15 hrs. del 20 de junio de 2014. <http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/cod/abr/codabr003.pdf>

Sólo esta protección extensiva de las legislaturas secundarias, en relación con la voluntad del Poder Reformador, es la única razón que justifica la variabilidad de los criterios legislativos; de ahí en fuera, otro argumento resultaría atentatorio de la certidumbre jurídica del gobernado, algo que parece no entender un sector de la Judicatura Federal, que dogmáticamente niega la posibilidad de ampliar la exigua protección otorgada por la ley suprema:

“Con la reforma propuesta, se dice que existe una tendencia a flexibilizar los requisitos para librar una orden de aprehensión, sin embargo, se considera que el establecimiento de un hecho delictuoso se lleva a cabo cuando se verifica la existencia, por lo menos, de los elementos objetivos que describe la figura típica. Por tanto, **los códigos adjetivos, tanto federal como local, no deben exigir mayores requisitos que los contemplados actualmente para el libramiento de una orden de captura.**”⁴³¹

De lo anterior se advierte que, además de no existir una razón de fondo para sustentar esta postura, tampoco se ponderaron los efectos producidos por su aplicación en la práctica, traducidos en la afirmación del juzgador federal sobre la existencia de una protección constitucional menor en comparación con la otorgada por la ley secundaria, aunque el quejoso no hubiere hecho valer ningún concepto de violación expresando la contradicción legislativa, porque obviamente le es beneficiosa; esto, iría en contra de la técnica constitucional del juicio de amparo y en franco detrimento de la certidumbre jurídica de los quejosos.

Sería bastante desalentador que semejante postura cobrara fuerza entre nuestros juzgadores federales, aun escudándose bajo el criterio simplista de la “supremacía constitucional”, porque en realidad éste no constituye una razón que permita llegar a tan lamentable conclusión.

Por otra parte, en el nuevo **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal** ha regulado esta figura constitucional bajo un contenido más amplio; además de los elementos objetivos y normativos, se incluye ahora a los “*elementos subjetivos de la figura delictiva*”, es decir, **al dolo o la culpa** que deriven de la conducta del agente infractor. Se entiende que se trata de éstos

⁴³¹ S.C.J.N. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal*, Op. Cit., p. 110 y 111.

últimos porque más adelante el legislador precisó que los “*elementos subjetivos específicos*” deberán quedar acreditados; esto significa una sutil distinción de conceptos y no una mera deficiencia de redacción legislativa, aunque hubiera sido conveniente precisar, en el primer caso, que se trata de elementos subjetivos “*genéricos*” de la conducta delictiva:

“Artículo 360. (ACREDITACIÓN DEL HECHO DELICTIVO Y SU COMISIÓN O PARTICIPACIÓN POR EL IMPUTADO)

El Ministerio Público acreditará, como base del ejercicio de la pretensión punitiva, que se ha cometido un hecho delictivo y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; a su vez, la autoridad judicial examinará si ambos requisitos están acreditados en los datos al efecto aportados.

Por hecho delictivo se entiende la acreditación de los elementos objetivos y subjetivos que conforman la figura delictiva de que se trate, a través de un examen lógico y racional de los datos aportados para ese fin. Siempre que la figura delictiva incorpore elementos normativos o subjetivos específicos, los mismos deberán quedar también acreditados.

Para determinar que el imputado cometió el hecho delictivo de que se trate o que participó en su comisión, la autoridad judicial deberá constatar su grado de intervención, que obren datos que acrediten su probable culpabilidad y que no exista acreditada a su favor alguna causa de exclusión del delito.”⁴³²

Por otra parte, según lo analizado en el presente trabajo queda claro que la actual potestad de las legislaturas para integrar el significado de esta garantía constitucional **no funciona** y que, lejos de ser un paradigma deseable, es la principal causa del gravísimo problema de incertidumbre sobre su contenido, permitiendo que **la libertad**, cuyo valor axiológico-constitucional y limitaciones jurídicas debieran ser iguales para todos los mexicanos, tenga una mayor protección en una entidad federativa que en otra, lo cual resulta aberrante.

Partiendo de lo anterior, imagine que a usted le preguntan: ¿qué es *el hecho que la ley señale como delito*? Su respuesta sería: “Depende de la entidad”

⁴³² GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL. 22 de julio de 2013. Consultad en la página web de la gaceta Oficial del Distrito Federal en fecha 20 de junio de 2014 a las 12:30 hrs. http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/51e9f3eda5249.pdf

federativa donde se haya cometido el hecho o si es de competencia federal.” Esta falta de una **respuesta categórica** permite ver lo importante que resulta un concepto con nomenclatura y contenido uniformes. Pero el Constituyente Permanente, al formularse la misma pregunta, obtuvo una conclusión similar a esta: *“Es responsabilidad de las legislaturas secundarias darle un significado concreto, no mía.”* Esta mentalidad (subyacente en las reformas de 1993, 1999 y actual de 2008) se traduce en una **incapacidad técnica** para asignarle un significado concreto a esta garantía constitucional, siendo el único y verdadero límite con el que ha contado todo este tiempo nuestra libertad personal.

Si se toma en cuenta lo anterior, resulta claro que no ha tenido ningún sentido cambiar y, en su caso, seguir cambiando la nomenclatura de este concepto constitucional, porque su significado seguirá siendo disperso mientras exista la citada potestad de integración y no se fije un concepto claro en la Constitución Federal, habiendo en consecuencia, sólo inocentes intentos de reforma. Por ello, sería de mucha utilidad establecer un criterio armónico entre las legislaturas locales, para plasmarlo en los códigos procesales penales de la República.

En este sentido, el Doctor Luna Castro advierte sobre la potencial continuidad de una problemática “derivada de la pluralidad de codificaciones y que es mayor de lo que pareciera comprenderse por parte de los órganos legislativos facultados para lograr una verdadera transformación sistemática de las funciones de procuración e impartición de justicia, pero atendiendo también a la finalidad de procurar lo más posible el respeto a los principios y características de un derecho penal propio de un estado democrático y constitucional de derecho, como los de seguridad jurídica, proporcionalidad, certeza, taxatividad, entre otras derivaciones de la legalidad que consagra la constitución mexicana como derecho fundamental de los gobernados.”⁴³³ Dicho juzgador concluye que lo ideal sería:

“(…) lograr una identidad normativa de la sociedad mexicana, por lo menos en materia del proceso penal y a través de la unificación de la

⁴³³ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, pp. 207 y208.

normatividad respectiva, vinculada esencialmente, no con cualquier disposición procedimental sino con aquellas que constituyen ‘garantías’ o mejor dicho derechos fundamentales de naturaleza constitucional penal enmarcados en el contexto del debido proceso, lo cual, creemos, evitaría, o por lo menos reduciría en gran medida, gran parte de los problemas a los que se ha hecho referencia (Disparidad de criterios).”⁴³⁴

Esta medida conlleva un reto político de enormes proporciones (mucho mayor incluso, que la homologación de criterios judiciales, donde persiste el factor del “egocentrismo intelectual” de algunos jueces), pues deberá superarse la vaga noción que se tiene sobre el concepto de **“soberanía limitada”** de las entidades federativas, que deberá reestructurarse, imponiéndole límites muy claros como el consistente en **“evitar la disparidad de conceptos legales que atenten contra los derechos fundamentales del individuo”**; por ejemplo, la **libertad personal**.

Esto no significa, en lo absoluto, que el **“ejercicio del poder político”** de las entidades federativas disminuya en forma alguna, aunque sin duda, sería necesario llevar a cabo debates para resolver discrepancias y que pueda convertirse en una realidad. Ese poder político tendrá que irse acotando de forma muy específica, porque en casos como el presente, no existe más que un **“mero capricho legislativo”** y no un ejercicio consciente del mismo. Lo anterior implica un pragmatismo jurídico, pues la confusión conceptual puede ser resuelta tomando en cuenta las posibles consecuencias o implicaciones prácticas que resultarían en la *praxis* jurídica, de manera que su significado derive de la generalidad de los resultados que ocurrirían.

En fechas recientes esa limitación del poder soberano fraguó finalmente en el ámbito legislativo, previa reforma al artículo 73 Constitucional fracción XXI inciso c), el cual establece como facultad exclusiva del Congreso, el poder expedir “la legislación única en materia procedimental penal” para la República en el orden federal y en el fuero común.⁴³⁵

⁴³⁴ LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 209.

⁴³⁵ Consultado en la página de la Cámara de Diputados en fecha 20 de junio de 2014 a las 14:00 hrs. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_170614.pdf

Así, en fecha cinco de diciembre de dos mil trece, por unanimidad de 104 votos, el Senado aprobó “**el proyecto de Código Nacional de Procedimientos Penales**”, que consta de 489 artículos, distribuidos en dos libros, de los cuales, el Libro Primero contiene 6 Títulos y el Segundo 13 Títulos. La Cámara de Diputados, que actuó como Cámara revisora, sometió a discusión, en lo general, el proyecto en fecha cinco de febrero de dos mil catorce, siendo finalmente aprobado, tras siete horas de discusión y tras desechar 72 reservas, en fecha cinco de febrero de dos mil catorce, sin cambio alguno del proyecto proveniente de la Cámara de origen.

Lamentablemente, el Código finalmente aprobado no precisa qué debe entenderse por “*el hecho que la ley señale como delito*”, limitándose solamente a señalarlo como un requisito en las actuaciones de investigación del Ministerio Público, así como para librar el citatorio, la orden de comparecencia o de aprehensión y dictar el auto de vinculación a proceso, en su caso. Si acaso, puede rescatarse el que el nuevo Código imponga como obligación del Ministerio Público la consistente en especificar “el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente” (art. 141).⁴³⁶

A su vez, el penúltimo párrafo del artículo 316, que establece los requisitos para el auto de formal prisión, señala que “el auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, el juez de control podrá otorgarles una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa”. El diverso artículo 318 establece que “el auto de vinculación a proceso establecerá el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso o se determinarán las formas anticipadas de terminación del proceso, la apertura ajuicio o el sobreseimiento.”

⁴³⁶ Consultado en la página de la Cámara de Diputados en fecha 20 de junio de 2014 a las 15:00 hrs. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_170614.pdf

Como siempre, el legislador delegó su obligación de otorgar certidumbre jurídica en el proceso penal a la interpretación jurídica de nuestros Tribunales; los resultados de reiterada práctica del legislador son de todos conocidos. Es difícil anticipar el criterio que pudiera tomar nuestro Máximo Tribunal; sin embargo, será suficiente con que no opte por la cómoda postura de una ambigüedad conceptual.

CAPÍTULO IV

EXIGENCIA PROBATORIA

Quedan en claro las posibles interpretaciones que puede tener el “hecho que la ley señale como delito”; sin embargo, quedaría pendiente la precisión del nivel probatorio que le resulta aplicable, que implica distinguir, lo más nítidamente posible, las razones que permitan afirmar la existencia de elementos convictivos suficientes sobre la posible o probable existencia de un delito; esto es, debe precisarse el concepto de “**nivel de exigencia probatoria**”, que implica el establecimiento de un límite concreto a la actividad procesal-punitiva del Estado.

Por la gran importancia que reviste en el plano práctico y en busca de una mayor precisión terminológica, consideré apropiado dedicar un capítulo para analizar por separado esta cuestión de carácter estrictamente procesal, de la propiamente sustantiva, que se analizó previamente; por ello, consideré la inclusión de algunos temas selectos de derecho probatorio.

B) Temas de Derecho probatorio aplicables

a) Del indicio como medio de prueba

En términos generales puede concebirse al indicio como un medio de prueba formal (puesto que deriva del pensamiento lógico; concretamente, de las reglas del razonamiento deductivo) y subordinado (en tanto deriva de una prueba “principal” o “autónoma”, que acredita un hecho en concreto), cuya función se centra en “auxiliar”, “complementar” o “perfeccionar” la eficacia convictiva de otros medios de prueba, débiles o inconcluyentes por sí mismos.

El origen etimológico de su denominación proviene del latín “*indicium*”,⁴³⁷ cuyo significado es “indicación”; de ahí que se afirme que esta prueba “*indique*” la probable existencia de un hecho “incierto” o “desconocido”, a partir de “*inferencias lógicas*” (usualmente guiadas por las *máximas de la experiencia* o criterios de *causalidad filosófico-naturalistas*) que derivan de la apreciación de un hecho previamente conocido y estimado como “cierto”, consideración que se hace extensiva a los objetos y las personas. En este sentido, también puede entenderse al indicio como una “*conjetura*”, cuya función se concreta en la indagación y descubrimiento de un hecho desconocido.

La eficacia de esta prueba depende del grado de conexión que exista entre el “**hecho inquirido**” y el “**hecho conocido**”. Si la relación entre ambos es tan próxima que pueda considerarse forzosa, se estará en presencia de un “**indicio fundamental**”, pero si la relación entre ambos es insegura o al menos compatible con diversas hipótesis explicativas, se estará en presencia de un “**indicio accidental**”; éstos últimos siempre serán insuficientes para fundar una sentencia de condena, por muchos que sean. La conclusión a la que se llegue, en todo caso, estará fundada en la exclusión de las hipótesis causales-explicativas menos factibles, dejando sólo aquellas que habitualmente ocurrirían en la vida diaria; de ahí que no pueda considerársele como una prueba azarosa.

Por ejemplo, el contrato simple de compraventa, el testigo “único”, las placas fotográficas, los estudios de personalidad criminológica, los testigos de “capacidad económica” y de “propiedad”, el testigo “*de oídas*” las “huellas digitales” y los “partes policiacos”, no prueban “*per se*” la existencia de un hecho por su menguada eficacia probatoria, pero sí pueden crear una “*conjetura*” (aunque débil) del hecho delictivo. Ahora bien, pueden existir pruebas que, por su recóndita posibilidad de existencia en la práctica, constituyen una opción inverosímil; por ejemplo, las copias fotostáticas “*simples*” o la “*denuncia anónima*”, que dada su mínima confiabilidad, produciría una resolución injusta por el alto grado de desconfianza que generarían. Como sea, siempre será necesario realizar

⁴³⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión en línea, voz *indicio*, <http://lema.rae.es/drae/?val=indicio>, consultado el 20 de junio de 2014 a las 17:00 hrs.

una valoración conjunta de esta prueba, pues cada indicio, valorado por separado, propiciará incertidumbre y, consecuentemente, un fallo injusto.

Ahora bien, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a esta prueba se le conoce como **prueba circunstancial** y, aunque en menor medida, también como **prueba presuncional** (esto último, debido a una forzada explicación doctrinal de esta prueba, más que por propio convencimiento de los autores o por su naturaleza procesal); sin embargo, ésta última denominación resulta procesalmente inadecuada porque puede confundirse con las “*presunciones de culpabilidad*”, actualmente proscritas a nivel constitucional e internacional, amén que su uso es preferido usualmente en la terminología procesal civil. Vale decir que no soy partidario de emplear las palabras: “*vestigios*”, “*rastros*” o “*pistas*” para referirme a esta prueba, por su propia y limitada connotación terminológica.

En la actualidad, constituye la “prueba reina” en materia penal, dada la natural tendencia a cometer la acción delictiva en forma oculta y silenciosa, de modo que resulta un elemento de convicción imprescindible para *descifrar* las *piezas faltantes* del “rompecabezas delictivo”, aquellos que sin la ayuda de esta prueba, seguirían escondidos para el intelecto humano.

Ahora bien, esta prueba ha sido objeto de estudio desde hace mucho tiempo; por ejemplo, en el siglo XVIII el filósofo y jurista inglés Jeremías Bentham⁴³⁸ había definido a la prueba **circunstancial**, de forma muy amplia y ligeramente enredada, como “aquella que se deduce de la existencia de un hecho, o de un grupo de hechos, que teniendo una aplicación inmediata con el hecho principal, conducen a la conclusión de que este hecho ha existido. La distinción entre *hecho* y *circunstancia* no es más que relativa a un caso dado, pudiendo todo hecho con respecto a otro ser llamado circunstancia.” De este modo, “las circunstancias son, pues, unos hechos que en cierto modo están colocados en derredor de algún otro hecho: hecho cualquiera para objeto del discurso pudiendo ser considerado como un centro, cualquiera otro hecho podrá considerarse como citado ya fuera de aquel.”

⁴³⁸ BENTHAM, Jeremías. *Op. Cit.*, p. 221 y 222.

El mérito de este jurista consistió en llevar a cabo un exhaustivo análisis de las debilidades y fortalezas que conciernen a esta prueba, un esfuerzo bastante considerable para su época. Consideró que había grados en los que las pruebas “*persuadían*” a las personas sobre la existencia de un hecho accesorio con respecto al principal. Su criterio tenía una marcada tendencia filosófico-naturalista y su postura partía de considerar que esta prueba se encuentra “siempre fundada en la analogía”, pues como sostiene, “en la cadena infinita de las causas y de los efectos, aunque no puedan ser contemplados en toda su extensión, se pueden asir con bastante certidumbre algunos fragmentos desunidos, y pasar de un anillo a otro”.

Sin embargo, el defecto más notable que tuvo este autor, fue el desconocimiento de las reglas fundamentales del pensamiento inductivo, dado que la “*intuición*”, por mucho que se quiera justificar como un medio para obtener un resultado objetivo (aun estimándola “*casi uniforme*”), no deja de ser un argumento endeble por la basta subjetividad con la que puede manejarse. Dicho autor sostenía que:

“(…) pronunciar que un acontecimiento hace fe por otro acontecimiento, es formar un juicio fundado en la analogía; analogía que ella misma se funda en la experiencia. Pero es necesario confesar que este modo de juzgar puede considerarse como una especie de instinto, tanto por la prontitud de su operación, como por la dificultad y la imposibilidad de hallar reglas para dirigirle. Este instinto que guía a los hombres tan últimamente, sería causa de su desesperación, sino fuese casi uniforme en todos; y en efecto serian nulas todas las probabilidades, pues cuanto pudiera decirse sobre la mutua relación de los fenómenos, sería una cosa vana, si se partiese de la suposición que dos hechos que parecen enlazados de una cierta manera al modo de observar de un individuo, pareciesen unidos de otra manera al juicio de otros.”

A pesar de este tropiezo, merece la pena destacar la importante clasificación que realiza este jurista inglés y que atiende al valor intrínseco de cada indicio, según que el hecho principal se vuelva probable en mayor o menor medida. Distingue pues, entre hechos de carácter “**infirmativo**” (que disminuyen o desprobabilizan la existencia del hecho principal) de los de tipo “**corroborativo**”

(que aumentan la probabilidad o probabilizan el hecho principal), que al ser valorados correctamente conducen hacia la justicia, pues en caso contrario, “si un solo hecho corroborativo se omite, o se valúa en menos de su justo valor, el culpable puede escapar de la pena que merece; y si un solo hecho informativo se olvida o se evalúa en menos de lo que vale, el inocente puede ser condenado.”⁴³⁹

En este sentido, el tratadista inglés formuló una lista de observaciones sobre la fuerza convictiva que tiene la prueba circunstancial, que a pesar de su antañona formulación, no pierde vigencia del todo en nuestros días, gracias por el sólido sustento filosófico con el que cuenta y que se transcribe a continuación:

“1.- Afirmar que un hecho es más o menos probativo respecto del hecho que se dice principal es afirmar su más o menos conexión con este hecho. El grado de fuerza probativa es lo mismo que su grado de conexión: estas dos expresiones son equivalentes.

2.- La fuerza probativa o la intimidad de conexión entre hechos y hechos, siendo puramente relativa para el que los examina, todo lo que se expresa por esta palabra, no tiene otro significado más que una fuerte persuasión de parte suya, persuasión aplicada a la prueba en cuestión, esto es, a la prueba circunstancial.

3.- En todos los casos, el grado de fuerza probativa podría expresarse por número, así como se expresan los grados de probabilidad matemáticamente, esto es, por un número respecto de otro. Pero esta fórmula científica sería más especiosa que útil; pues estos grados de fuerza no son ni uniformes ni permanentes, variando según las diversas especies de pruebas circunstanciales.

4.- Hechos testimoniales de la misma especie pueden combinarse de tan diversas maneras, que tendrán una fuerza probativa muy diferente, según los diversos casos.

5.- La grande utilidad de las consideraciones infirmativas consiste en ofrecer un criterio relativamente a la fuerza concluyente de una prueba dada.

6.- Para juzgar si con respecto al hecho principal, un hecho circunstancial dado es o no concluyente, examínense primero todas las consideraciones afirmativas que puedan aplicársele.

7.- Es decir, indáguese si en el orden de los hechos posibles, hay alguno, que suponiendo en el caso en cuestión su existencia

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 224.

realizada, hiciese la existencia del hecho principal menos probable. Si se encuentra alguna suposición infirmativa de este género, la fuerza probativa del hecho circunstancial no es concluyente.

8.- Pero si después de apurado el examen, no puede descubrirse ninguna suposición infirmativa de esta especie, entonces en aquel caso particular, y atendido el estado de persuasión de quien lo examina, la fuerza probativa es concluyente.

9.- Si al mismo hecho circunstancial se aplican diferentes suposiciones infirmativas, teniendo todas la misma probabilidad, la suma de las fuerzas infirmativas será como su número.

10.- En cadena de pruebas compuesta de un gran número de eslabones, cuantos más sean los eslabones intermedios entre el primer hecho circunstancial y el hecho principal, tanto menor es su fuerza probativa respecto de éste. ¿Por qué? Porque para cada uno de estos hechos que forman la cadena, existen circunstancias infirmativas que le son aplicables.

11.- Es, pues, una precaución necesaria que cuando se verifica este encadenamiento, no debe dejarse pasar ningún anillo intermedio sin examinar las circunstancias infirmativas que le corresponden.

12.- La fuerza probativa de cada hecho circunstancial, aplicado al hecho principal, aumenta la fuerza de los demás.

13.- Pero no es esta una razón para inferir que la fuerza probativa de todos estos hechos sea uniformemente como el número de estos mismos hechos.

14.- Examinado, por ejemplo, el cuadro de los hechos circunstanciales, que se referirán a un delito, como a su hecho principal común, se verá más de un caso en que dos hechos que aislados no tienen fuerza probativa, si se reúnen, adquieren un grado de esta misma fuerza considerable; y tan considerable, que a falta de pruebas contrarias, parecerá del todo concluyente.”⁴⁴⁰

El notable esfuerzo del autor por dotar de contenido a esta prueba, utilizando un lenguaje más gráfico (anillos intermedios, eslabones, encadenamiento), facilita su explicación y su entendimiento en cierto modo, al tiempo en que permite justificar su autonomía; sin embargo, esta larga lista puede sintetizarse hoy en día de forma más contundente.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, pp. 280 a 282.

Como muestra de ello, el erudito procesalista argentino José Ignacio Cafferata Nores,⁴⁴¹ tras definir a esta prueba como el “hecho o circunstancia del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro”, precisa que su **fuerza probatoria** reside “en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se puede demostrar”. En este sentido, considera que la **“univocidad” del indicio** comprende una relación necesaria entre el hecho “indiciario” y el “indicado”, de modo que no pueda ser relacionado con otro hecho. Por el contrario, si la relación entre el hecho indiciario y el hecho indicado es contingente porque admite una explicación compatible con otro hecho distinto del indicado, o al menos no es impedimento para ella, se estará en presencia de un **“indicio anfibológico”**.

Para este autor⁴⁴² el indicio se constituye como un razonamiento de tipo lógico-experimental, al expresar que la prueba indiciaria surge “como fruto de una relación con determinada norma de la experiencia, en razón de una operación lógica con carácter silogístico, tomando como premisa menor al hecho indiciario y como premisa mayor a la enunciación basada en la experiencia común; así, la conclusión que resulta en un indicio, se encuentra provista de fuerza probatoria derivado de la relación que exista entre ambas”. Consecuentemente, estima que la eficacia de esta prueba depende de que “el hecho constitutivo del indicio se encuentre fehacientemente acreditado, así como del grado de veracidad objetivamente comprobable, de la enunciación con la cual se confronta aquel y de la corrección lógica del enlace entre ambos términos.”

Con base en lo anterior, el autor concluye que **sólo el indicio unívoco puede producir certeza** y resulta suficiente para una sentencia condenatoria, mientras que **el indicio anfibológico** (donde existe una relación meramente contingente entre el indicio y la conclusión), **tornará meramente probable el hecho indicado** y en ningún caso resultará suficiente para una condena.

⁴⁴¹ CAFFERATA NORES. *Op. Cit.*, pp. 192 y 193.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 193.

Esta distinción se torna relevante en nuestro Sistema de Enjuiciamiento ya que, tanto la ley como la jurisprudencia, han hecho énfasis reiterado en los requisitos que deben cumplir los indicios unívocos para fundar correctamente una sentencia de condena, pero no así en lo que respecta a la otra clase de indicios (innecesarios, inciertos o anfibológicos). Como ejemplo de lo anterior, puede observarse el siguiente criterio aislado:

“PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. NO PUEDE INTEGRARSE PARA CONSIDERAR DEMOSTRADA EN FORMA PLENA LA MATERIALIDAD DEL ILÍCITO, SI EXISTEN UNA SERIE DE INDICIOS QUE NO FAVORECEN AL ACUSADO, Y OTROS QUE LO BENEFICIAN. (CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). El tratadista Carlos Hidalgo Riestra, en su obra *Derecho Procesal Mexicano, Primera Edición 1986, Guadalajara, Jalisco, México*, opina que: "la prueba circunstancial se funda en la demostración de los indicios que por su íntima relación, llevan al juzgador a la certeza de un hecho que desconoce; esto es, que mediante un proceso de orden intelectual, establece una relación entre lo que conoce (indicios) y lo que desconoce (la verdad histórica buscada en el proceso) y ello le basta para absolver o condenar y en su caso para aplicar las penas en la medida que señala la ley." De lo anterior se llega al conocimiento de que la prueba circunstancial es apta tanto para absolver como para condenar al acusado. Ahora bien, el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales estatuye: "Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que existe entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena." Esto significa que para que la prueba circunstancial pueda tener pleno valor acreditativo, deben existir una serie de indicios que de manera lógica permitan inferir la comisión del evento delictivo. Sentado lo anterior, es conveniente formular la siguiente reflexión: Hay casos en los que si bien existen ciertos indicios que pudieran presumir la comisión de un delito, en contrapartida, existen otros que pudieran determinar que el ilícito no se perpetró. Esta situación puede provocar una duda razonable sobre la realización del hecho delictivo. Ahora bien, si existen tanto una serie de indicios que no favorecen al acusado, como otros que le benefician, y unos y otros tienen más o menos el mismo valor convictivo, resulta evidente que no puede integrarse la prueba circunstancial para considerar demostrada en forma plena la materialidad del ilícito. Lo anterior es axiomático: si

hay duda sobre la comisión de un ilícito es obvio que no puede estimarse plenamente probado el tipo delictivo.”⁴⁴³

A este respecto, el jurista argentino Enrique Palacio Lino plantea la interesante propuesta de establecer cuáles son los requisitos de los indicios que permiten fundar una sentencia definitiva, debiendo ser: “1) *ciertos* y no meramente hipotéticos o conjeturales, de modo tal que deriven de pruebas directas e inmediatas (inspección judicial, documental, testimonial de primer grado, confesoria e informativa) que acrediten el hecho constitutivo del delito. 2) *varios*, no siendo aplicable en materia penal la tesis de que un indicio único puede resultar suficiente para acreditar la existencia de un hecho cuando aparece fundado en reglas naturales o constantes. 3) *precisos*, lo cual no sólo requiere que entre el hecho o hechos probados y el deducido medie una conexión directa, sino que entre ellos se establezca una coordinación lógica. 4) *concordantes*, es decir, no excluyentes y conformar por ende, entre sí, un conjunto coherente y homogéneo.”⁴⁴⁴

En el ámbito nacional, para el extinto juzgador Doctor Guillermo Colín Sánchez el indicio comprende “todo hecho, elemento, circunstancia, accidente o particularidad que guarde un nexo de causalidad con los elementos del delito, del tipo, y con los probables autores de la conducta o hecho”.⁴⁴⁵ Parte de la premisa de que este medio de prueba surge, necesariamente, “de la *conducta humana*”, porque el hombre es el destinatario de la ley penal; de ahí que considere al indicio como “*toda mutación que la realización del delito deja en el mundo exterior*”.

No obstante ello, el autor en cita concluye –ya de modo más amplio, aunque también bastante inexacto– que “*indicio, es todo aquello que puede conducirnos al conocimiento de la verdad*” y considera que “todo medio de prueba es indicio; independientemente del valor procedimental que, en su oportunidad, sea capaz de producir”, sean “declaraciones, careos, documentos, etc.” Sin embargo, realiza una clasificación bastante extraña, confusa y equivocada de los

⁴⁴³ Época: Novena Época Registro: 202730 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo III, Abril de 1996 Materia(s): Penal Tesis: VI.3o.18 P Página: 440.

⁴⁴⁴ PALACIO LINO, Enrique. *La prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 27 y 28.

⁴⁴⁵ CFR. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 537.

indicios en “anteriores”, “concomitantes” y “posteriores”, de los cuales, “los indicios *anteriores y posteriores*, facilitan establecer la responsabilidad penal presumible y plena del hombre, y los indicios *concomitantes*, a la existencia del cuerpo del delito, en virtud de que estos últimos, son los productores de la mutación en el mundo exterior, al ligarse de manera directa e inmediata la conducta del hombre con la producción del resultado criminal.”⁴⁴⁶

No veo la trascendencia de equiparar al resultado “criminal” con los indicios, ni mucho menos el que la “posible” o “plena” responsabilidad penal del imputado sea motivo para una clasificación doctrinal de los mismos, pues es claro que podría variar (y de hecho varía) el valor convictivo que proporcionan, partiendo de las posibles conexiones que existan entre el hecho inquirido y el hecho conocido.

Cabe señalar que en nuestra doctrina nacional, existe la idea persistente de no confundir los indicios con las presunciones, en tanto los primeros se refieren a las pruebas allegadas al proceso de las cuales derivan las segundas, como una actividad intelectual del juzgador.

En tal sentido, el prestigiado jurista guerrerense, Doctor Jesús Martínez Garnelo, (quien considera que en la actualidad el estudio de esta prueba, ha dado lugar a la “*ciencia indiciológica o teoría circunstancial*”), considera que el indicio es “un hecho conocido del cual se da otro desconocido mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica y crítica, basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos y técnicos”. En este tenor, considera que los indicios “constituyen elementos esenciales conformados por hechos y circunstancias conocidas que se utilizan como base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos, hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde la óptica casual o lógicamente.” Asimismo, afirma la autonomía de la prueba indiciaria *prueba reina en materia penal*, negando la posibilidad de considerarla como “de aplicación supletoria o subsidiaria” y estima que esta prueba “requiere un hecho indicador, un razonamiento correcto en aplicación de las reglas de la ciencia,

⁴⁴⁶ *Ibidem*, pp. 539 a 541.

técnica y la experiencia, una pluralidad, concordancia y convergencia de indicios contingentes, y la ausencia de contraindicios consistentes”.⁴⁴⁷

Posteriormente, agrega que “el indicio es un hecho probado que sirve de medio de prueba (...) para presumir la existencia de otro hecho; esto es, el dato o indicio ya demostrado no es apto para probar ni mediante un hecho, sino que es útil para apoyar a la mente, en su tarea de razonar silogísticamente.”⁴⁴⁸

Cabe tener en cuenta que para el citado tratadista existe una importante diferencia entre “la prueba de indicios” de “la presunción” (“juicio lógico del legislador o del Juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos”⁴⁴⁹). En este sentido, dicho autor precisa que no debe confundirse el indicio con la presunción, dado que “el indicio es un hecho conocido, susceptible de llevar racionalmente al conocimiento de otro desconocido, en virtud de la relación existente entre ambos”, mientras que la “presunción es la consecuencia obtenida, por inferencia inductiva, o deductiva según los casos, del hecho conocido”, es decir, se trata de “la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido.”⁴⁵⁰ Al respecto, cabe de decir que, aunque la distinción parece no ser del todo convincente, resulta, en cierta medida, plausible el intento por sistematizar el conocimiento sobre esta prueba.

Por su parte, el extinto jurista Manuel Rivera Silva⁴⁵¹ consideraba al indicio como “un hecho conocido del cual se infiere necesariamente la existencia de otro desconocido llamado presunción.” Debido a ello, le negó la calidad de *prueba especial* a la presunción, considerándola únicamente como “una forma de apreciación de los hechos conocidos” o “interpretación de los hechos con las leyes

⁴⁴⁷ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús. *La prueba indiciaria presuncional o circunstancial en el nuevo Sistema Penal Acusatorio*, Porrúa, México, D.F., pp. 129 a 133.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, 498 y 499.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, 502.

⁴⁵¹ RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento Penal*, Porrúa, México, D.F., 2009, 38a. edic., pp. 279 y 280.

de la razón”; por ello, apuntaba que las presunciones no se podían llevar como pruebas al proceso, sino que se ofrecían en los datos que los otros medios probatorios habían aportado. Es decir, para este autor la presunción, al no ser una prueba en específico, “no tiene periodo ni forma especial de recepción y es ofrecida y recibida en el momento de la sentencia, es decir, cuando se hacen juicios sobre los datos existentes.”

Refiriéndose a “*la prueba presuncional*”, que critica por carecer de ese “grado de autonomía”, la entiende como el juicio lógico que deriva de los indicios; así, considera que su denominación correcta sería “*inducción reconstructiva*” y le otorga tres elementos sustanciales: a) un hecho conocido (el indicio); b) un hecho desconocido (presunción); y c) un enlace necesario (que no puede suceder de otra manera) entre el hecho conocido y el desconocido.⁴⁵²

Adicionalmente, agrega que la presunción debe gozar de las características de objetividad (en tanto el juez sólo la descubre y no la crea, ni valora según su estimativa peculiar, sino que descubre a través nexos objetivos), singularidad (en virtud de que no se trata de suposiciones –que lleva mucha subjetividad implícita– múltiples sobre la misma cosa) y racionalidad (porque el descubrimiento de la presunción está sujeto a las leyes lógicas).⁴⁵³

En igual sentido que las opiniones anteriores se encuentra el jurista Doctor Fernando Arilla Bas, quien señala que no deben confundirse los indicios con las presunciones, pues “el indicio es un hecho conocido, susceptible de llevar racionalmente al conocimiento de otro desconocido, en virtud de la relación existente entre ambos”, mientras que la presunción “es la consecuencia obtenida, por inferencia inductiva, o deductiva según los casos, del hecho conocido.”⁴⁵⁴

Por su parte, el Doctor Carlos Barragán Salvatierra,⁴⁵⁵ considera que la presunción es el resultado del estudio y valoración de los indicios, que define como aquellas circunstancias, señales, signos, rastros o huellas que sirven de

⁴⁵² *Ibidem*, p. 280 y 281.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 281 y 282.

⁴⁵⁴ ARILLA BAS, Fernando. *Op. Cit.*, p. 43.

⁴⁵⁵ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Op. Cit.*, pp. 479 y 480.

antecedente para presumir que un hecho o acto pudo suceder o ha sucedido o como toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga y que permite inferir su existencia. Posteriormente precisa, en términos más simples, que todo hecho que guarde relación con otro puede ser llamado indicio.

Posteriormente, el autor citado aclara que “el indicio es la representación probada de un hecho pasado o de algo que sucedió, que se incorpora al proceso para ser valorado como medio para probar el hecho que se indaga, por lo mismo, no se debe confundir el dato indiciario, que es exterior e inmóvil, con su valoración, que es el movimiento intelectual que se produce en el fuero interno del juez y equivale precisamente a la presunción.”⁴⁵⁶

b) Los grados de convicción

Uno de los problemas capitales a los que se enfrenta el legislador, al momento de estructurar las normas que dan vida al Sistema de Enjuiciamiento Punitivo se refiere, fundamentalmente, al concepto de “*suficiencia probatoria*”, que en conjunto con el diverso de “*hecho con apariencia delictiva*”, pueda legitimar los dos actos más trascendentales de la jurisdicción punitiva primaria: I) la orden de captura; y II) la orden de apertura del proceso. En términos concretos, esto se traduce en la fijación de una regla específica relativa al cúmulo de pruebas necesarias para estimar que la **persuasión primaria** del Órgano Jurisdiccional se encuentre legitimada o, dicho de otro modo, se trata de delimitar el significado del “**nivel probatorio preliminar**” o “**grado de convicción preliminar**”, a fin de que dicha estimación pueda expresarse de forma clara y concisa.

Si bien las variables probatorias pueden ser infinitas y su valoración comprende una facultad discrecional por parte del Órgano Jurisdiccional, donde no existen “unidades” como cuando se miden longitudes, áreas o volúmenes, tratándose del ejercicio de un poder público concreto debe existir una limitación

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 485.

objetiva que evite cualquier tipo de arbitrariedad, especialmente si lo que está en riesgo es la libertad individual.

La precisión de tan delicada cuestión representa un verdadero reto para quien se proponga esta compleja tarea; sin embargo, ello no debiera ser un impedimento para alcanzar dicho fin porque, precisamente esa ambigüedad conceptual, es lo que ha generado una deficiente regulación legal en nuestro país (valdría decir: nunca ha existido, al menos no como tal) con su consecuente incertidumbre prolongada en la práctica jurisdiccional, gracias a la amplísima interpretación que permite que cada persona pueda otorgarle una connotación diferente según su criterio, de inclinación mayormente autoritario o garantista, según sea el caso.

En vista de ello y con la intención de proveer un significado que ayude a resolver el problema de indeterminación y otorgue mayor certidumbre jurídica, propongo una fórmula legal que pueda emplearse en todos los casos y permita medir “objetivamente” el criterio de la autoridad para cortar los amplios márgenes de subjetividad que implica esa “convicción preliminar”. Para lograrlo, será necesario analizar en qué consisten los diversos grados probatorios (o “medidas de valoración probatoria”), distinguiéndolos de la manera más concreta posible. Esto implica, desde luego, un intento de racionalización del poder público que queda sujeto al escrutinio dogmático y que, en su momento, podrá ser perfeccionado.

Al referirse a los “*grados de convicción judicial*”, Enrique Palacio Lino distingue la **certeza**, la **probabilidad** y la **duda**, señalando que “mientras la certeza se caracteriza como el estado psicológico del juzgador en cuya virtud éste llega a abrigar la plena convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho inculcado y de la participación o no del imputado en su producción, la probabilidad entraña en cambio una suficiente aproximación a ese estado, que excede por lo tanto a la apreciación de una mera posibilidad. La duda, por el contrario, aparece conformada cuando el juez, frente a la ausencia o insuficiencia

de prueba, no se encuentra en condiciones de formular un juicio de certeza ni de probabilidad, positivo o negativo, acerca de los mencionados extremos.”⁴⁵⁷

De opinión diversa es el Doctor Javier Jiménez Martínez, para quien existen las cuatro fases siguientes para llegar a la certeza: a) la ignorancia; b) la sospecha; c) la duda; d) la certeza”.⁴⁵⁸

En mi opinión, puede hablarse de cuatro niveles de convicción: I) la sospecha; II) convicción liviana; III) convicción robusta o semiplena y; IV) certeza. Paso a explicar en qué consiste cada uno de ellos.

1. La sospecha

La sospecha comprende una apreciación sin fundamento, porque no requiere de pruebas que la justifiquen, sino que se limita a una simple “suspiciación” o “suposición”, producto de la imaginación, lo que genera conclusiones inverosímiles y un absoluto estado de incertidumbre probatoria; máxime cuando puedan existir posibles recelos o malicia en la persona que realiza esta apreciación. Se habla así de la “*noticia criminosa a título informativo*”, donde la búsqueda de pruebas por el Fiscal queda relegada ante un cúmulo de “intuiciones convictivas”.

Como es sabido, este peculiar y aborrecible nivel probatorio fue el fundamento de la acusación durante el periodo de la Santa Inquisición, donde bastaba el simple señalamiento de una persona “sospechosa” de herejía o blasfemia para ser candidata a la pena capital.

Por su parte, el Doctor Javier Jiménez Martínez considera que “sospechar significa: aprehender o imaginar una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad” y agrega que la sospecha puede traer como consecuencia la

⁴⁵⁷ PALACIO LINO, Enrique. *Op. Cit.*, p. 14.

⁴⁵⁸ JIMÉNEZ MARTÍNEZ JAVIER. *Aspectos básicos sobre la prueba en el Juicio Oral, Ensayos de recopilación para una antología*, Editorial Raúl Juárez Carro, S.A. de C.V., 2011, p. 209.

inspección (de personas o vehículos), al mismo tiempo que avala el inicio de una investigación por parte del ministerio público.⁴⁵⁹

Aunque en la actualidad este término se emplea en sistemas de derecho anglosajón como los Estados Unidos de Norteamérica, no obsta decir que su utilización en nuestro país resulta totalmente inaceptable y sancionable desde el punto de vista procesal, porque equivaldría a la “falta absoluta de prueba”.

2. Convicción liviana

Si bien el indicio constituye un medio de prueba en estricto rigor procesal, que la legislación y la jurisprudencia han regulado de tal modo, es común que en la práctica se utilice como sinónimo de “nivel de convicción mínimo”, en contraposición a un “nivel pleno”.

Esto significa, en términos prácticos, que el ánimo del juzgador se caracteriza por ser “*bastante liviano*” y se justifica al amparo de simples “atisbos probatorios”, precariamente sostenidos, y una “*pobre justificación*” del criterio en que se apoya. Dicho de otro modo, se trata de un grado de convicción “*ínfimo*”, “*exiguo*” o “*superficial*”.

Expresado en términos gráficos, este nivel se encuentra en un punto equidistante entre la absoluta falta de convicción y el nivel semipleno de prueba.

En cualquier caso, este nivel no justifica, ni podrá justificar nunca, la intervención punitiva primaria, por la frágil protección que implica para la libertad personal, el amplio margen de arbitrariedad al que da pie y el precario respaldo con el que contarían las decisiones provisionales de la autoridad jurisdiccional.

3. Convicción semiplena

Este nivel es importantísimo en la configuración de cualquier Estado de Derecho, pues implica un auténtico filtro a la intervención punitiva primaria. En términos generales, puede entenderse como la exigencia de “sólidos” elementos

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 211 y 212.

de prueba que permitan establecer, con meridiana claridad, la existencia de una conducta delictiva y la responsabilidad del imputado; esta solidez no constituye, de ningún modo, una “profunda convicción”, sino que implica un conjunto de pruebas “idóneas”, “consistentes” y “unidireccionalmente uniformes”, de modo que al ánimo se incline más hacia el lado de la acusación y no hacia el de la defensa. Sólo aquí resulta válida cualquier conjetura verosímil sobre la “posible existencia” del hecho punible y su responsable; esta posibilidad “real” es lo que se denomina “*convencimiento preliminar semipleno*”.

Con base en lo anterior, deben satisfacerse dos condiciones mínimas:

- a) que las pruebas de cargo, no sean “eficazmente” contradichas por otras de igual o mayor peso convictivo que las aportadas por la defensa; y
- b) que la resolución que dicte el órgano jurisdiccional, donde valore aquéllas, “*resista*” todas las objeciones formuladas por la defensa.

Obviamente, lo anterior significa el irrestricto cumplimiento al **principio de exhaustividad** por parte del Órgano Jurisdiccional, pues deberá valorar todo el cúmulo probatorio existente en un **contexto holístico**.

Sólo siguiendo estos lineamientos, podrá *sostenerse* o *sustentarse* (y no *suponer* ni *sospechar*) la “**verosimilitud aparente**” del hecho y del responsable. Dicho en otros términos, el Órgano Jurisdiccional *percibe la actividad ilícita sin realizar un enorme esfuerzo cognitivo*, como ocurre cuando se dicta el fallo definitivo.

Si tuviera que expresarse gráficamente, este nivel se encuentra en un punto equidistante entre lo “exiguo” o “nimio” y lo “pleno” o “indubitable”. Esta ubicación ideal, permite afirmar su doble función dentro del Sistema Procesal Punitivo:

- I. por un lado, mantiene un equilibrio entre la obligación estatal de perseguir al delincuente (correlativa del derecho de la víctima u ofendido de acceder a la justicia penal) y el respeto a la libertad y dignidad humanas del imputado (para no ser objeto de molestias infundadas); y

- II. establece un punto de partida “concreto” para el inicio del debate jurisdiccional, a fin de que el gobernado conozca “puntualmente” las pruebas que sustentan la imputación ministerial que pesa en su contra y pueda preparar adecuadamente su defensa dentro de juicio.

Esto representa un esquema totalmente aceptable porque existe un porcentaje idéntico de posibilidades de acreditar o no plenamente el hecho delictivo y, consecuentemente, el nivel de riesgo es igual para ambas partes (Órgano Persecutor e imputado), lo que no sólo proporciona equidad procesal, sino que sienta un firme anclaje al desarrollo del enjuiciamiento posterior.

Traducido a la práctica, lo anterior significa que, a partir del dictado de las resoluciones que afecten provisionalmente la libertad, el ánimo del juzgador podrá moverse “libremente” hacia la punición o la absolución; en consecuencia, el inculpado tendrá el auténtico derecho de desvirtuar los hechos materia de la imputación y el Fiscal estará obligado, desde este momento, a demostrarlos plenamente para obtener la sentencia de condena.

Lo anterior no significa que se requieran de un número determinado de pruebas, toda vez que no se trata de una **suma conviccional “cuantitativa”**; por el contrario, esta verosimilitud aparente significa que las pruebas ofrecidas por el Órgano Persecutor sean **congruentes, eficaces y unidireccionalmente uniformes** hacia el lado de la punición, es decir, opera una **suma conviccional “cualitativa” de signo positivo y de efectos provisionales**.

Para el Doctor Cafferata Nores este grado de convicción se ubica entre la certeza positiva y la certeza negativa, precisando que éste va calificado como un estado de indecisión del intelecto frente a “la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del *equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla*, todos ellos igualmente atendibles. O, más que equilibrio, quizá sea una *oscilación*, porque el intelecto es llevado hacia el ‘sí’ y luego hacia el ‘no’, sin poder quedarse en ninguno de éstos extremos, sin que ninguno de los dos polos, ni el positivo ni el negativo, lo atraiga

lo suficiente como para hacerlo salir de ésta indecisión pendular.”⁴⁶⁰ Consecuentemente, para el jurista argentino, este nivel de convicción resulta superior “cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los *elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos*; es decir, aquellos que sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento”; sin embargo, “cuando los elementos negativos son superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista) se dice que hay *improbabilidad* (o probabilidad negativa)”.⁴⁶¹

Antiguamente, en nuestro país se empleaba la denominación de “**méritos suficientes**”, que además de ser ambigua, constituía un despropósito lingüístico, pues ninguna conducta delictiva podría ser digna de respeto o consideración, amén a que sería absurdo que alguien recibiera como “premio” la privación a su libertad.

En fechas recientes se ha preferido utilizar el término “**grado probable**”; sin embargo, debido a que nunca fue precisado concretamente en sus alcances, generó mucha incertidumbre jurídica, pues su misma impresión y ambigüedad fue altamente manipulable para poder precisar el *punto específico* a partir del cual debía comenzar el debate jurisdiccional; como quiera, este término se entendió siempre como lo opuesto a lo “*concluyente*” o “*definitivo*”. Considero altamente recomendable haber antepuesto los adverbios “*poco*” o “*muy*”, porque en su misma simpleza lingüística, se estructura una connotación más específica y clara del término. Igual de desafortunada y con los mismos inconvenientes, resulta la diversa denominación de “**duda razonable**”.

Por su parte, el Doctor Javier Jiménez Martínez al estudiar la probabilidad, que define como “un grado mayor o menor de certidumbre sobre un acontecimiento o un grupo de acontecimientos afectados por un índice probable de certidumbre” y que también entiende como “la percepción de iguales razones para afirmar o negar una situación determinada puesta en conocimiento del

⁴⁶⁰ CAFFERATA NORES. *Op. Cit.*, p. 8.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 9.

ministerio público, del juez o del tribunal”, opina que, dependiendo de que la probabilidad se encuentra más próxima a la duda o a la certidumbre de un acontecimiento o grupo de ellos, puede ser: a) “menor o más próxima a la duda” (probabilidad bastarda, cuando no se puede alcanzar el punto medio entre la duda y la certeza y los motivos divergentes nos aproximan más a la duda que a la certeza); y b) “mayor o más próxima a la certeza” (probabilidad fértil, es decir, lo que se funda en razón prudente, que se puede probar o que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá, cuando los motivos convergentes nos aproximan o nos conducen a la certeza”); asimismo, considera que la probabilidad acarrea como consecuencias jurídicas: a) el fundamentar la judicialización de la investigación; b) la justificación de las medidas cautelares personales y reales; y c) la fundamentación de la vinculación a proceso.⁴⁶²

Indudablemente, la utilización de cualquier término ambiguo o altamente impreciso, dejará en estado de indefensión al gobernado siempre; por ello, es aconsejable utilizar términos que ***en su propia denominación jurídica*** delimiten claramente el alcance que se les otorga; por ejemplo, si la denominación aquí propuesta no fuera del todo convincente, el diverso término ***“convencimiento preliminar vehemente”***, por su sola denominación, aporta una idea sumamente clara sobre el alcance que debe tener este nivel en la práctica.

4. Certeza

En el último peldaño de la escala convictiva se encuentra un estado de absoluta y correcta percepción del Órgano Jurisdiccional, donde se estima que no existen dudas sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad del imputado. Esta firme decisión se basa en un cúmulo probatorio, desahogado durante la etapa del proceso, el cual aporta un conocimiento seguro, eficaz y concluyente sobre ambos extremos, pero no implica, de ningún modo, que el criterio asumido por la autoridad sea irrefutable o incontrovertible. Para efectos del fallo definitivo, este nivel implica el máximo acercamiento a la histórica.

⁴⁶² CFR. JIMÉNEZ MARTÍNEZ JAVIER. *Aspectos básicos sobre la prueba en el Juicio Oral*, Op. Cit., p. 213 a 218.

Ciertamente, como opina el doctor Cafferata Nores,⁴⁶³ “dado que está fuera del intelecto del Juzgador tener la verdad sobre los hechos sometidos a su consideración, sólo puede concebir subjetivamente haberla alcanzado y cuando dicha percepción es firme, se habla de certeza”, es decir, una “firme convicción de estar en la verdad”.

Ahora bien, desde mediados del siglo pasado (1956), nuestro Máximo Tribunal reconoció este nivel de convicción, como una contraposición al principio de “*in dubio pro reo*”, según se aprecia en la tesis aislada sustentada por la Primera Sala, visible en el Semanario Judicial de la Federación tomo CXXIX, página 121, Quinta Época, con registro número 293179, cuyo tenor literal es el siguiente:

“DUDA. Es criterio de esta Primera Sala de la Suprema Corte que si la duda no se da en la mente del juzgador, cuando éste declara la culpabilidad del acusado, no infringe en su perjuicio el principio jurídico procesal in dubio pro reo.”

Posteriormente, el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito emitió un criterio aislado, dándole el mismo que la Corte alcance al citado principio *in dubio pro reo*, que en 1994 se convirtió en jurisprudencia por reiteración, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de Marzo de 1994, registro: 213021, materia penal, tesis: VII.P.J/37, página: 63, Octava época, cuyo tenor literal es el siguiente:

“DUDA ABSOLUTORIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. El aforismo “in dubio pro reo” no tiene más alcance que el consistente en que en ausencia de prueba plena debe absolverse al acusado.”

En la actualidad, con motivo de la reforma constitucional de 2008, este estado intelectual del juzgador se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 20 apartado A, fracción VIII de la Constitución Federal, al precisar que “*el juez sólo condenará cuando exista **convicción** de la culpabilidad del procesado*”,

⁴⁶³ CAFFERATA NORES. *Op. Cit.*, p. 8.

aunque hubiera sido conveniente que se precisara que la convicción debería de ser “*plena*”.

c) **Sistemas de valoración probatoria**

Una vez que se analizaron los niveles de convicción, resulta necesario comprender de qué forma permiten los sistemas legales la valoración de las pruebas, es decir, cuáles son las características principales en las que pueden fijarse límites a la discrecionalidad jurisdiccional; sin embargo, cabría preguntarse ¿qué se entiende por “*valoración probatoria*”?

Este concepto implica el *esfuerzo cognitivo* realizado por el Órgano Jurisdiccional para abstraer la *fuerza convictiva* de los medios de prueba existentes en el sumario y que, con base en ello, pueda determinar la “verdad jurídica” en una resolución de fondo. La utilización de este concepto hace presumir la previa admisión y desahogo de pruebas, de modo que la estimación resultante se limite sólo a determinar su *poder convictivo*, conforme los límites establecidos en la legislación procesal.

El Doctor Cafferata Nores considera que “la *valoración* es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia convictiva de los elementos de prueba recibidos (o sea, qué prueba la prueba)”, tendiendo a determinar “cuál es su verdadera utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso; en otras palabras, cuál es el grado de conocimiento que puede aportar sobre aquel”.⁴⁶⁴

Para el extinto jurista colombiano Devis Echandía “la valoración o apreciación de la prueba judicial es aquella operación que tiene como fin conocer el mérito o valor convictiva que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria. Su importancia es extraordinaria.”⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ CAFFERATA NORES. *Op. Cit.*, p. 43.

⁴⁶⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Buenos Aires, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1981 p. 281.

En México, el Doctor Marco Antonio Díaz de León⁴⁶⁶ considera que la “*valoración de la prueba*, es una actividad intelectual que corresponde efectuar en exclusiva al juez penal al juzgar; en ella el juez, con base en sus conocimientos de derecho, psicología, lógica (*sic*), etcétera, y también con apoyo en las máximas de la experiencia, razona sobre las declaraciones, los hechos, las personas, las cosas, los documentos, las huellas, y además sobre todo aquello que como prueba se hubiera llevado al proceso, para tratar de reconstruir y representarse mentalmente la realidad de lo sucedido y así obtener la convicción que le permita sentenciar con justicia.” Párrafos más adelante, el autor precisa que se trata de una “operación mental que realiza el juzgador con objeto de formarse una convicción sobre la eficacia que tengan los medios de prueba que se hubieran llevado al proceso” y así mismo, agrega que “tal valoración tiende a verificar la concordancia entre el resultado de probar y la hipótesis o hechos sometidos a demostración, en la instancia. De acuerdo con esta actividad el órgano jurisdiccional, según se lo autorice la ley, otorga a lo probado las consecuencias y efectos que su entender y conciencia le dicten en relación con los hechos, condicionados por la prueba, para su aceptación en el fallo definitivo”.

Ahora bien, de manera general, se distinguen tres sistemas de valoración: *I*) tarifa legal o prueba tasada; *II*) valor en conciencia o de íntima convicción; y *III*) régimen de sana crítica; sobre ellos, debe exponerse brevemente en qué consisten.

1. Régimen de sana crítica

Este sistema ocupa un lugar intermedio entre el régimen de *prueba legal* y *de libre convicción*, pues no incurre en la excesiva rigidez del primero, pero tampoco genera la gran incertidumbre del segundo. En este caso, existe un cierto margen de discrecionalidad, pero nunca se llega al extremo de la arbitrariedad.

Por su formulación, este sistema permite regular, racionalmente, la actividad intelectual del juzgador frente a la prueba, toda vez que conlleva la

⁴⁶⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Op. Cit.*, pp. 431.

aplicación de las reglas que rigen el correcto pensamiento humano; éstas parten de la experiencia del individuo (reglas experimentales) y de los principios lógicos (reglas formales), de modo que la suma entre ambos aporta un conocimiento recíproco y significativo que permite analizar las pruebas en su conjunto y de forma individual. Obviamente, al unirse ambos elementos, se asegura un criterio más certero.

De forma concreta, **el conocimiento experimental** se conforma por las reglas empíricas y el sentido común de las personas, por aquellas enseñanzas adquiridas con el simple transcurso de la vida, que se convierten en un conjunto de conocimientos del dominio común de la gente, se trata pues, de nociones que integran un acervo cultural que no necesita ser profundizado porque cualquier persona puede entenderlas fácilmente como afirmaciones categóricas; de ahí que sea considerado como un instrumento del intelecto humano, al permitir una aproximación real a la certeza. A este conocimiento, habitualmente se denomina como "**máximas de experiencia**".

Por otro lado, como expresa el Doctor Raúl Gutiérrez Sáenz, **la lógica** es una ciencia (en tanto reúne las características de rigor, exactitud, solidez, universalidad, necesidad y sistematización) que tiene por objeto formal el estudio de las "*formas mentales*", es decir, "el modo u orden" de los pensamientos en la mente (su concatenación, congruencia interna, coherencia, ilación, disposición o estructura interna) y cuya finalidad es "facilitar el raciocinio correcto y verdadero".⁴⁶⁷

Existen cuatro leyes clásicas de la lógica que han sido empleadas con la intención de regular la racionalidad de los fallos jurisdiccionales; esto constituye uno de los aspectos centrales del régimen de la sana crítica. Dichas leyes o principios son los siguientes:

1. **Principio de Identidad.**- Cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico, total o parcialmente, al concepto-predicado, el juicio es

⁴⁶⁷ CFR. GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl. *Introducción a la lógica*, 4ª. edición, Editorial Esfinge, México, 2001, pp. 17 a 21.

necesariamente verdadero. Esto es, si una proposición es verdadera, siempre será verdadera, pues la identidad de la persona o cosa será siempre la misma, por ejemplo: Pedro es Pedro.

2. **Principio de contradicción.-** Dos juicios contradictorios, opuestos entre sí, no pueden ser verdaderos, porque se neutralizan o destruyen entre sí, de modo que una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo. Ejemplo: 1) Se otorga el amparo. 2) Se niega el amparo.
3. **Principio de tercero excluido.-** Dos juicios contradictorios, opuestos entre sí, no pueden ambos ser falsos, de modo que una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo; así, la disyunción de una proposición y su negación es siempre verdadera. Por ejemplo, la proposición "es eficaz o no es eficaz la prueba", es verdadera.
4. **Principio de razón suficiente.-** Todo juicio para ser realmente verdadero, necesita tener una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad. Por ejemplo: a Juan se le dictó auto de vinculación a proceso por el delito de violación; existe el dictamen del médico legista, la fe ministerial de lesiones, la declaración de la ofendida y la confesión judicial del imputado, elementos de prueba que son coincidentes en circunstancias de modo, lugar y tiempo y son suficientes para fundar el dictado de dicho mandamiento judicial.⁴⁶⁸

De este modo, las reglas de la sana crítica, no definidas en ley, deben aplicar los principios anteriormente citados para guiar al Órgano Jurisdiccional en la justa apreciación de la prueba; de ahí que éste goce sólo de un *margen de discrecionalidad limitado*, pues aunque no esté obligado a seguir reglas legalmente preestablecidas, tampoco puede llegar a conclusiones que se consideren irracionales.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pp. 27 a 32.

Aquí, ambas cuestiones (conocimiento lógico y experimental) son los factores determinantes para que el Órgano Jurisdiccional motive sus resoluciones, al momento de valorar las pruebas, otorgándoles o negándoles la eficacia que corresponda. Dicho en otros términos, en este sistema siempre existirá la obligación de expresar el razonamiento probatorio que fue empleado para llegar al convencimiento, pues sólo así podrá controlarse la racionalidad y coherencia de esa libertad ponderativa, permitiendo constatar que no haya sido utilizada de forma desviada.

El Doctor Cafferata Nores agrega a los dos requisitos anteriores los “principios científicos” y descarta a la “intuición” para los efectos de este sistema; asimismo, hace un notorio énfasis a la debida motivación del fallo. Dicho autor se expresa en los términos siguientes:

“(...) establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige (...) que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye.

Claro que si bien el juez, en este sistema, no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la *lógica* (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las *ciencias* (no sólo de la psicología, utilizable para la valoración de dichos o actitudes) y la *experiencia común* (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v.gr., inercia, gravedad). Parece insuficiente, a éstos efectos, el sólo uso de la *intuición*, pues aunque se admita que ésta es una forma reconocida de adquirir conocimiento, la corrección de la conclusión intuitiva debe ser demostrada racionalmente, a base de pruebas.

La otra característica de este sistema es la necesidad de *motivar* las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las *razones* de su convencimiento, demostrando el nexo

racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.

Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la *descripción* del elemento probatorio (v.gr. el testigo dijo tal o cual cosa) y su *valoración crítica*, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.

Ello acarreará el efecto de que las decisiones judiciales no resulten puros actos de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino que sean consecuencia de la mera consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación racional sobre el *por qué* se concluyó y decidió de esa manera (y no de otra), explicación que deberá ser comprensible por cualquier otra persona, también mediante el uso de su razón (v.gr. las partes, el público, etc.).

Se combinan así, las exigencias políticas y jurídicas relativas a la motivación de las resoluciones judiciales con las mejores posibilidades de descubrir la verdad sin cortapisas meramente formales, mediante el caudal probatorio recogido en el proceso.⁴⁶⁹

El extinto jurista argentino Doctor Ricardo Levene considera que este sistema es más técnico, preciso y exacto que el de libre convicción, toda vez que “no tiene ninguno de los defectos de los otros criterios con que puede ser apreciada la prueba, dejando al juez en libertad, siempre que funde su sentencia y razone lógicamente”.⁴⁷⁰

Por su parte, nuestros destacados juristas Victoria Adato Green, Olga Islas de González Mariscal y Sergio García Ramírez, realizaron una interesante propuesta de regulación legal, precisando los requisitos a que se hicieron alusión anteriormente:

“Artículo 117. La autoridad que deba resolver apreciará las pruebas conforme al sistema de sana crítica. Para determinar la eficacia de las pruebas desahogadas tomará en cuenta las reglas especiales que fije la ley, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. En las determinaciones o resoluciones que dicte, expondrá los elementos en que se funde para asignar o negar valor a la prueba, y cuál es el que se otorga con respecto a los hechos examinados.

Para las resoluciones que adopte, el juzgador considerará las pruebas que se aportaron al proceso. Por lo que hace a las allegadas en la

⁴⁶⁹ CAFFERATA NORES. *Op. Cit.*, p. 47 y 48.

⁴⁷⁰ LEVENE, Ricardo. *Op. Cit.*, pp. 114 y 115.

averiguación previa, analizará si se practicaron con apego a éste Código y no quedaron desvirtuadas por las pruebas desahogadas en el proceso. Expondrá los motivos y razones que le asisten, en su caso, para negar valor a una prueba admitida en la averiguación previa y considerada por el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal.”⁴⁷¹

En un tenor más casuístico, el Doctor Marco Antonio Díaz de León, que nombra a este sistema como “de la libre convicción” o “de la libre apreciación de las pruebas”, precisa que el mismo se encuentra “basado en la circunstancia de que el juez al juzgar forme su convicción, acerca de la verdad de los hechos afirmados en el proceso, libremente por el resultado de las pruebas, es decir, empleando las reglas de la lógica, la experiencia y el conocimiento de la vida; se establece como requisito obligado en este sistema, la necesidad de que el juez al valorar la prueba motive el juicio crítico en que basa su apreciación”; consecuentemente –continúa el tratadista–, “el sistema no autoriza al juez a valorar pruebas a su capricho, o a entregarse a la conjetura o a la sospecha, sino que supone una deducción racional partiendo de datos fijados con certeza” y con ello “la responsabilidad del juez aumenta considerablemente, ya que debe guardarse mucho de dejarse llevar por motivaciones o impresiones subjetivas y arbitrarias en la formación de su convicción, precisamente por el amplio campo de la iniciativa que se le otorga para apreciar las pruebas.”⁴⁷²

2. Del valor en conciencia o íntima convicción

En este sistema sólo importa la convicción del juzgador, sin necesidad alguna de convencer a las partes, es decir, la certeza del Órgano Jurisdiccional “*para sí mismo*”. Esto significa que la determinación a la que llegue, no requiere ningún tipo de motivación acerca de la convicción del juzgador, en virtud de que la ley no exige algún tipo de formalidad preestablecida para apreciar las pruebas, sino que sólo basta con su “libre albedrío” para darles el peso que corresponda; por ello puede afirmarse que este sistema constituye la antítesis de la tasación

⁴⁷¹ ADATO GREEN, Victoria; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Op. Cit.*, pp. 191 y 192.

⁴⁷² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Op. Cit.*, pp. 433 y 434.

legal de la prueba, porque al no existir reglas de ninguna clase, la decisión obtenida en según la consciencia.

La desventaja evidente es que, al no exigir que se expresen las razones por las que se concede o niega eficacia a una prueba, la basta discrecionalidad del Órgano Jurisdiccional podría ser mal empleada al momento de dictar su resolución, apartándose de las pruebas que obren en el sumario.

Por otro lado, al no haber forma de garantizar la racionalidad del fallo, la convicción puede verse ampliamente influenciada por cuestiones como la intuición, los prejuicios, las emocionales y los sentimientos.

Este sistema es comúnmente aplicado en los *jurados populares* del derecho anglosajón donde se llega a un “veredicto”, así como entre algunos pueblos o tribus autóctonas donde *los jefes* (personas con alta jerarquía social y con poder de facto), deciden los conflictos en base a “su buen juicio”.

Para el Doctor Cafferata Nores, en este sistema, donde la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas, “el juez es libre convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas, según su *leal saber y entender*”, sin que exista “la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el “buen sentido” (racionalidad) connatural a todos los hombres.” Este autor, rescata como ventaja de este sistema, sobre el diverso de prueba legal, el hecho de que aquí no se limite “la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces, ajenas a la verdad real)” pero reconoce como posible defecto de la falta de la motivación del fallo, el “peligro de *arbitrariedad* y de injusticia”.⁴⁷³

3. Tarifa legal o prueba legalmente tasada

⁴⁷³ CAFFERATA NORES, Jose. *Op. Cit.*, p. 45.

Este sistema implica que las pruebas son “pre-valoradas” por el legislador cuando emite la ley procesal correspondiente; obliga a que el Órgano Jurisdiccional le proporcione un grado de convicción específico a cada medio de prueba; consecuentemente, éste no puede realizar ningún razonamiento y debe limitarse a aplicar de forma irrestricta las valoraciones abstractas previamente establecidas en la ley. Obviamente, la motivación de la resolución se convierte en una mera constatación de la voluntad del legislador.

En opinión de Ricardo Levene⁴⁷⁴ el origen de este sistema se remonta a las ordalías o juicios de Dios del derecho germánico y precisa que dentro del mismo, se “fijan de antemano las normas mediante las cuales el juez puede dar por probado un hecho, estableciendo por qué medios, clasificándolos, tarifados casi aritméticamente”; agrega que este sistema alcanzó auge durante el periodo de la Inquisición “en virtud de predominar el propósito de limitar el arbitrio judicial, tanto más peligroso cuanto más exorbitantes eran las penas.”

Por su parte, el Doctor Cafferata Nores considera que en este sistema la ley procesal “pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez *debe darse* por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que *no puede darse* por convencido (aunque íntimamente lo esté)”. Posteriormente agrega que:

“Se suele señalar como ejemplo del primer aspecto, la norma que establece que el testimonio conteste de dos personas de buena fama será prueba plena del hecho sobre el cual recaiga. Como ejemplo del segundo, se recuerda la que impedía tener por acreditado el hecho delictivo si no constaba la existencia del *cuerpo del delito*.”

Este sistema, propio del sistema de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política (constituyendo un fenómeno correspondiente la falta de libertad judicial), como un curioso intento de garantía del imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo.

⁴⁷⁴ LEVENE, Ricardo. *Op. Cit.*, pp. 115 y 116.

Indudablemente, este sistema, ante el propósito de descubrir la verdad real, no se evidencia como el más apropiado para ello, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda ser probada de modo diferente del previsto por la ley. Por eso se halla, hoy en día, abandonado, aunque sus reglas no deben ser descuidadas a la hora de la libre valoración del juez, porque sintetizan en muchos casos, criterios indiscutibles de sentido común.”⁴⁷⁵

A simple vista, parece que este sistema no reporta ninguna ventaja, pero podrían señalarse al menos dos de ellas: I) que los fallos se dicten con irrestricto apego a la ley; y II) la uniformidad lograda en la valoración de la prueba al momento de dictar los fallos, dado que su valor permanecerá siempre inalterable.

Sin embargo, las desventajas que representa este sistema son muchas, entre ellas, podrían mencionarse las siguientes: I) se privilegia la obtención de una “verdad formal” sobre la “verdad material” de los hechos; II) provoca una gran desmotivación en los juzgadores, por limitar su criterio al exclusivo cumplimiento de la voluntad del legislador y porque se puede ir contra sus propias convicciones; III) vuelve la impartición de justicia en procedimiento mecánico y carente de criterio; IV) limita severamente la actividad probatoria de las partes, en caso de que éstas no cuenten con las “pruebas eficaces” que marca la ley.

Debido a su estricta rigidez, este sistema fue perdiendo terreno en la práctica, porque daba lugar a una gran cantidad de injusticias al limitar la actividad jurisdiccional con demasiados formalismos legales.

d) Propuesta de diferenciación terminológico-procesal

1. La “idoneidad” y la “eficacia” de la prueba

El concepto de **idoneidad probatoria** (también llamado “*alcance u objeto probatorio*”), se refiere al *provecho* que tendría la prueba en caso de desahogarse. Se evalúa si *lo que pretende demostrarse* con ella tiene la *trascendencia o relevancia suficiente* para ser admitida y desahogada dentro de un proceso jurisdiccional.

⁴⁷⁵ CAFFERATA NORES, José. *Op. Cit.*, p. 44 y 45.

Esta exigencia impuesta a las partes debe examinarla el juzgador en su calidad de “rector del proceso” y revela dos finalidades primordiales: a) evitar la sobresaturación de trabajo para el Órgano Jurisdiccional; y b) evitar dilaciones procesales innecesarias en perjuicio de la contraparte.

Este concepto requiere de forma esencial la *existencia de una relación directa e inmediata* entre la prueba en concreto y el punto de Litis; por ende, resulta necesario que la parte que la ofrezca exprese qué pretende lograr con ella, pues sólo de este modo puede saberse si tiene trascendencia o no dentro del proceso. Por ejemplo, el ofrecimiento de la prueba de “cotejo” tiene como **“objeto”** el *“perfeccionamiento”* de una documental; lo mismo sucede con la prueba de *“reconocimiento de contenido y firma”* de documento. Otro ejemplo se encuentra en la prueba de inspección, que no resulta idónea para acreditar la posesión por ser un hecho constante.

Por otra parte, en términos generales se entiende a la **“eficacia”** como el logro o la consecución de un propósito determinado, que se encuentra sujeto a valoración por el resultado final obtenido; sin embargo, **en materia probatoria** su significado es más restringido. Se entiende como sinónimo de *“contundencia”* y se emplea para expresar el *“poder persuasivo”* o *“demostrativo”* que posee una prueba en particular, es decir, le permite al Órgano Jurisdiccional *“describir el valor”* o *destacar la importancia* que le otorga a determinada prueba en concreto, salvo los casos de nulidad.

Por ejemplo, la copia fotostática simple, por sí sola, *“carece de eficacia probatoria”*, pero si es “cotejada” con su original y no es objetada, podrá tener *“eficacia plena”*. Otro ejemplo, los documentos “elaborados unilateralmente”, por sí solos carecen de eficacia probatoria, pero robustecidos con algún otro medio de prueba, tienen una eficacia indiciaria.

2. La “comprobación” y la “acreditación”

Comprobar, términos generales, implica la reiteración de una actividad reiterada destinada a “confirmar” una hipótesis “probablemente verdadera”.⁴⁷⁶ En materia probatoria su significado se reduce a estimarla como una actividad que, *de*

⁴⁷⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión en línea, voz “comprobar”, <http://lema.rae.es/drae/?val=comprobar>, consultado el 20 de junio de 2014 a las 17:15 hrs.

forma preponderante, llevan a cabo las partes en el proceso. Se dice que es “preponderante” porque los Órganos Jurisdiccionales tienen la facultad de dictar “*pruebas para mejor proveer*”, a condición de que sea indispensable para esclarecer algún punto en específico y que no implique inclinación o favoritismo hacia alguna de las partes, es decir, siempre que mantenga la “equidad procesal”.

Tratándose de la materia penal, corresponde al Ministerio Público “*comprobar*” el hecho delictivo y la responsabilidad penal del imputado; del lado opuesto, la defensa debe “*comprobar*” la inexistencia del delito o la inocencia del imputado. Se trata entonces de la “*actividad demostrativa*” de las partes, a través de las pruebas correspondientes.

Por otra parte, el término “**acreditar**” significa “*dar crédito*” o “*probar la certeza de algo*”.⁴⁷⁷ Esta “*credibilidad*” o “*juicio de valor*” realizados por el Órgano Jurisdiccional únicamente puede derivar de la *apreciación* de una “prueba”; el cometido primordial de ésta, es “crear certeza” sobre la existencia o inexistencia del delito y su responsable, es decir, se trata del resultado producido por la actividad probatoria.

De esta manera, para tener por “acreditado” un hecho se requieren dos elementos indispensables:

- a)** uno de carácter **psicológico**, referido al *esfuerzo cognitivo* que se lleva a cabo para extraer el valor de cada una de las pruebas y poder determinar el grado de convicción al que se llega; y
- b)** otro de carácter **lingüístico**, traducido en *las estructuras gramaticales* empleadas por el Órgano Jurisdiccional para expresar los motivos o argumentos generadores de la convicción; éstos permiten describir a cabalidad y hacer inteligible para cualquier tercero, “*ese sentir*” o “*percepción*”, a fin de poder escrutar la determinación correspondiente. Este elemento se nutre en la práctica de verbos como “*adminicular*”, “*robustecer*”, “*enlazar*”, “*engarzar*”, “*reforzar*”, “*concatenar*”, “*corroborar*” y

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, voz *acreditar*.

adjetivos como “suficiente”, “indiciario”, “pleno”, “aislado” o “desvirtuado”, entre otros.

En este tenor la “acreditación” se significa en nuestro país como el cumplimiento a la “*garantía de debida motivación*” impuesta por el artículo 16 constitucional, pues la autoridad jurisdiccional deberá aducir siempre las razones o motivos particulares que tuvo en el caso concreto para estimar como “eficaces” o “ineficaces” cada una de las pruebas.

En conclusión, mientras la “**comprobación**” es una *actividad preponderante* que corresponde a las partes, por la “*necesidad de probar*” sus respectivos hechos (*onus probandi*), la “**acreditación**” es una *actividad exclusiva* del Órgano Jurisdiccional, pues sólo éste debe “*darles crédito*” al dictar el fallo correspondiente (*garantía de debida motivación*). Así, por ejemplo, mientras el Ministerio Público tiene la *necesidad de comprobar* que Pedro jaló del gatillo contra Juan y al efecto ofrece las periciales en materia de dactiloscopia, balística y medicina forense, así como dos testimoniales, la declaración del coincepado a preguntas directas y la prueba de reconstrucción de hechos, será el Juzgador quien, de forma exclusiva, decida si les concede o no eficacia a dichas pruebas y, en su caso, *tenga por acreditada* la responsabilidad penal de Pedro, por la probable comisión del delito de homicidio calificado.

e) Naturaleza jurídica de las “reglas especiales de comprobación”

Uno de los aspectos relevantes de la prueba en materia penal se refiere a las llamadas “*reglas especiales de comprobación*”, que de manera reiterada se incluyeron en un capítulo específico de los Códigos de Procedimientos Penales locales y federal.

Al respecto, puede decirse que estas reglas constituyen un grupo de “*criterios preferenciales*” a los que puede atender el juzgador, si lo estima pertinente; esto excluye la idea de que pueda considerarse como una solemnidad procesal que deba cumplirse inexorablemente. En este sentido, puede entenderse a este conjunto de reglas como un “*régimen de preferencia*” no derogatorio de las

reglas generales relativas a la prueba; consecuentemente, no puede estimarse aplicable el principio de derecho “*lex specialis derogat legi generali*”.

Aunque se ha estimado como un sistema “casuístico, poco técnico y caduco” o como “errores graves” del poder legislativo,⁴⁷⁸ lo cierto es, que su regulación legal supone un *criterio de racionalidad legislativa*, a partir de la *conveniencia* del desahogo de determinados medios de prueba. Esto es, las razones que motivan su inclusión en los Códigos Procesales son: **I)** “*la simplificación probatoria*” de algún delito o grupo de delitos en particular, sea por razones de tiempo, lugar, facilidad en su desahogo o, incluso, ante la imposibilidad de su existencia material (p.ej. *el cadáver* en el delito de homicidio o *las facturas* en el delito de robo); y **II)** la “*unificación de criterios jurisdiccionales*” para abatir la *confusión* originada en la disparidad de criterios respecto a la acreditación de determinados delitos.

B) Exigencia probatoria

Uno de los problemas capitales para delimitar la idea del “*probable delito*”, es la precisión de la “**convicción preliminar**” o “**nivel mínimo de prueba**” que se requieren para ordenar la captura del gobernado y justificar la orden de apertura del proceso penal. Como bien señala el Doctor Sergio García Ramírez, el problema no radica en el cambio de nomenclatura, sino en el nivel probatorio que signifique el concepto constitucional adoptado, pues el eje del problema es “la decisión político-jurídica sobre los datos que es preciso acreditar para que el Estado afecte los derechos fundamentales del individuo y lo someta a detención y a procesamiento”, cuestión a la que “debe atenderse la solución constitucional que resuelve un trascendental tema de relación entre el poder público y el ciudadano particular.”⁴⁷⁹

Ahora bien, la regulación de este concepto a nivel constitucional se justifica al considerar que la libertad personal tiene el rango de valor fundamental para el Estado mexicano, dentro de la escala axiológico-jurídica del Poder Constituyente;

⁴⁷⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 386.

⁴⁷⁹ GARCÍA RAMÍREZ Sergio y VARGAS CASILLAS, Leticia, coordinadores. *Op. Cit.*, p. 62.

de esta manera, los actos de molestia más gravosos sobre la libertad requieren de un **nivel mínimo e indispensable de protección, soportado en un cúmulo probatorio razonable que “limite eficazmente” cualquier abuso del poder público y que justifique las resoluciones provisionales de la autoridad.**

A este respecto, consideré conveniente por razones de orden metodológico, analizar de forma conjunta el nivel de prueba exigido en el derogado “cuerpo del delito” y en el vigente “hecho delictivo” para precisar, con la mayor exactitud posible, el contenido normativo en cada uno de ellos.

1. En el “cuerpo del delito”

La reforma constitucional de 1999 estableció en el artículo 16 que los datos existentes **“acreditaran”** el cuerpo del delito, mientras que el artículo 19 ordenaba que el auto de formal prisión debía expresar los datos que arrojará la averiguación previa, los que debían ser **“bastantes”** para comprobar el citado requisito. Cabría preguntarse, ¿cómo decidir si esos **“datos”** eran **“suficientes”** o **“bastantes”** para **“acreditar”** o **“comprobar”** el cuerpo del delito?

Esta indeterminación daba pie a un *“amplísimo”* margen de interpretación, permitiendo que la balanza se inclinara hacia un peligroso autoritarismo o un estorbo garantismo penal, según la personalísima consideración del Órgano Jurisdiccional. Como sea, ni en dichos artículos constitucionales ni en la ley secundaria existió un parámetro, más o menos preciso, de la intensidad convictiva que se buscaba para esta etapa procesal, lo que desde luego, desequilibró la sana impartición de justicia penal.

No obstante ello, atendiendo a los motivos que dieron origen a la reforma de 1999, es de concluirse que se trataba de un *“nivel semipleno”* o de un *“convencimiento preliminar vehemente”*, donde las pruebas tenían que estimular una *“fuerte persuasión”* del Órgano Jurisdiccional, a modo que los datos obtenidos en la averiguación previa permitieran entrever una *“posibilidad real”* de existencia de la conducta delictiva y su responsable.

Era obvio que la “plena” existencia de los elementos objetivos del tipo, se estimara como un requisito excesivo para el dictado de un auto de un formal prisión, porque la convicción plena es propia de la sentencia definitiva y dejaría de tener sentido el proceso penal, que es en donde se desahogan las pruebas. Aunado a lo anterior, el Doctor José Ovalle Favela considera que “las pruebas se tendrían que concentrar sólo en la culpabilidad del procesado o en la existencia de alguna causa de exclusión del delito o de ilicitud. Si desde el auto de formal prisión o de sujeción a proceso quedaran probados plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, ¿cómo se podría aplicar el principio de presunción de inocencia, cuando prácticamente se arrojaría al inculpado toda la carga de la prueba?”⁴⁸⁰

Sin embargo, lo que no resultaba obvio era qué debía de entenderse por la expresión de “datos que acreditaran el cuerpo del delito” (o mejor dicho, que permitieran sostener “su acreditación”) como requisito para librar una orden de aprehensión. La dudosa expresión no fue aclarada por el legislador secundario, ni mucho menos –lo que es lamentable– por la jurisprudencia.

Es verdad, como explica el Doctor Enrique Díaz Aranda, que la trascendencia de esta reforma no radicó en el aspecto “doctrinal” sino en el “procesal”, pues se sustentó en la disminución de la carga probatoria para el Ministerio Público; por ello, cobra relevancia el apuntamiento de considerar erróneos los motivos del Poder Reformador para modificar esta reforma constitucional, pues como bien señala dicho autor:

“El grado probatorio (indicios o prueba plena) de elementos del delito no es una cuestión que determinen los sistemas penales (clásico, neoclásico, final o funcional) sino es una decisión político-criminal que adopta el legislador en los códigos procesales de cada país. En consecuencia, si con la reforma de 1999 se quiso reducir la carga probatoria del Ministerio Público para obtener con facilidad una orden de aprehensión o para dictar un auto de formal prisión por el juez, entonces nuestro legislador se equivocó al considerar que el problema

⁴⁸⁰ OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.*, pp. 202 y 203.

del grado de prueba durante el procedimiento penal corresponde a la dogmática penal.”⁴⁸¹

No cabe duda que la discusión del contenido asignado al cuerpo del delito era del mismo nivel de importancia que el contenido asignado a la “convicción preliminar” que rodea a dicho concepto; esto último es, precisamente, lo que lo convierte en un concepto de relevancia procesal. Por su puesto, era imprescindible que el Constituyente Permanente aclarara esta situación dentro del texto constitucional o al menos –dada su evidente incapacidad legislativa– precisarlo dentro de la exposición de motivos correspondiente, cosa que tampoco sucedió. No es de extrañar que, ante el peligro de una práctica indeseada, la doctrina tratara de solucionar este conflicto.

Así por ejemplo, a propósito de la orden de aprehensión (a la que correctamente atribuye la naturaleza de resolución “intermedia”), el jurista José Antonio Becerril González, precisó que en dicho acto de molestia existe un “*juicio de verdad provisional y aproximativo*”, “*susceptible de ser desvirtuado o modificado durante el proceso penal*” por lo que no debe “*comprobarse plenamente*” el cuerpo del delito, pues las pruebas existentes hasta ese momento son “*todavía perfectibles*” dentro del proceso penal. Bajo esta premisa, califica a dichas pruebas como aquellas que son “*eficientes para acreditar verosímilmente*” o “*en grado de probabilidad*” el cuerpo del delito; luego entonces, estima que la orden de aprehensión contiene “*una verdad provisional o probable*”, porque puede confirmarse (o no) a lo largo del proceso, a diferencia de la comprobación plena, que “*no se destruye ni se perfecciona*”. En tal sentido, concluye que se trata “de una aproximación a la verdad derivada de las pruebas aportadas por el Ministerio Público al órgano jurisdiccional.”⁴⁸²

Al respecto, considero que la idea de “*juicio de verdad provisional y aproximativo*” me parece bastante clara y asertiva, pero no comparto la idea de “*un cierto grado de certeza*”, porque más bien sería un “cierto grado de convicción” (dentro del cual se encuentra “la certeza”); tampoco estimo que las pruebas

⁴⁸¹ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Op. Cit.*, p. 37.

⁴⁸² BECERRIL GONZÁLEZ, José Antonio. *Op. Cit.*, pp. 88 a 90.

puedan ser “*eficientes*”, aunque sí eficaces, pues la “eficiencia” alude a la maximización u optimización de un resultado con la menor cantidad de recursos posibles, algo que resulta inadmisibile en materia de Derecho probatorio, precisamente porque ante una abundancia de pruebas el criterio del juzgador resulta mejor orientado. Sin embargo, el hecho de que las pruebas sean “*todavía perfectibles dentro del proceso penal*”, creo que es uno de los puntos medulares que encierra la precisión del alcance otorgado a la convicción preliminar.

Por su parte, el Doctor Jorge Ojeda Velázquez⁴⁸³ realizó una interpretación gramatical de las expresiones “datos bastantes”, que entiende como “ni mucho ni poco, ni más ni menos, lo regular”, y “datos suficientes”, referidos a “lo necesario para lo que se necesita, lo mínimo en capacidad”. De suyo, esta ambigüedad no aclaró el panorama probatorio comprendido en esta garantía constitucional; de ahí que sea intrascendente la afirmación consistente en que “en la práctica judicial se identificaron como sinónimos a ambos términos”.

Ahora bien, partiendo del profundo estado de confusión en torno a este punto, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal se limitó a señalar –para perjuicio del estado de confusión– que el párrafo segundo del artículo 16 de la Constitución Federal no exigía la plena acreditación del cuerpo del delito y, aunque analizó los motivos de reforma, haciendo énfasis en la necesidad de “flexibilizar” los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión, no señaló un parámetro al que hubiera de atenderse para estar en condiciones de afirmar que la orden de aprehensión era legítima:

“ORDEN DE APREHENSIÓN, PARA SU LIBRAMIENTO NO ES NECESARIO ACREDITAR EN FORMA PLENA EL CUERPO DEL DELITO. De la interpretación auténtica del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya última reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999, se desprende que para el libramiento de la orden de aprehensión no se requiere que se encuentre acreditado plenamente el cuerpo del delito. Ciertamente, del proceso legislativo que dio origen a la redacción actual del referido artículo, se advierte que la intención del Poder Reformador fue buscar el equilibrio entre los derechos de los

⁴⁸³ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Op. Cit.*, pp. 333 y 334.

ciudadanos y las facultades de la autoridad para perseguir y castigar delitos y, en consecuencia, flexibilizar los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión solicitada por el agente del Ministerio Público a través del ejercicio de la acción penal, cuestión que se hizo patente, en principio, en la Cámara de Senadores (Cámara de Origen), que puntualizó que debía dejarse para el proceso y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo, por lo que se consideró que para librar una orden de aprehensión se requería que existieran datos que acreditaran el cuerpo del delito, posición que fue compartida por la Cámara de Diputados (Cámara Revisora), que aludió a las dificultades del Ministerio Público para integrar la averiguación previa y el Juez para librar la orden de aprehensión, refiriéndose a la redacción anterior de dicho dispositivo constitucional. Ahora bien, conviene destacar que el hecho de que el Ministerio Público y el Juez no deban acreditar plenamente el cuerpo del delito, en los términos precisados, no significa que puedan actuar a su libre arbitrio en cada una de esas etapas procedimentales, puesto que tienen la insoslayable obligación de observar los restantes requisitos exigidos para ello, además de respetar todas las garantías que consagra la Carta Magna, a las cuales deben ceñir su actuación las autoridades en la emisión de dichos actos, por lo que el hecho de que se hayan flexibilizado los requisitos de referencia, no implica su desconocimiento por las autoridades que procuran o administran justicia.”⁴⁸⁴

Respecto al auto de formal prisión, la situación era la misma. Se entendió que su debida motivación se colmaba cuando los datos arrojados por la averiguación previa fueran suficientes para justificar el cuerpo del delito, pero no se exigían pruebas completamente claras que establecieran de modo indudable la culpabilidad del inculcado. Como ejemplo de ello, puede observarse la opinión del jurista Leopoldo de la Cruz Agüero, quien señalaba que “para dictar un auto de formal prisión, la ley exige no que las pruebas existentes en la averiguación previa sean contundentes en contra del presunto responsable, sino que los datos que arroje la averiguación sean suficientes para presumir su responsabilidad, siempre y cuando no obren pruebas que desvirtúen los datos en su contra, en todo caso el juez deberá analizar éstas y resolver al respecto a favor del indiciado.”⁴⁸⁵

2. En el “hecho delictivo”

2.1 En la orden de aprehensión

⁴⁸⁴ Época: Novena Época Registro: 181516 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIX, Mayo de 2004 Materia(s): Penal Tesis: 1a. LVII/2004 Página: 514.

⁴⁸⁵ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. *Op. Cit.*, p. 183.

En la actualidad, el párrafo tercero del artículo 16 precisa que sólo podrá librarse orden de aprehensión cuando “**obren datos que establezcan**” que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito. Sigue vigente la innegable tendencia de emplear términos jurídicos con alto grado de indeterminación. Esto obliga a desentrañar el sentido de la nueva expresión constitucional; por ende, vale la pena aclarar primero dos términos que resultan conceptualmente insatisfactorios para los efectos de esta reforma.

En primer lugar, dentro de la expiación de motivos aparece la expresión “**estándar**” de prueba, haciendo referencia a un “**modelo**” o “**patrón**” probatorio, con lo cual el legislador intenta habilitar una especie de “**media aritmética**” o una virtual “**generalización**” del nivel convictivo, lo cual no sólo es irrisorio por lo complejidad que representa el concepto en sí mismo, sino además es inexacto, desde el punto de vista procesal, porque la suma convictiva debe ser siempre cualitativa y no, como evoca el término, de tipo cuantitativa. Se trata pues, de establecer el grado de “**convicción preliminar**” que merece la creación de un “**sistema**” o “**parámetro**” probatorio.

Como quiera, esa “racionalización” de la que habla el legislador nunca se llevó a cabo ni en esta reforma ni en anteriores, debido a su falta de voluntad para precisar es “parámetro” o “sistema” que permitiera sostener, con cierta nitidez, la convicción preliminar del Órgano Jurisdiccional. Por el contrario, siempre se dejó todo a la vaga interpretación jurisprudencial, que ha partido siempre de un juego de palabras bastante imprecisas. Como era de esperarse, derivó en serios problemas de legitimidad para nuestro Sistema Procesal-punitivo, obligando a su eventual reconsideración en esta reforma.

Sumado a ello, la nueva redacción constitucional quedó con un error terminológico superable; se dejó asentado que los datos de prueba deberán “**establecer**” que se ha cometido el hecho delictivo. Esta incorrección no representa mayor problema porque, hablando en puridad procesal, sólo existe la “**acreditación**”, ya que –como se ha precisado con anterioridad– sólo las pruebas son dignas de “**crédito**”. Además, una vez conjugada la nueva expresión, el

resultado verbal es bastante ambiguo y, ciertamente, diverso al pretendido por el legislador; así, por ejemplo, se hablaría del “establecimiento” del hecho delictivo, una idea que por sí misma es bastante rara.

Esta objeción también realizada por el Magistrado Federal Ricardo Ojeda Bohórquez quien refiere que: “equivocadamente se utilizó el término ‘establezcan’ al decir: ‘que obren datos que establezcan, que se ha cometido ese hecho...’, pues debió utilizarse el verbo ‘acreditar’, que es más adecuado que ‘establecer’, por ser relativo a la prueba, por lo que deberá interpretarse la palabra ‘establecer’, como sinónimo de ‘acreditar’.”⁴⁸⁶

Ahora bien, es cierto que debe fomentarse el acceso a la jurisdicción punitiva, de ello no cabe duda. Sin embargo, esto no es una razón para justificar la drástica reducción garantista. El problema, más bien, deriva de la incapacidad demostrada del legislador para precisar lo que debe entenderse por **nivel de prueba “suficiente”**. La omisión de darle un adecuado tratamiento en el texto constitucional y legal, fue el factor principal que coadyuvó a la “ineficacia” de las autoridades, la “impunidad” de los delincuentes y la “frustración” y “desconfianza” de la sociedad, estos aspectos que, precisamente, sirven como fundamento de la reforma.

No obstante la omisión del legislador, la doctrina ha emprendido esfuerzos para tratar de precisar el alcance del nuevo régimen de prueba. Así, por ejemplo, el Doctor Sergio García Ramírez concluye que el grado de prueba debe de ser el mismo que para el dictado de una sentencia de condena. Dicho autor se expresa en los siguientes términos:

“Los asuntos de mayor relevancia, que la RC no resuelve acertadamente y que ponen en riesgo la orientación general del sistema penal, en lo concerniente a la libertad de las personas, son el objeto de la prueba y la intensidad de ésta. En otros términos: ¿qué hay que probar para que el Estado, a través del aparato penal, pueda afectar la libertad de un individuo y someterlo a proceso penal, o ‘vincularlo’ a proceso, como reza la RC, con expresión muy discutible? ¿Cuál debe ser la fuerza o eficacia de la prueba que soporte el ejercicio

⁴⁸⁶ S.C.J.N. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal*, Op. Cit., p. 310.

de la acción y, en su hora el auto de vinculación y, posteriormente, la sentencia? Como hemos visto, en el dictamen de los diputados se patrocina una decadencia considerable de la exigencia probatoria, y con esa decadencia se han desvanecido derechos de los ciudadanos.

Considero (...) que la prueba requerida para el ejercicio de la acción deba tener la misma fuerza concluyente que la exigida –con resultado de convicción– para emitir sentencia condenatoria.

Desde luego, estoy expresando una posición garantista en este punto específico, extraordinariamente delicado, que entraña graves peligros en la relación entre el poder público y el individuo. Una perspectiva menos garantista –o francamente autoritaria–, como la que campea en diversos extremos de la RC, llega a otras conclusiones: facilitar la limitación de los derechos ciudadanos, sin someterla a prueba clara, amplia y suficiente sobre la existencia de un delito imputable, así sea en grado de probabilidad, a la persona cuya libertad se afecta. Sobra ponderar las consecuencias que en nuestro medio puede tener esa laxitud.”⁴⁸⁷

La respetable opinión del citado tratadista, aunque plausible, incurre en el exceso de estimar un “**altísimo**” grado de protección que tornaría extremadamente difícil el acceso a la justicia penal por parte de la víctima y/o el ofendido, pues se estaría “prejuizando” sobre la “plena” existencia de los elementos del tipo y, al mismo tiempo, iría en detrimento de la defensa del imputado, que ya no podría controvertir la existencia de la conducta típica en el proceso penal; esto equivaldría a darle el carácter de “mero trámite” a la etapa de juicio para dictar una sentencia de condena.

Tal situación sería un aliciente para el aumento de la delincuencia, debido a los altos índices de impunidad que generaría, sumado a las deficiencias reiteradas del Ministerio Público, circunstancias que, sin duda, se verían reflejadas en las negativas de órdenes de aprehensión y en los autos de sobreseimiento (provisional o definitivo) dictados bajo el nuevo esquema de enjuiciamiento. A pesar de lo anterior, el propio autor⁴⁸⁸ reconoce que en esta reforma existió un “*retroceso histórico, ominoso y evidente*” respecto de lo que

⁴⁸⁷ GARCIA RAMIREZ, Sergio. *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, Op. Cit., pp. 46 y 47.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 35.

denomina “*amplitud, plenitud, alcance o cantidad de prueba*”; en tal sentido, comenta:

“(…) La RC prefiere una considerable laxitud a favor de la autoridad y en perjuicio del ciudadano, aduciendo que el Ministerio Público tendrá la oportunidad de acusar bien y el inculpado la de defenderse adecuadamente tiempo más tarde, en el juicio mismo, aunque para ello haya tenido que soportar durante cierto tiempo las restricciones inherentes al auto de vinculación a proceso (que por supuesto no es una mera notificación de investigación en la que se expresan cargos, sin inmediata trascendencia ni sumisión del sujeto a la jurisdicción penal del Estado) e incluso a la prisión preventiva.

“(…) Las consideraciones del dictamen no son persuasivas en lo absoluto y el sistema adoptado (...) implica un severo retroceso en el régimen constitucional de derechos y garantías, con notorio riesgo para la libertad y avance para la justicia. Los párrafos que he transcrito se refieren a una coyuntura extrema en el trato entre el ser humano y el poder público. No vienen al caso meros tecnicismos ni hay lugar para meros deseos puramente especulativos.”

No obstante ello y sin demérito de la cita textual anterior, el Doctor Sergio García Ramírez considera que las pruebas que sustenten la acción penal y la orden de aprehensión deben ser “persuasivas”, es decir, estima que deben de existir “elementos razonables” que permitan la injerencia penal del Estado como requisito previo a la instauración del proceso, de este modo, precisa que las pruebas reunidas deberán acreditar “suficientemente” el hecho delictivo para que sustenten la apertura del juicio. Asimismo, reconoce la dificultad que representa el establecimiento de un concepto legal de “suficiencia probatoria”, empero, se refiere a éste como “*elementos bastantes para lo que se necesita*”, “*aptos o idóneos*”. Dicho autor se expresa en los siguientes términos:

“Exigir pruebas suficientes, persuasivas, para el ejercicio de la acción penal y la solicitud de orden de captura –que no es un papel deleznable ni abre la puerta a un episodio menor en la vida de una persona– constituye una garantía preciosa para el individuo. Es la condición para que se le someta a las severas restricciones de libertades y derechos inherentes al proceso penal. Conviene, pues, que éste tenga sustento en pruebas que acrediten suficientemente los dos extremos que justifican esas severas restricciones: la existencia de un hecho delictuoso y la probable responsabilidad de un sujeto. No conviene que comience el proceso sin que haya razonables elementos para sustentar

éstos extremos, so pretexto de que el proceso mismo será el escenario para saber si los hay o no. Porque ‘golpe dado...’.

No es fácil que un ordenamiento legal establezca, como pudiera sugerirlo un instrumento criminalístico, cuáles son los elementos ‘suficientes’ para que el Estado proceda a la intervención penal. Hay que tomar en cuenta que la suficiencia implica que tales elementos sean ‘bastantes para lo que se necesita’, ‘aptos o idóneos’. En tal virtud, considero que la autoridad debiera poner énfasis, no restarlo, en la comprobación de los datos que permitan suponer la comisión de un delito, tomando en cuenta que se trata, nada menos, de aptitud o idoneidad de aquéllos para sustentar un acto de enorme trascendencia, como es el ejercicio de la acción penal y el consecuente enjuiciamiento de una persona.

Es verdad que la sentencia debe sostenerse en pruebas recabadas durante el proceso (con la salvedad de los casos en que es indispensable anticipar la prueba, necesidad que todos reconocen y que tampoco ignora la RC), pero no es deseable que se requiera la apertura de un proceso para allegar la prueba que permite la injerencia penal del poder público en el ámbito de las libertades de la persona (vuelco a invocar –con la benevolencia del lector– una expresión popular oriunda de nuestros rigores revolucionarios, para nada afiliados a falsos garantismos: matar primero, averiguar después). Por el contrario, es preciso reunir primero la prueba suficiente y luego abrir el proceso. Esto no impide –hay que subrayarlo– que los elementos de convicción que tome en cuenta el tribunal para formar su criterio sean precisamente aquellos que se ofrezcan, desahoguen y discutan ante el propio juzgador, bajo reglas de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción.”⁴⁸⁹

Siendo honestos, la decisión de reducir el nivel convictivo para librar una orden de aprehensión sólo se explica si se parte de la ignorancia supina del Constituyente Permanente, así como de la “minimización” de los riesgos que esto conlleva. Pasar de un nivel de convicción semipleno a un nivel superficial, sólo puede significar una cosa: el intempestivo regreso a la postura autoritaria que existía antes de 1993, cuando la orden de aprehensión comprendía una **resolución “de mero trámite”** y no, un acto trascendental del enjuiciamiento punitivo que es digno de protección razonable.

Según las consideraciones precedentes, la afirmación del legislador en el sentido de que la acreditación del cuerpo del delito era “tan alta” es inaceptable.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

Asimismo, afirmar que ahora se aplica un nivel “internacionalmente aceptado” carece de fundamento, pues las legislaciones de otros países no han definido concretamente lo que debe entenderse por esta “convicción preliminar”, ni existe un parámetro constitucional respecto para poder determinarla. Luego entonces ¿de dónde se obtiene semejante conclusión? Habría sido muy enriquecedor que el legislador señalara a qué países se refiere cuando habla de ese nivel convictivo.

Al respecto, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez se pronuncia en un sentido más garantista al estimar que la acusación debe estar fundada en una “imputación digna de fe” como una especie de filtro, pero reconoce la posibilidad de abusos por parte de la autoridad. A este respecto comenta:

“(…) con la finalidad de mantener el sistema acusatorio y evitar la criticada reducción de garantías, creemos inexcusable demandar en todas las hipótesis que den lugar a un procedimiento penal, que la acusación esté fundada en una imputación digna de fe, donde existan datos que demuestren que la conducta coincide plenamente con un tipo penal y que no proceda ninguna causa de licitud que excluya el carácter de antijurídico de la conducta (…)

(…) Con la reforma constitucional en materia penal, se deja la puerta abierta a posibles abusos por parte de la autoridad, pues la libertad del gobernado depende del criterio del juzgador, sin mayor restricción que su sano juicio. La propuesta procura instalar un filtro a tal posibilidad y pretende que tan trascendental determinación se apoye sobre un andamiaje garantista y dogmático, sin desnaturalizar el sistema procesal acusatorio.”⁴⁹⁰

Ahora bien, dentro del ámbito jurisdiccional, el Juez de Distrito Gilberto Romero Guzmán estima que deben probarse “plenamente” los *elementos objetivos* y en grado “probable” los *restantes elementos del tipo*, según se advierte a continuación:

“La pregunta es ¿cómo se puede definir o qué se entiende por “datos que establezcan que se ha cometido el hecho” que la ley señale como delito y “probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”?

Podría pensarse que es a la ley secundaria a la que en todo caso correspondería encargarse de estas definiciones (…)

⁴⁹⁰ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., pp. 201 y 202.

No obstante lo anterior, la lectura de las nuevas expresiones antes indicadas, introducidas en la reforma constitucional, permitirán –según mi opinión– vislumbrar los siguientes supuestos:

- Hablar de datos que establezcan que se ha cometido un hecho, implica **la existencia de prueba plena de la realización del hecho**.
- Pero no se está en presencia de un hecho cualquiera, sino de un hecho que la ley señala como delito.
- Ese hecho que la ley señala como delito, sería la descripción que la propia ley hace de una conducta.
- Es la ley la que proporciona los elementos que integran la descripción de la conducta.
- Entonces, es claro que **se habla de la existencia de datos que prueben plenamente los elementos que integran la descripción de la conducta**.
- Dentro de tales elementos, podrían estar descritos en la norma, no sólo elementos de naturaleza objetiva, sino también **elementos de naturaleza normativa o subjetivos específicos, claro que éstos últimos, no requerirían prueba plena, partiendo de la propia expresión “probabilidad”, que la constitución señala más adelante cuando habla de participación del indiciado en la comisión del hecho**.
- Por cuanto hace a la probabilidad de que el indiciado cometió el hecho, dicha comisión necesariamente debe entenderse bajo las dos formas que integran la culpabilidad, esto es, el dolo y la culpa, pues no puede concebirse alguna forma de comisión del delito distinta a las anteriores.”⁴⁹¹

Si bien es cierto que resulta más beneficiosa esta interpretación, también es cierto que sigue incurriendo en los defectos precisados con antelación, aunque sea de forma parcial, por lo que resulta ser una interpretación cuya aplicación sería poco viable.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la naturaleza del Ministerio Público es la “*representación social*”, es totalmente erróneo afirmar que resultaría contraproducente para éste solicitar una orden de aprehensión “sin tener altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio”, porque a quien se perjudica es a las víctimas y a los ofendidos por el delito. Sí es contraproducente, pero no para la institución, sino al “**interés social**”.

⁴⁹¹ S.C.J.N. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal*, Op. Cit., pp. 407 y 408.

A lo mejor, el legislador quiso referirse “al esfuerzo físico e intelectual” realizado por el agente del Ministerio Público al integrar una indagatoria ministerial. Suponiendo que su dilate se encaminara en ese sentido, es claro que “sería contraproducente” que el servidor público trabaje con un altísimo grado de frustración, pues no obstante el haber realizado su mejor esfuerzo y a pesar de “*las altas probabilidades para acreditar el delito dentro de juicio*”, si éste termina en sentencia absolutoria, le generará un gran desgaste el haber “*buscado y presentado las pruebas*”, siguiendo el juicio en todas sus fases procedimentales (desde la integración de la indagatoria ministerial, pasando por el pedimento de orden de aprehensión, la interposición de recursos, incidentes y desahogo de audiencias), si la punición, como objetivo de la pretensión ministerial, no se ve satisfecha al final de su jornada litigiosa.

Paralelamente, ¿qué sentido tiene darle una gran importancia a esas “*altas probabilidades*”, teniendo en cuenta las **pocas** restantes? Habría que aceptar que se trata de un “**mero trámite**” para condenar del imputado por el reducto mínimo que le queda para demostrar la inexistencia del delito, cuando esto en realidad no es así.

Obviamente, no se consideraron los efectos que esta reducción traería al imputado, tales como las condiciones de deterioro físico, moral y económico que conlleva cualquier juicio en esta materia. Sólo por mencionar algunos, ténganse en cuenta el sometimiento a la prisión preventiva, la creación de antecedentes penales, las comparecencias obligadas a todas las audiencias del juicio, lo que significa a su vez faltas a su centro de labores con riesgo de un probable despido, estrés, endeudamiento por pago de honorarios de abogados y peritos, entre otros. Aunque estas condiciones varíen en mayor o menor medida, la tranquilidad del gobernado ya estará severamente afectada, pues tendrá que aguardar con gran zozobra, hasta el dictado de la sentencia definitiva, para escuchar que las pruebas aportadas en su contra fueron **insuficientes** o **ilegales** o que la conducta que le atribuían **no era constitutiva de delito** (y quizás nunca lo fue). Luego entonces,

esas pocas probabilidades del imputado ¿son suficientes para justificar todo ese martirio? Yo creo que no.

Las posibles situaciones anteriores parecen no importarle al constitucionalista Doctor Miguel Carbonell, quien estima que “tiene sentido que se rebajen los requisitos para librar una orden de aprehensión cuando un proceso pena está guiado por el principio de presunción de inocencia y cuando la existencia de la prisión preventiva es en verdad excepcional.” Para dicho autor “la orden de aprehensión librada con requisitos laxos no tendría más efecto que presentar a una persona ante un juez, a efecto de informarle de la acusación en su contra y darle una oportunidad completa de defensa ante la autoridad judicial, encargada de vigilar que se causen a la persona la menores molestias posibles a lo largo de procedimiento.”⁴⁹²

Si tuviera que realizarse una justificación bastante simplista del nuevo régimen probatorio, enfocada a la población en general, tendría que resumirse en una (burda pero cierta) oración como la siguiente: *“Si te atrapamos con pruebas ilícitas o escasas... no temas, cuando acabe tu juicio, te vas libre a tu casa.”* Una aplicación generalizada de esta premisa traería serios problemas de aumento de la criminalidad y problemas de legitimidad para nuestro Sistema de Enjuiciamiento, porque ello constituiría un **gran abuso** para los **“verdaderos inocentes”** pero un **requisito seductor** para los **“verdaderos delincuentes”**.

Ahora bien, a nada práctico conduce señalar que el Ministerio Público *“ya no tendrá otra oportunidad para procesar al imputado”*, porque de hacerlo se estaría violentando el principio constitucional de **“non bis in Ídem”**, que ha permanecido sin cambios en el artículo 23 desde 1917. Este resulta, sin duda alguna, un argumento ocioso e inútil para justificar el discurso político del legislador.

Dentro del ámbito práctico, otro posible resultado sería la excesiva carga de trabajo en los Juzgados, por los vacuos requisitos probatorios exigidos para el

⁴⁹² CARBONELL, Miguel. *Bases constitucionales de la reforma penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, p. 33.

libramiento de una orden de aprehensión. Esto quiere decir que, si aumentan el su cumplimiento de las órdenes de captura, crecerán –en igual proporción– los juicios en trámite, de modo que cada día se irán acumulando nuevos juicios a los ya existentes, en nuestros –ya de por sí– saturados Tribunales.

Por si la reducción antedicha no fuera suficiente, ahora ya no se requieren **“pruebas”** en el sentido habitual de la expresión, sino simples **“datos” de prueba** que establezcan la comisión del hecho delictuoso, aligerando aún más el precario nivel convictivo. ¿Qué significa esta nueva expresión? Considero de utilidad, para efecto de circunscribir su significado, recurrir a la interpretación gramatical, por ser la que más se asemeja con las intenciones del legislador.

En este sentido, la palabra **“dato”**⁴⁹³ que deriva del latín *datum* (lo que se da), significa: “antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho”. Si se relaciona éste significado con el diverso vocablo **“pruebas”**, resulta claro que se trata de meras **“referencias”, “antecedentes”, “registros” o “información” probatoria**. Otros significados, menos afortunados, serían: “reseñas”, “apuntes” o “notas”, pero dado que salen de contexto, resultan incorrectos por su alto grado de ligereza.

Para comprender la esencia de este término hay que atender a la idea que tuvo el legislador y que por negligencia no supo expresar, esto es, la **“neutralidad valorativa” de la prueba**; su significado implica que el Representante Social ya no presentará **pruebas “formalizadas”** que acrediten el hecho delictivo, entendiendo por tales, todas **aquellas que impliquen el cumplimiento de estrictas exigencias de legalidad en su desahogo**; de esta manera, el agente ministerial se limitará a ser un mero “compilador” o “recopilador” de “información probatoria” durante la etapa de investigación, dejando su **“desahogo”** y su **“valoración”** para el Juez del juicio oral únicamente, quien deberá tomarlas en cuenta al momento de dictar sentencia (art. 20 apartado A frac. III).

⁴⁹³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión en línea, voz “dato”, <http://lema.rae.es/drae/?val=dato>, consultado el 20 de junio de 2014 a las 17:30 hrs.

Lo anterior fue puesto de relieve por los integrantes de la **Mesa 4**, los Magistrados Federales Leopoldo Cerón Tinajeros, Olga Estrever Escamilla, Emma Meza Fonseca, Tereso Ramos Hernández, Jorge Fermín Rivera Quintana, Humberto Manuel Román Franco; así como las Juezas de Distrito Tassia Cruz Parceró, Silvia Estrever Escamilla y Josefina del Carmen Mora Dorantes, quienes precisaron que:

“Ahora se propone que el órgano acusador sólo presente ante el Juez, datos probatorios que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o de alguna manera participó en él; sin embargo, se estima que **todo ello es con el propósito de facilitar la tarea encomendada al representante social, quien actualmente no se distingue por la eficiencia en sus consignaciones.**

Los indicios aportados deberán alcanzar el rango de una prueba suficiente para que su valoración sea durante el proceso, ya que se entiende que en la fase de averiguación no se exigirá tal extremo.”⁴⁹⁴

Por su parte, los integrantes de la **Mesa 6**, integrada por los Magistrados Federales Irma Rivero Ortiz de Alcántara, María Eugenia Estela Martínez Cardiel, Fernando Andrés Ortiz Cruz, Enrique Escobar ángeles y José Luis González; así como los Jueces de Distrito Verónica Judith Sánchez Valle, Patricia Marcela Diez Cerca, José Luis Legorreta Garibay y Óscar Alejandro López Cruz, estimaron que:

“Tal modificación consiste en “racionalizar” la actual exigencia probatoria que debe reunir el Ministerio Público para “plantear hechos” ante el Juez de control y solicitar la orden de aprehensión, **de manera que sea suficiente que la representación social establezca datos que pongan de relieve que ha surgido un hecho que la ley señala como delito** y exista probabilidad de que el indiciado intervino o participó en su comisión, **por lo que, por regla general, ya no desahogará pruebas para acreditar el cuerpo del delito** y la probable responsabilidad del imputado en la ejecución del mismo.

Ante el Ministerio Público no habrá una “instrucción administrativa”, es decir, lo que se conoce como averiguación previa, propia de los sistemas inquisitivos, por lo que no desahogará de manera formal prueba alguna, sino que se limitará

⁴⁹⁴ S.C.J.N. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal, Op. Cit.*, p. 170.

a recabar datos que estime convenientes para acreditar clara y contundentemente el delito.

Será el Juez de control quien, en caso de que se cumplan los requisitos aludidos, librará la orden de aprehensión solicitada, la que tendrá como efecto primordial que se le presente al justiciable para hacerle saber el hecho que se le atribuye, y esté en oportunidad de defenderse.

Ante el juzgador se llevará a cabo el desahogo formal de las pruebas que las partes ofrezcan y, por ende, sólo la autoridad judicial las valorará.

Si bien se facilita a la representación social los requisitos que debe cumplir para el dictado de una orden de aprehensión, dado que se reduce el estándar probatorio; sin embargo, los inculpados quedarán en prisión preventiva de manera excepcional.

Se cuestiona si con la reforma en la que se exige al Ministerio Público que establezca datos que pongan de relieve que ha acaecido un evento que la ley señala como delito y exista probabilidad de que el indiciado intervino o participó en su comisión, podría vulnerarse la garantía de seguridad jurídica, en particular la de defensa, al no dar oportunidad al indiciado de aportar elementos de prueba para controvertir la solicitud de la orden de aprehensión.”⁴⁹⁵

A nadie sorprende que el Ministerio Público tenga serias deficiencias, pero obligarlo a que sólo “junte” o “recopile” datos de prueba no es la solución, porque en cierto modo se niega su capacidad de análisis y esto resulta una opción denigrante para su persona. Como quiera, siempre que se hable de pruebas (datos, elementos, medios, etc.), ***inexorablemente*** habrá un juicio de valor de por medio, independientemente que se exprese con detalle el proceso mental llevado a cabo, sea en forma oral o escrita.

En el ámbito probatorio, la capacidad intelectual de este servidor público se encuentra guiada por el alto grado de **asertividad** que debe tener al momento de “distinguir” y “definir” las pruebas que resulten *eficaces* para *acreditar* el hecho delictivo. Creo que, en todo caso, habría sido conveniente que el legislador justificara esta nueva modalidad de la manera siguiente:

“El Ministerio Público, deberá relacionar los datos de prueba que: a) sean idóneos; b) sean material y jurídicamente posibles y; c) tengan

⁴⁹⁵ *Ibidem*, Op. Cit., p. 240.

relación directa e inmediata con el hecho punible; sin embargo, no podrá otorgarles un valor concreto y pormenorizado en su pedimento de orden de aprehensión, limitándose estrictamente a lo anterior.”

La pregunta es: ¿por qué cambiar un concepto suficientemente definido en la doctrina (“medios de prueba” o, simplemente, “pruebas”) por uno con alto grado de imprecisión técnica? Pareciera que el Constituyente Permanente quiso darle el rango de autonomía procesal a este difuso término constitucional. Sólo basta imaginar cuán absurdo sería que un Código adjetivo regulara un capítulo relativo a “las pruebas” y uno diverso dedicado a los “datos de prueba” (¿?). El cuerpo legal tendría un significado ambiguo y una clara incongruencia sistemática. De cualquier modo, este concepto deja un amplio margen de interpretación para reducir a voluntad la protección otorgada al gobernado.

Tomando en cuenta las ideas anteriores, podría decirse que los **“datos” de prueba**:

- son en esencia, “medios” de convicción que, por su propia naturaleza, conllevan un “juicio de valoración”, pero que bajo el nuevo régimen constitucional pueden entenderse como **aquellas referencias, antecedentes, registros o información susceptibles de tener valor ante el Juez de juicio oral**;
- sólo debe compilarlos el Ministerio Público en la etapa de investigación para presentarlos ante la autoridad judicial;
- una vez recibidos por el Juez de sentencia, ahora sí, deberá valorarlos conforme a la ley, debiendo hacer constar su razonamiento por escrito y de forma detallada para cumplir con la garantía de debida motivación.
- en conjunto, deben alcanzar un **nivel de convicción “ínfimo”**, superficial o exiguo, para legitimar la captura del gobernado.

Por su parte, el jurista José Daniel Hidalgo Murillo considera que el dato de prueba se encuentra referido a actos previos al juicio (durante la investigación preparatoria) y lo entiende como el motivo que justifica las órdenes de molestia y las medidas cautelares y precautorias. Asimismo, considera como dato de prueba

a “aquél que no ha sido aún desahogado por el juez y, por ende, el que ha sido hallado, acopiado y trasladado, por la policía y/o el ministerio público.”⁴⁹⁶

En su conjunto, las consideraciones previamente analizadas, llevaron a nuestros brillantes legisladores a considerar procedente “*atemperar el actual cúmulo probatorio que el juez debe recibir del ministerio público para expedir una orden de aprehensión*”. Hay que ser conscientes; no atemperaron nada, sólo eliminaron la protección mínima que debe tener cualquier gobernado. ¿Por qué cambiarle el sentido a las palabras, si el resultado es exactamente el mismo?

Al decidir que se debe de “*atemperar*” o “*reducir*” el cúmulo probatorio para dictar una orden de aprehensión, el Constituyente Permanente derrumbó la “*fuerte persuasión*” que debía exigirse al Órgano Jurisdiccional. Esta situación marca una delgada línea entre el “*arbitrio judicial*” y la “*arbitrariedad*”, pues en verdad, lejos de encaminarse hacia un régimen respetuoso de la libertad y la dignidad humanas, su atropello fue maquillado mediante una supuesta legitimidad fundada en un reducido nivel de prueba, lo cual se presta para cometer grandes abusos. Si en verdad se querían contener éstos –como se alega en la exposición de motivos–, debió dejarse constancia de las enérgicas sanciones que habría contra los servidores públicos que abusaran de las nuevas “atribuciones” (o, mejor dicho, “facilidades”). Sobra decir que hasta este momento del procedimiento salen sobrando esas “*altas probabilidades*” de obtener una sentencia condenatoria y queda en claro que el sometimiento anticipado a la jurisdicción punitiva es una cuestión de primer orden que debe respetarse en esta reforma.

A manera de conclusión, puede decirse que ahora se requiere que el hecho delictivo se vislumbre “**sólo en forma somera**”, a manera de un “**simple vistazo**” de las pruebas que soportan la imputación ministerial; la condición natural, es que éstas sean consistentes y unidireccionalmente uniformes. En otras palabras, lo que se busca con la reforma es que **el Órgano Jurisdiccional realice una apreciación liviana del cúmulo probatorio, descartando la pretensión**

⁴⁹⁶ HIDALGO MURILLO, José Daniel. *La etapa de investigación en el Sistema Procesal Penal Acusatorio mexicano*, Porrúa, México, D.F., 2009, p. 39.

punitiva sólo en caso de ser “notoriamente infundada”. Esto significa, lamentablemente, la inexigencia de una credibilidad “seria” y “objetiva” del hecho, bastando apenas una “lejana posibilidad”. Pasar de esta consideración, sería infringir los designios del legislador.

En este sentido, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez opina que el nivel de prueba es menor al exigido en el cuerpo del delito y, asimismo, advierte de los posibles efectos negativos que conlleva esta disminución probatoria, reprochando el posible enjuiciamiento de una persona inocente. Dicho autor se expresa en los términos siguientes:

“Es importante destacar que el nuevo *estándar* probatorio establecido en la reforma para ejercitar acción penal, será menor en comparación con el anterior sistema, pues se pretende que el desahogo de las pruebas sea de forma pública e inmediata en presencia del *juez de sentencia* y no ante el agente del ministerio público, con la finalidad de que el procesado y su defensa puedan directamente y de manera oral refutar los cargos ante el órgano jurisdiccional, ya que únicamente las pruebas que se desahoguen ante el juez de sentencia serán motivo de valoración al momento de dictar la resolución de fondo.

En concordancia a las órdenes de aprehensión, se intenta que la autoridad ministerial se limite a recabar los datos probatorios de un evento que estime típico, para mostrarlas al *juez de control*, a quien le corresponderá supervisar el debido cumplimiento de los requisitos de ley para obsequiarla o en su caso, solicitar la comparecencia del inculpaado para que conozca el hecho que se le atribuye y pueda defenderse (...).”⁴⁹⁷

En este sentido, cobra relevancia la preocupación expresada por el Doctor Sergio García Ramírez, quien considera que este “aligeramiento de condiciones para la actuación penal del Estado” podría ser “de extrema laxitud y de suma gravedad”, en donde “los derechos fundamentales quedan averiados y la seguridad entra en riesgo.” En todo caso, era justo (o injusto, según la perspectiva crítica desde la que se mire) señalar que la protección constitucional se había reducido a un “***casi nada***” o, dicho de un modo más sutil el grado de convicción es ahora **ínfimo** o **superficial**.

⁴⁹⁷ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y responsabilidad penal*, Op. Cit., pp. 177 a 179.

No obstante la opinión del suscrito, existen tesis más optimistas como la del Doctor Javier Jiménez Martínez, quien al definir los datos de prueba como “aquellas referencias al contenido de un determinado instrumento de prueba aún no desahogado ante el juez, que debe ser valorado por esa autoridad como idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente para establecer razonablemente (con apego a la sana crítica) la existencia de un hecho que la ley establezca como delito y la probable intervención del imputado”, señala que los actos de investigación producen datos o información en “**grado probable**”.⁴⁹⁸

Cabe destacar la precisa diferencia que realiza el Código Nacional de Procedimientos Penales, que en su artículo 261 establece las tres distinciones siguientes:

“El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.”

2.2. En el auto de vinculación a proceso

Bajo la reforma, el renovado primer párrafo del artículo 19 constitucional ordena que, al dictar el auto de vinculación a proceso, se precisen los “**datos que establezcan**” que se ha cometido el hecho delictivo. Se trata de la misma expresión empleada en la orden de aprehensión; la pregunta es si se trata o no del mismo nivel exigido en éste mandamiento judicial. La situación parece un tanto confusa dentro del foro, pues existe una palpable división de opiniones.

⁴⁹⁸ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *La orden de aprehensión en el juicio oral penal*, Op. Cit., p. 65.

Al retomar la justificación de la reducción del nivel probatorio exigido en la orden de aprehensión, el Constituyente Permanente quiso –de forma bastante comodina– **igualar el nivel requerido para dictar el auto de vinculación a proceso**. Sobre esta cuestión, opina que el nivel de prueba impuesto en el régimen anterior era “demasiado alto para dar inicio al proceso”; por ello, consideró necesario reducirlo, además de estimar dicha cuestión comprende una de las características propias del “sistema acusatorio”.

Esto es inexacto. La adopción de éste sistema o del inquisitivo no deriva del contenido de esa “**convicción preliminar**”. Este concepto capital, que permea la estructuración legislativa de cualquier Sistema de Enjuiciamiento, constituye **su “presupuesto procesal fundamental” pero no un rasgo distintivo**. Se trata de un nivel básico de protección, pero también se trata de la razón que legitima la jurisdicción punitiva primaria. Esta barrera a los posibles abusos del poder público puede aumentar o disminuir, en igual forma, dentro de uno u otro Sistema, dependiendo del grado de autoritarismo o garantismo que permee en la estructura política del Estado; consecuentemente, esta no puede considerarse como una razón de peso para justificar esta decisión legislativa.

El Doctor Cafferata Nores explica magistralmente el papel que tiene la prueba en la estructuración del modelo o Sistema de Enjuiciamiento y refiere que “todo el tema de la prueba se halla íntimamente vinculado con el modelo del proceso penal que se acepte. Si está influido por el paradigma inquisitivo la prueba tiene una importancia relativa, pues como el modelo político autoritario que lo sustenta presupone la culpabilidad del imputado por la apariencia de culpabilidad que funda la imputación o que éste ocasiona, el proceso se legitima como un castigo en sí mismo (especialmente por medio de la estigmatización que genera la prisión preventiva), mientras procura, sin verdadero interés, reconfirmar una culpabilidad que por ser pre-supuesto va siendo pre-castigada. Si el modelo (...) parte de un estado de inocencia, la prueba cobra relevancia sustancial, porque es

la única forma legalmente autorizada para destruirlo: no se admite otro medio de acreditar la culpabilidad.”⁴⁹⁹

Por otra parte, se adujo una actividad “protagonista” del Representante Social en la averiguación previa, así como la existencia de “excesivos formalismos” que la equiparaban a una especie de mini-juicio o, en palabras del propio legislador, una “instrucción administrativa”. Esto llevó a que los “datos de prueba” fueran exigidos al Ministerio Público con la finalidad de que ya no desahogara, como regla general, prueba diversa a aquéllas de la etapa de juicio. Por ello, como opina el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez, “las actuaciones practicadas durante la etapa de investigación tienen valor probatorio exclusivamente para que se dicte el auto de vinculación, pero carecen de valor probatorio ante el juez de sentencia o sea, ante el procedimiento oral, salvo que se trate de la *prueba anticipada*.”⁵⁰⁰

El resultado obtenido fue que se restara importancia a la indagatoria ministerial, con la finalidad de eliminar los “abusos” cometidos en ella y tras concluir que ésta producía “demagogia, injusticia e impunidad”, porque la valoración objetiva de los elementos probatorios en la etapa de juicio era muy reducida. Curiosamente, esto llevó al legislador a concluir que el Ministerio Público era “poco competitivo” y que se debilitaba “su efectivo desempeño”.

Obviamente, no se trata de crear “competitividad” para el Representante Social, porque no realiza ninguna actividad económica ni participa en una justa deportiva; sin embargo, se trata de crear “**equilibrio procesal entre las partes**”. en apariencia el objeto de la reforma es otorgar igualdad probatoria a las partes y no dejar en manos del Ministerio Público la oportunidad de aportar, al proceso, las pruebas que obtuvo en la investigación de un delito, se trata de evitar una sentencia que se sustente con los mismos elementos con los que en la actualidad se emite un auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

⁴⁹⁹ CAFFERATA NORES. *Op. Cit.*, p. 5.

⁵⁰⁰ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, *Op. Cit.*, pp. 177 a 179.

Era preferible, en todo caso, hacer referencia a un **“mayor grado de asertividad” en la integración de la indagatoria ministerial**, pero bueno, la meta se concretó en reducir al máximo la formalidad procedimental de ésta, dándole mayor peso a la etapa de juicio, en donde sólo el desahogo y valoración de las pruebas podrán dar lugar, en su caso, al dictado de la sentencia de condena. Se pensó que esto, en cierto modo, implica un modelo justicia más garantista para el imputado y, al mismo tiempo, una forma de disminuir sensiblemente el factor “impunidad”. Debido a lo anterior, resulta erróneo afirmar que la reducción probatoria en los autos de vinculación a proceso derive de la supresión de los conceptos “cuerpo del delito y la probable responsabilidad”, como estima algún sector de la justicia federal.⁵⁰¹

Sobre este particular, el Doctor Miguel Carbonell refiere que “la idea de los autores de la reforma, (...fue) remover el ‘cuello de botella’ en que se había convertido la averiguación previa, a fin de que el indiciado pueda tener a salvo todos sus derechos frente a la autoridad judicial.”⁵⁰² Esta idea, de ningún modo implica que se hubiera “eximido” al Representante Social de la obligación de “probar”, sino que ahora cuenta con una tarea mucho más sencilla: **ser un “mero recopilador” de “información probatoria”**. Ya no lleva en sus hombros la pesada tarea de cumplir las irrestrictas exigencias de legalidad que exigen determinadas pruebas en su desahogo. La diferencia es sutil; el resultado, visible.

Por su parte, la Magistrada Federal Doctora Emma Meza Fonseca exalta la aludida disminución probatoria, sugiriendo que el cuerpo del delito fue la causa de un juzgamiento anticipado; en su opinión, dicha figura trajo como consecuencia una “limitación de la defensa” dentro de juicio. Asimismo, exalta la “simplicidad” del dictado del auto de vinculación a proceso para el efecto de “privilegiar” el “enjuiciamiento” del imputado, considerando al *“hecho”* delictivo, incluidos sus “accidentes” (como prefiere llamar a las circunstancias agravantes o atenuantes) bajo el principio *“da mihi factum, dabo tibi ius”*.

⁵⁰¹ S.C.J.N. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal, Op. Cit.*, p. 262.

⁵⁰² CARBONELL, Miguel. *Bases constitucionales de la reforma Penal, Op. Cit.*, 2010, p. 33.

Además, considera que deben “existir pruebas” de la *atribuibilidad* (entendiendo yo: de la conducta), la antijuridicidad y la culpabilidad del imputado; esto implica el reconocimiento y aplicación de la teoría del tipo complejo, pero con una exigencia probatoria mucho más ligera. En este sentido, alude a una “causa probable”, fundada en “evidencias mínimas”, una cuestión que erróneamente relaciona con el “principio de proporcionalidad” (contemplado para la materia tributaria –artículo 31 fracción IV– y la materia penal –artículo 22–), porque dicho principio sólo opera en tratándose de la *imposición de una pena*, es decir, cobra aplicación hasta el dictado de la sentencia definitiva, pero no para el libramiento de una orden de aprehensión o el dictado de un auto de vinculación a proceso, cuyas resoluciones preliminares sólo tienen efectos provisionales. La aludida juzgadora se expresa en los siguientes términos:

“La inserción de **la novedosa figura** significa un desarrollo sustancial para el desarrollo del proceso, ya que **únicamente implica la existencia de méritos para iniciar un proceso penal**, a diferencia de lo que sucede en la actualidad con el concepto “cuerpo del delito”, que para su comprobación la ley exige una serie de requisitos y un alto nivel probatorio que ha llevado a pensar que se trata más bien del dictado de una sentencia anticipada que **difícilmente puede revertirse durante el proceso**, reduciendo así, las defensas del inculpaado.

El auto de vinculación a proceso es una resolución mucho más simple que permite darle funcionalidad a la etapa de juzgamiento y al debate probatorio en la audiencia, pues lo sustancial para su dictado es la imputación fáctica, entendida como la realización de **la conducta punible en sus aspectos objetivos** –incluidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como otros datos objetivos, como la cuantía, por ejemplo–, pero con todas sus limitaciones en cuanto a su adecuación definitiva en razón a que esto dependerá del trámite del juicio de cuyo resultado final se obtendrá la verdad sobre la responsabilidad del acusado.

Bajo el nuevo esquema, el acusado no se defenderá por la comisión de un tipo penal singular, sino de un hecho delictivo –incluidos sus accidentes–, acerca del cual existe la probabilidad de que lo haya cometido o participado en él, tocando al Juez, en última instancia, su clasificación jurídica definitiva siendo acorde con la proposición generalmente admitida en cuanto a que lo único que necesita el juez para decir el derecho son los hechos.

(...)

Para tener por satisfecho éste último requisito (*hecho que la ley señale como delito*), **será suficiente acreditar los elementos objetivos respecto del cual se encuentre comprometida la responsabilidad del inculpado, es decir, no será necesario demostrarlo, sino que bastará apenas la prueba de atribuibilidad, antijuridicidad y culpabilidad del sujeto infractor, pero prescindiendo de cualquier juicio de valor**, concluyen, acerca del carácter delictivo del hecho – como ocurre en la actualidad–, **así como otro tipo de decisiones, como podrían ser las relativas a las causas de justificación del hecho, por citar un ejemplo.**

Así, podría decirse que **la diferencia medular entre el sistema que se propone y el que se encuentra vigente, se reduce a la manera de valorar el hecho investigado y el nivel probatorio requerido para ello**, pues en la actualidad los medios de prueba están orientados a la comprobación del cuerpo del delito y la demostración de la probable responsabilidad, mientras que con la reforma constitucional se pretende que la indicación y evaluación se realice exclusivamente sobre las pruebas allegadas en la investigación.

Lo que se establece en la Constitución respecto a la “probabilidad” de que el indiciado haya cometido o participado en el hecho delictivo, redefine la investigación ministerial a partir de la posibilidad de que hubiese ocurrido un delito.

El concepto apunta a la existencia de elementos objetivos que le permiten legítimamente al Ministerio Público inferir tal posibilidad.

La causa probable –como también se le conoce–, aplica sobre cuestiones fácticas, lo que implica la existencia de elementos materiales probatorios o evidencias mínimas que soporten la posibilidad de la existencia de un delito.

Está dirigida al inicio de la actuación del Estado, es decir, su campo de aplicación es previo a las decisiones que puedan tener como consecuencia restricción a los derechos fundamentales; por tanto, se ubica junto al principio de proporcionalidad, en tanto que el concepto de causa probable se ha definido como una prohibición al exceso.

A efecto de que la reforma sea aplicada, es necesario que se modifiquen las disposiciones legales que nominan el dictado del auto de sujeción a proceso y de formal prisión, y que para ello condicionan la comprobación del cuerpo del delito, concepto este, como ya se dijo, de mayor amplitud de acuerdo a su definición legal y que, por ende, requiere de un grado demostrativo superior al hecho delictivo, aunque en el fondo en ambos casos se trate de los mismos, esto es, de delitos.

(...)

De igual forma, se deberá modificar lo relativo al auto de libertad por falta de elementos para procesar, precisando si dicho auto deberá designarse como “auto de no vinculación a proceso” o desaparecerá, para en su caso, conforme al sistema penal acusatorio, emitir un auto de sobreseimiento provisional (...).⁵⁰³

Se precisó con antelación que el concepto del “cuerpo del delito” no fue el motivo del entorpecimiento de nuestra justicia punitiva, sino más bien, ello se debió a la falta de un uniforme significado. Asimismo, ello tampoco limitó la defensa del procesado y despacho de las averiguaciones previas era lento debido a la ineficacia de los Ministerios Públicos, así como por la falta de un concepto legal de “suficiencia probatoria”. Si a ello se suma la falta de preparación de algunos servidores públicos y la gran sobrecarga de trabajo existente, se observará con claridad el panorama procesal que impulsó esta disminución probatoria.

Es cierto que se simplifica en gran medida el dictado de los autos de vinculación a proceso y que adquiere una mayor relevancia la etapa de “enjuiciamiento”; sin embargo, ello no es motivo para alegrarse cuando esta drástica reducción ocurre en un país con un alto índice de corrupción, sin que importe el hecho de que la protección al inculpado “adquiera relevancia” posteriormente, una vez iniciado el proceso. Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que el objeto del proceso es oblicuo e imperfecto, pues la acreditación de los elementos objetivos del tipo no satisface, ni si quiera en forma mínima, una razón que justifique la intervención punitiva.

Ahora bien, no considero que la “culpabilidad” sea un elemento objetivo (¿?). La decisión de llamar “causa probable” a la “convicción preliminar” resulta un tanto inexacta y hacer referencia a “evidencias mínimas”, tratándose de los “datos de prueba”, sin definir en qué consisten, es por lo menos erróneo, al igual que resulta el referirse al “principio de proporcionalidad”, que sólo opera en la punición (en sentencia definitiva). Así también, es claro que al hablar de “*acreditación*” no

⁵⁰³ S.C.J.N. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal*, Op. Cit., p. 463 a 466.

puede prescindirse “*de cualquier juicio de valor*”, porque es precisamente lo que implica cualquier análisis probatorio; la diferencia es que la expresión de ese juicio de valor es bastante ligera. ¿Cómo podría decirse que “*bastará apenas la prueba*”, si no se realiza algún “*juicio de valor*”? Reitero, se ejerce el proceso cognitivo respecto a la prueba, pero la expresión de ese proceso es mucho más ligera en el acto de molestia, en comparación al régimen anterior.

Pueden encontrarse algunas opiniones que consideran que **debe ser mayor** el nivel convictivo para este mandamiento judicial; por ejemplo, el Magistrado Federal Doctor Ricardo Ojeda Bohórquez, sostiene que “el grado probatorio debe ser mayor en el auto de término y menor en la orden de aprehensión”, argumentando “la prontitud del caso y las circunstancias que se presentan como puede ser el hecho de no contar aún con la declaración del inculpaado.”⁵⁰⁴ Los argumentos del respetable juzgador resultan insuficientes, pues ambas consideraciones no conllevan ningún tipo de desprotección o vulnerabilidad para el imputado, ni mucho menos un estado de confusión para el Juzgador, quien a partir de este momento cuenta ya con los elementos necesarios para determinar, preliminarmente, si debe o no ordenar la apertura del proceso.

En el mismo sentido, los integrantes de la **Mesa 1**, Integrada por los Magistrados Federales Guadalupe Mejía Sánchez, Ricardo Ojeda Bohórquez, María Elena Leguizamón Ferrer, Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz y José ángel Mattar Oliva, así como los Jueces de Distrito Óscar Espinosa Durán, Alejandro Caballero Vértiz y Alejandro Javier Hernández Loera, consideraron que se debe exigir un aumento del nivel probatorio en el auto de vinculación a proceso, sugiriendo reformar la Constitución Federal en este sentido, a reserva del alcance que pueda otorgarle el legislador secundario. Los jugadores federales se expresaron en los siguientes términos:

“(…) debiera ser mayor el grado de acreditación (…) en el dictado del ‘auto de vinculación a proceso’ y, por ello, no existe mayor certeza jurídica, pues es el que fija la *litis* en el juicio penal; en cambio la orden de aprehensión sólo sujeta al indiciado temporalmente a una etapa de

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 370.

preinstrucción con opción a objetar pruebas y desmentir la acusación existente.

(...)

Así, **para la orden de aprehensión (párrafo segundo del artículo 16), debería decir ‘y obren algunos datos que acrediten que se ha cometido el hecho delictivo’, y para el auto de vinculación a proceso señalar que ‘los datos deberán ser suficientes para acreditar el hecho delictivo’** y hacer probable que el inculcado lo cometió o participó en su comisión.

Por ello, estimamos que existe una diferencia sutil entre el artículo 16 y 19; asimismo será el legislador secundario quien se encargue de dar el alcance de dichos artículos, por cuanto hace a los requisitos que se deben exigir para el otorgamiento de una orden de aprehensión y el dictado de un auto de vinculación a proceso.”⁵⁰⁵

Hago un breve paréntesis respecto al “término constitucional” (o “etapa intermedia” bajo el nuevo esquema de justicia). Este lapso de 72 horas, tiene como finalidades principales: **I)** dar a conocer al imputado los cargos existentes en su contra (imponerle de la causa de su proceso) y; **II)** tomarle su declaración preparatoria (momento oportuno para la preparación de su defensa). En caso de solicitar la duplicidad, el fin primordial de este lapso intermedio se encamina al ofrecimiento y desahogo de pruebas por parte del imputado o su defensa, a fin de desvirtuar los *cargos preliminares* en su contra, esto porque cabe siempre la posibilidad de que el imputado no hubiera rendido su declaración ministerial y/o no hubiera ofrecido pruebas para su defensa ante el Ministerio Público. sin perder de vista las limitaciones que tiene la iniciativa probatoria del acusado cuando se ha prorrogado dicho plazo para fines de defensa del inculcado.

Ahora bien, no debe olvidarse que la orden de captura legitima la jurisdicción punitiva primaria y pone al imputado a disposición de la autoridad judicial, pero ello no significa que exista, de manera forzosa, la apertura de un proceso en todos los casos, porque ello volvería la resolución de término constitucional en un acto procesal “*de mero trámite*”, cuando se trata de una

⁵⁰⁵ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

resolución de fondo (porque conlleva una valoración probatoria y aplica un precepto sustantivo), aunque con efectos provisionales.

En su conjunto, ambas consideraciones llevan a la eventual posibilidad de que las pruebas ofrecidas por el Representante Social puedan perder eficacia (parcial o totalmente) frente a las pruebas de descargo ofrecidas por el imputado o su defensa y, con ello, impedir que se pase a la etapa del proceso penal. Este **poder de excepción o de defensa**, permiten comprender por qué el término constitucional sólo puede duplicarse *“a petición del indiciado”*.

Luego entonces, resulta poco factible la intención de “aumentar el nivel de prueba” para dictar el auto de vinculación a proceso (aunque se estime como una postura más garantista), pues en caso de desvirtuar eficazmente las pruebas que sirvieron para sustentar la imputación, podría darse la interrupción de la jurisdicción punitiva (temporal o definitivamente, según sea el caso).

Por otra parte, en la nueva redacción se eliminó la vieja expresión de que el auto que ordena el enjuiciamiento deberá expresar *“los datos que arroje la averiguación previa”*. Ha cambiado la nomenclatura de la indagatoria ministerial, pero la idea de tomar en cuenta los datos que suministre ésta, así como aquellos que, en su caso, llegue a aportar el Ministerio Público dentro del término constitucional, persiste. No podría entenderse que en un tiempo tan reducido se renovaran todas las pruebas que sirvieron de sustento para solicitar la orden de captura; considerar lo contrario sería un absurdo porque desembocaría en un esfuerzo sobrehumano, materialmente imposible. De este modo, el auto de vinculación a proceso deberá contener una valoración de los “datos de prueba” que hubiere arrojado la carpeta de investigación, así como de las pruebas desahogadas dentro del término constitucional, empero, la expresión lingüística del proceso de abstracción que lleve a cabo (garantía de “debida motivación”) será muy liviana por parte del juzgador.

Por último, reiterando su punto de vista al hablar de la orden de aprehensión, el Doctor Sergio García Ramírez considera que la falta de un nivel probatorio

explícito en la Constitución Federal, implica exigir “*prueba plena*” para demostrar el hecho delictivo. El referido autor manifiesta lo siguiente:

“El ‘estándar’ probatorio para el auto de ‘vinculación’ se ha modificado al igual que el ‘estándar’ correspondiente a la orden de aprehensión. La explicación de esto –dice el dictamen– es la misma que se aportó para los fines del artículo 16. (...)

(...)

El texto constitucional no señala el grado, rango o nivel de prueba requerida (o de “establecimiento” del hecho). La omisión sobre este punto conduce necesariamente, en mi concepto, a la interpretación de alcance más amplio y garantista, que es la que mejor resuelve el delicado punto de la relación entre el poder público y el individuo en materia penal: prueba completa, plena. El Ministerio Público deberá sustentar el ejercicio de la acción en probanzas de esa naturaleza, no en indicios aislados e insuficientes –aunque la reunión de indicios puede conducir, circunstancialmente, a la convicción sobre el hecho–, y mucho menos en conjeturas y delaciones.”⁵⁰⁶

Al respecto, retomo los comentarios hechos con anterioridad, al referirme a la orden de aprehensión. Reitero que resulta una opinión plausible; sin embargo, la exigencia de semejante nivel probatorio redundaría en un **auténtico juicio sumario reducido a tan sólo 144 horas**, donde los restantes elementos de prueba requeridos para el dictado de la sentencia definitiva, serían “**meros residuos**” con una importancia sería mínima, con los cuales sería bastante difícil revertir la opinión del Juzgador posteriormente. De esta manera, la resolución de término constitucional quedaría a expensas de la presión ejercida por el fiscal, cuando se trata sólo de cargos preliminares, susceptibles de ser desvirtuados provisionalmente.

C) El Juez de Control: sus atribuciones constitucionales

Con la reforma surge una nueva autoridad: el “**Juez de Control**” (también conocido como “**Juez de Garantías**”). Esta autoridad surge bajo la necesidad de obtener una inmediata resolución sobre las peticiones de medidas cautelares

⁵⁰⁶ GARCIA RAMIREZ, Sergio. *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, Op. Cit., pp. 94 y 95.

(arraigo, intervención de comunicaciones privadas y cateos) planteadas por el Ministerio Público; éstas pueden llevarse a cabo “por cualquier medio”, a fin de eliminar obstáculos formales que retrasen innecesariamente el trámite. La condición, en cualquier caso, será que las comunicaciones habidas con el Representante Social consten siempre en un registro “fehaciente”. a pesar de tener la genérica función de velar por los derechos de los derechos de los imputados y las víctimas u ofendidos, no supe en sus funciones constitucionales al Juez de Distrito.

De la lectura del párrafo tercero del artículo 16 constitucional, así como de la exposición de motivos del Constituyente Permanente se advierte que esta autoridad tiene competencia para: **I)** dictar órdenes de aprehensión y/o comparecencia; **II)** dictar los autos de vinculación a proceso (resolviendo, en su caso, sobre la prisión preventiva); **III)** decretar los casos en los que procede la prisión preventiva; **IV)** fiscalizar las actuaciones del Ministerio Público en la etapa de investigación (incluida la autorización de técnicas de investigación en determinados casos); **V)** resolver las solicitudes de medidas cautelares (cateos, arraigos e intervención de comunicaciones privadas); **VI)** presidir las audiencias de imputación preliminares.

Por su parte, el Doctor Gerardo Armando Urosa Ramírez agrega a las anteriores funciones, las diversas consistentes en: a) garantizar los derechos de los imputados y las víctimas u ofendidos, b) supervisar convenios conciliatorios en los casos de mediación, y c) dictar sentencia en procedimientos abreviados. Dicho autor se expresa en los siguientes términos:

“Todas las diligencias realizadas por el Ministerio Público estarán supervisadas por el mencionado *juez de control*, también denominado en otros países “de garantías”, a quien se le responsabilizará de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales de cateos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión, así como resolver las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público y realizar audiencias preliminares a juicio conforme a los principios del sistema acusatorio. Asimismo, corresponde al juez de garantías celar por los derechos de los indiciados y víctimas u ofendidos y supervisar, en su caso, la mediación como medida

alternativa de solución, previa reparación del daño, fiscalizando los convenios conciliatorios y dictando sentencia en caso de procedimientos abreviados, lo que comprende la amigable composición entre la víctima y victimario, según reforma prevista al apartado “A” del numeral 17 constitucional.”⁵⁰⁷

Respecto a la facultad de dictar sentencia, el Doctor Sergio García Ramírez considera que su procedencia sólo se limita a aquellos caso donde el imputado renuncia expresamente a su derecho a un juicio ordinario (oral) y confiesa su participación en el hecho que se le imputa, obteniendo algún beneficio legal. Como bien señala, en esta ocasión, los antecedentes que arroje la investigación adquieren un valor que la reforma no les concedió para otros supuestos.

Esta última facultad se encuentra en tela de duda. Aceptar la idea del legislador implica, desde luego, darle al Juez de Control una naturaleza bastante oblicua y, de cierto modo, contradictoria en sí misma. Si el objetivo específico era crear una autoridad con un cúmulo de facultades relativas a la etapa primaria de la jurisdicción punitiva (convalidación de la legalidad de las actuaciones ministeriales, protección a los derechos de las partes, resolución expedita de las medias cautelares), extender su poder hasta una facultad propia de la etapa decisoria (la cual corresponde sólo a las jueces de sentencia), sería un despropósito procesal en sí mismo, pues habría una remisión de facultades jurisdiccionales en la estructura del nuevo Sistema Acusatorio.

No obstante ello, no me opongo a esta postura, porque en todo caso, la finalidad buscada fue la “*celeridad procesal*” (acogida implícitamente en el artículo 20 apartado A fracción VII), pues el beneficio de recibir una condena de forma pronta, termina con la zozobra del imputado, quien a partir de este momento tendrá la posibilidad de acatar el fallo judicial en forma integral y no tener que esperar innecesariamente para obtener el mismo resultado.

El Doctor Miguel Carbonell se muestra muy entusiasta respecto a la creación de esta autoridad judicial y considera que a través de la misma “se logran varios objetivos que apuntan en la dirección correcta: por un lado se contribuye a la

⁵⁰⁷ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, Op. Cit., pp. 177 a 179.

‘judicialización’ de las investigaciones; por otra parte se ordena una completa jurisdiccionalidad en la garantía de los derechos tanto del indiciado como de los ofendidos, dentro de las etapas iniciales de procedimiento penal; además, se prevé constitucionalmente la celeridad de las solicitudes de medidas cautelares, lo que puede redundar en una imposición más efectiva de las mismas y de esa forma contribuir a evitar los episodios de todos conocidos en los que algún juez se ha tardado casi una semana en librar una orden de cateo, mientras las fuerzas de policía tenían rodeado un domicilio en el que estaban encerrados presuntos delincuentes, incluso con víctimas de secuestro dentro del mismo domicilio.”⁵⁰⁸

Dentro de la Judicatura Federal no existe unanimidad respecto a la competencia del Juez de Control para dictar el auto de vinculación a proceso; de un lado se encuentran quienes consideran que sí lo es,⁵⁰⁹ pero también están quienes ponen en tela de duda su competencia,⁵¹⁰ bajo dos consideraciones; la primera, relativa a que los Jueces de Control sólo resolverán sobre medidas cautelares y dado que el auto de vinculación a proceso no tiene tal naturaleza, resultaría incompatible con sus funciones; la segunda, relativa a que correspondería a los Jueces de preinstrucción o de instrucción debido a la transición hacia los juicios orales.

Si bien es cierto que la Cámara de Senadores no se pronunció sobre este particular, también es cierto que no manifestó oposición alguna; en todo caso, corresponde al legislador secundario resolver esta cuestión.

Ahora bien, un análisis concienzudo de todas las funciones anteriores rebasaría el propósito del presente trabajo, por lo cual me limitaré a los puntos marcados con los números I y II de la enunciación realizada al principio.

1. En la orden de aprehensión

En México, la orden de aprehensión constituye un acto de molestia específicamente regulado en la Constitución Política de los Estados Unidos

⁵⁰⁸ CARBONELL, Miguel. *Bases constitucionales de la reforma penal*, Op. Cit., p. 44.

⁵⁰⁹ S.C.J.N. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal*, Op. Cit., p. 263.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 206 a 208.

Mexicanos, por medio del cual, la autoridad judicial ordena la búsqueda y captura de un gobernado a fin de presentarlo ante su potestad y hacerle saber las imputaciones que pesan en su contra, dándole la oportunidad de contestar a ellas, esto como resultado de la *pretensión punitiva* ejercida por el Ministerio Público investigador. La justificación intrínseca de este mandamiento consiste en negar la posible existencia de un “*juicio penal en rebeldía*” y legitimar los actos procesales de la *etapa primaria* de la *jurisdicción punitiva*.

En términos del tercer párrafo del artículo 16 constitucional, para emitir válidamente este mandamiento, el **Juez de Control** debe cumplir con los cinco requisitos siguientes:

1. la existencia de la noticia criminal ante el Ministerio Público (denuncia o querrela previas);
2. una clasificación provisional de la conducta típica imputada;
3. que la conducta se encuentre sancionada “con pena privativa de la libertad”;
4. que exista intervención del imputado en la conducta delictiva; y
5. un cúmulo de pruebas “suficientes” para acreditar los puntos 2 y 4.

La primera de tales exigencias, deriva de la certidumbre que debe tener el imputado respecto del “*hecho concreto*” que se le atribuye y que es considerado provisionalmente como delictuoso, pues sólo de esta manera podrá responder a la imputación, si es su deseo; esta exigencia representa un límite irreversible a la “*delación anónima*”, propicia para la comisión de innumerables abusos de la autoridad.

En segundo término, se exige ahora que sea una “**pena privativa de libertad**” porque el efecto que conlleva, precisamente, es una **restricción** o **afectación provisional** de ésta, que va desde el momento en que se cumple el mandamiento de captura y hasta que se decide la “*situación jurídica*” del imputado. Esto significa que, en caso de una pena de naturaleza diversa (multa, apercibimiento, orden de no ir a lugar determinado, etc.), lo que procede es librar una **orden de comparecencia**, cuyo único efecto es llevar al imputado ante el

Juez para hacerle de su conocimiento los cargos en su contra y tomarle su declaración preparatoria, diligencia al término de la cual podrá retirarse inmediatamente, continuando su proceso sin necesidad de garantizar su libertad provisional.

Cabe decir que la frase “*cuando menos*”, incorporada a propósito de la reforma de 1999, resulta ahora innecesaria porque cuando se agregó ésta expresión, la ley fundamental aún contemplaba la “pena de muerte” y dado ésta fue abolida en fecha 9 de diciembre de 2005, aquélla expresión carecía de sentido y fue eliminada del texto constitucional. A este respecto, el Doctor Sergio García Ramírez opina que, por razones de claridad, hubiera sido conveniente precisar que el hecho estuviera sancionado “*única y exclusivamente con privativa de libertad*”.⁵¹¹ Es cierto que la claridad del texto constitucional aumentaría; sin embargo, este pequeño tropiezo resulta superable mediante una interpretación “*a contrario sensu*”.

El tercer y quinto requisitos han sido analizados previamente, pero baste decir, a manera de conclusión, que **las órdenes de aprehensión tienen ahora una motivación demasiado simple**; sólo será necesario el “establecimiento” de los “elementos objetivos del tipo penal”, con base en simples “datos de prueba”, lo cual significa que, de un simple vistazo al mandamiento de captura debe advertirse una “liviana percepción” sobre un hecho que la ley penal prohíba y sancione con pena corporal, sin importar si se trata “exactamente” la conducta imputada. En este caso, la garantía de debida fundamentación y motivación del acto de autoridad, comprenden un “escueto razonamiento” de los datos de prueba obtenidos por el Ministerio Público y una “clasificación típica imperfecta” del hecho considerado con relevancia punible.

A esto se refieren los juzgadores federales, integrantes de la **Mesa 1**,⁵¹² al concluir que “el dictado de la orden de aprehensión será más fácil, con menos requisitos que los que ahora se exigen, y la motivación de la resolución, no será

⁵¹¹ GARCIA RAMIREZ, Sergio. *La reforma penal (2007-2008)*, Op. Cit., p. 46.

⁵¹² S.C.J.N. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal*, Op. Cit., pp. 11 y 12.

tan rigorista, pues no exigirá la comprobación de los elementos del tipo penal, sino las pruebas que acrediten el hecho delictuoso y la comisión o participación del indiciado.”

El cuarto requisito no es materia del presente estudio, pero baste con mencionar que se trata de: I) aclarar la forma de participación del imputado en el hecho delictivo; II) la identificación personal del imputado, a título probable; y III) la forma de comisión del injusto penal (dolo o culpa).

2. En el auto de vinculación a proceso

En su nueva denominación constitucional, el “**auto de vinculación a proceso**” puede definirse como el acto de molestia específicamente regulado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por medio del cual, la autoridad judicial decide, mediante una resolución de fondo, intermedia, con efectos provisionales, suspensiva de derechos políticos y excepcionalmente restrictiva de la libertad, la situación jurídica del imputado; asimismo, fija la Litis del contradictorio punitivo (garantía de *Litis cerrada*) sobre la base de una clasificación típica preliminar de los hechos estimados con relevancia punible y por los cuales deberá seguirse forzosamente el juicio, a fin de proteger al imputado frente a un cambio intempestivo de éstos y evitar que sea sorprendido a la hora de dictarse la sentencia definitiva.

En términos del párrafo primero del artículo 19 constitucional, al emitir el auto de vinculación a proceso, el Juez de control deberá cumplir con los cuatro requisitos siguientes:

1. Precisar las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución del hecho imputado;
2. clasificar provisionalmente la conducta típica imputada;
3. precisar la forma de intervención del imputado en el hecho delictivo, y
4. decidir si existe un cúmulo de pruebas suficientes para acreditar los puntos 2 y 3.

Cabe hacer notar que los requisitos de ser un delito sancionado “con pena privativa de libertad” y que exista “querrela o denuncia” previa, no tiene sentido volver a exigirlos en el auto vinculación a proceso porque al haber sido analizados en la orden de aprehensión, se tiene certeza sobre su existencia y sería un absurdo volver a analizarlos.

El primero de los requisitos listados, tiene una sencilla razón de existir: la necesidad de fijar con toda claridad y precisión los hechos por los que habrá de instruirse proceso penal contra el imputado, pues sólo así: I) el Estado podrá fijar concretamente su pretensión punitiva, limitando su poder de persecución punitiva; y II) podrá conocer los hechos que se le atribuyen y poder ejercer su derecho a una adecuada defensa; de lo contrario, cualquier sentencia condenatoria tendría serios problemas de legitimidad, pues se estaría facultando al Juez para conocer de hechos indeterminados y el Órgano técnico de acusación tendría una notoria ventaja sobre el imputado, quien quedaría de este modo en estado de indefensión.

Respecto a los puntos marcados con los números 2, 3 y 4, me remito a los comentarios hechos con anterioridad, al analizar la orden de aprehensión, toda vez que se trata del mismo alcance constitucional entre dicha resolución y el auto de vinculación a proceso. Carece de sentido, entonces, ser reiterativo al respecto; no obstante ello, hago énfasis en la raquítica garantía de debida motivación y fundamentación que ahora se exige para el dictado de este proveído.

Lo anterior puede confirmarse en el criterio sustentado por el Magistrado Federal José Martín Hernández Simental, adscrito al Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, para quien el auto de vinculación a proceso “*sólo debe fijar la materia de la investigación y el eventual juicio*”, es decir, precisa su naturaleza como una *resolución delimitadora del proceso penal*, aplicando un énfasis implícito en la garantía de “*litis cerrada*” y agrega que en dicho proveído sólo se exige la “*justificación*” de la “*probabilidad del hecho*” más no la “*probable responsabilidad*”.

Asimismo trata de distinguir entre el “cuerpo del delito” (elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos del tipo) y la “probable responsabilidad” (que omite delimitar conceptualmente), los cuales excluye del análisis del proveído de mérito, señalando que debe atenderse sólo al “*hecho o hechos ilícitos*” y a la “*probabilidad de que el indiciado los cometió o participó en su comisión*”.

Por otra parte, respecto a la cuestión probatoria, el citado juzgador federal precisa que debe examinarse el “*grado de razonabilidad*” (que tautológicamente entiende como una *duda “razonable”* y que omite precisar en sus alcances) para que pueda concluir si se justifican o no ambos extremos. Así también, agrega que deben tomarse en cuenta, como normas rectoras, la legalidad (refiriéndose a los hechos que *puedan* tipificar delitos y a la información que *pueda* constituir datos), la ponderación (entre la versión del Ministerio Público –incluyendo la información que *puedan* confirmarla– y la versión de la defensa –se entiende, que pudiera desvirtuarla–), la proporcionalidad y lo adecuado y necesario de los datos aportados por ambas partes. Lo anterior, puede observarse en la jurisprudencia por reiteración siguiente:

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA). De los artículos 16, tercer párrafo, 19, primer párrafo y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados el dieciocho de junio de dos mil ocho, se advierte que el Constituyente, en el dictado del auto de vinculación a proceso, no exige la comprobación del cuerpo del delito ni la justificación de la probable responsabilidad, pues indica que debe justificarse, únicamente la existencia de “un hecho que la ley señale como delito” y la “probabilidad en la comisión o participación del activo”, esto es, la probabilidad del hecho, no la probable responsabilidad, dado que el proveído de mérito, en realidad, sólo debe fijar la materia de la investigación y el eventual juicio. Consecuentemente, en el tratamiento metódico del llamado auto de vinculación a proceso, con el objeto de verificar si cumple con los lineamientos de la nueva redacción del referido artículo 19, no es

necesario acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos, en el caso de que así los describa el tipo penal, es decir, el denominado cuerpo del delito, sino que, para no ir más allá de la directriz constitucional, sólo deben atenderse el hecho o los hechos ilícitos y la probabilidad de que el indiciado los cometió o participó en su comisión; para ello, el Juez de Garantía debe examinar el grado de razonabilidad (teniendo como factor principal, la duda razonable), para concluir si se justifican o no los apuntados extremos, tomando en cuenta como normas rectoras, entre otras, la legalidad (si se citaron hechos que pueden tipificar delitos e información que se puede constituir como datos y no pruebas), la ponderación (en esta etapa, entre la versión de la imputación, la información que la puede confirmar y la de la defensa), la proporcionalidad, lo adecuado y lo necesario (de los datos aportados por ambas partes) para el dictado de dicha vinculación.”⁵¹³

Esta confusa explicación demuestra algunos de los inconvenientes que representa dejar todo a la interpretación constitucional: **I)** persiste la notoria confusión entre el antiguo concepto y el de reciente cuño legislativo; **II)** demuestra la incapacidad para explicar, con suficiente claridad técnica, el concepto de “*ilicitud penal*”, pues bajo la expresión “*hecho ilícito*” puede comprenderse cualquier tipo ilicitud (civil, administrativa, mercantil, laboral, fiscal, etc.), lo que impide realizar una distinción contundente para el sector punitivo; **III)** el reavivamiento de la discusión doctrinal existente en torno a la estructuración de dicho concepto, impidiendo llegar a una consolidación del mismo; y **IV)** la rotunda negación de la “*certeza jurídica*” que debe tener el gobernado, derivado de un peligroso y comodino grado de manipulabilidad autoritario del concepto.

Aunado a lo anterior, saltan a la vista algunas consideraciones importantes: **I)** la “*razonabilidad*” o “*duda razonable*” no comprende, ni de lejos, un concepto suficientemente nítido para alcanzar la certidumbre jurídica tan anhelada en un Estado de Derecho (menos aún, cuando omiten precisar sus alcances convictivos); **II)** la “*legalidad*”, entendida como sinónimo del *posible* encuadramiento típico y la suma de los datos probatorios, es sumamente imprecisa y, por ende, manipulable a conveniencia; **III)** la “*ponderación*” de las dos versiones (acusación y defensa), así como de los datos de prueba, no es otra cosa

⁵¹³ Época: Décima Época Registro: 160330 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3 Materia(s): Penal Tesis: XVII.1o.P.A. J/25 (9a.) Página: 1942.

que una “valoración” (dado que ambas implican un esfuerzo cognitivo), aunque debió aclararse (lo que no se hizo y probablemente no se hará debido a las timoratas actitudes que permean en el foro) que esa ponderación ahora es “bastante liviana”; **IV)** la “*proporcionalidad*” penal sólo cobra aplicación en la punición que se establece en la sentencia definitiva, aunque pretenda aplicarse indebidamente para sopesar la necesidad de la prisión preventiva, que cuenta en la actualidad con supuestos constitucionales específicos; **V)** lo “*adecuado y necesario*” de los datos de prueba se refiere al concepto de “idoneidad probatoria”, que aunque no se hubiera listado, tendría que exigirse imprescindiblemente en cualquier análisis de la constitucionalidad del acto reclamado, empero, no aclara si la “eficacia” provisional que debe concedérsele a esos datos probatorios debe explicitarse concienzudamente (o no) dentro del acto de molestia, lo que en verdad era la cuestión relevante.

Nótese que, a pesar del gran esfuerzo para tratar de aclarar su significado, la interpretación jurisprudencial mantiene vigente el peligroso estado de ambigüedad que existía previo a la reforma, pues no aclara de forma concisa en qué consisten: el hecho delictivo, los datos de prueba y el nuevo nivel convictivo, tres cuestiones imprescindibles dentro del acto de molestia.

No cabe duda, se abre paso a un poder jurisdiccional superlativo donde el Juez de Control tiene “*manga larga*” para emitir los autos de vinculación a proceso, al amparo del cumplimiento de raquícticas exigencias constitucionales. Ello no implica “*eximir*” al Ministerio Público de su obligación probatoria, porque rompería con el principio de equidad procesal; sin embargo, dentro del favoritismo que implica la reducción probatoria, comprende un análisis somero de los datos aportados por el Representante Social.

CAPÍTULO V

PROPUESTA: “SUBSUNCIÓN DEL HECHO LESIVO”

A) Determinación ontológica del concepto

a) Propuesta de denominación

Se analizó con detenimiento el desarrollo histórico, constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal de esta garantía de seguridad jurídica. Queda claro que su objeto de tutela es la libertad personal; sin embargo, al tratar de precisar su esencia jurídica, las opiniones se dividen.

Por un lado, se incurrió en el error constante de adoptar un solo modelo teórico del Derecho Penal (causalismo y finalismo) para explicar esta garantía, sin comprender que se trataba de un concepto mucho más complejo y no sólo un concepto sustantivo. Como era de esperarse, ello redundó en un extendido debate que culminó con abundantes posturas insatisfactorias.

¿Qué debe hacerse entonces? Creo que la posible solución se encuentra en la caracterización explícita de los elementos sustantivos y procesales que convergen en la delimitación ontológica de este concepto. Se trata pues, de una entidad jurídica bifurcada de origen: por un lado representa la protección al gobernado frente los actos del poder público y de otro, legitima la puesta en marcha del aparato punitivo, tratándose de los actos antisociales merecedores de pena.

En este tenor, con la finalidad de crear un clima propicio para su discusión, propongo determinar las **propiedades, características o atributos connaturales** de este concepto procesal o, dicho de otro modo, trataré de establecer la ontología procesal de este concepto jurídico. Para lograrlo, parto de dos ejes fundamentales: *a)* un sustento filosófico-político, que no incurra en el exceso de caprichos ni vanidades que impliquen muy altas exigencias; y *b)* la consideración de las consecuencias prácticas (pragmatismo jurídico), inmediatas y directas, de su

aplicación en la Procuración y Administración de Justicia, a fin de que no lleguen a producir garantismos exacerbados e irrealizables que produzcan impunidad, pero que tampoco autoricen una aplastante hegemonía del poder público.

Partiendo de ello, consideré pertinente terminar este trabajo con una propuesta de regulación constitucional y legal, así como una propuesta de interpretación jurisprudencial. La intención de ello, desde luego, es ayudar en la creación legislativa y en la interpretación jurídica de dicho concepto; de tal modo, la propuesta se encamina a encontrar un punto de inflexión armónico, entre la diversidad de criterios existentes, pues no se trata de crear antagonismos ni complicaciones, sino de proponer soluciones.

La solución no es fácil, debe empezarse por el planteamiento de una denominación acertada y para ello, deben tenerse en cuenta, al menos, dos cuestiones de suma trascendencia. La primera, exige emplear una denominación de *enfoque doctrinal neutro*, cuya función permita eliminar fanatismos de alguna doctrina en específico y facilitar la aplicación del texto positivo; la segunda, implica utilizar una denominación que, por sí misma, refleje en forma clara su contenido y que, al mismo tiempo, elimine vaguedades o ambigüedades. Aquí comienza el proceso de creación jurídica y el camino a la certidumbre del gobernado.

Tomando en cuenta ello, someto a escrutinio la denominación de **“subsunción del hecho lesivo”**, que considero doctrinalmente neutra y que remite a la operación mental que debe realizar el Órgano Jurisdiccional (subsunción o encuadramiento del hecho con el tipo penal); asimismo, realza el carácter distintivo de las conductas punibles, porque la ilicitud penal sólo cobra relevancia cuando tiene una lesividad social intrínseca, es decir, cuando alguno de los valores de la escala axiológico-social de mayor jerarquía se ve afectado o puesto en peligro, a diferencia de lo que ocurre con los otros hechos ilícitos. De tal modo, la construcción del concepto procesal que defina la base de la investigación delictiva en nuestro país depende, primordialmente, de la relevancia punible del hecho, apoyada en su tipicidad y antijuridicidad material.

Sin embargo, la sola denominación es insuficiente para precisar sus efectos jurídicos, siendo necesario enumerar sus **“rasgos o caracteres fundamentales”** y precisar el contenido de cada uno de ellos. De esta manera, procurando un ejercicio moderado del poder público desde la óptica de las normas instrumentales, considero que la “subsunción del hecho lesivo” debe entenderse como el concepto **fundamentador de la jurisdicción punitiva, de jerarquía constitucional, impersonal, provisional, autónomo, de acreditación semiplena y regido por los principios de taxatividad, lesividad, exhaustividad y libertad probatoria.**

Nótese que se elimina cualquier inclinación hacia algún modelo específico del Derecho Penal, porque ello potencializaría la dañina polémica que ha existido desde décadas atrás. Obviamente, al igual que ocurre con cualquier concepto o término, su significado podrá mejorarse a partir de nuevas consideraciones teóricas que lo enriquezcan, siempre que no implique un desvío radical que impida llegar a la solución del problema.

Aclaro que prefiero el vocablo “hecho” sobre el diverso “conducta” (acción, acto, acontecimiento, etc.) porque, a juicio de este autor, esta conjugación en participio irregular del verbo “hacer” no excluye, desde una perspectiva ontológica, las conductas (positivas o negativas) con relevancia punible, sino por el contrario, quedan incluidas dentro del mismo; de esta manera, al hablar del “hecho”, me refiero al complejo de elementos fácticos que, integrados en un relato preciso, congruente e indivisible, fundamentan la pretensión punitiva y colman de significación delimitadora al enjuiciamiento punitivo. En tal sentido, al referirme al hecho, me refiero la ubicación espacio-temporal de la conducta con relevancia punible o, dicho de otra forma, a la precisión de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución de la conducta delictiva, la cual se exige en todos los actos de molestia que afecten la libertad personal.⁵¹⁴

⁵¹⁴ “ORDEN DE APREHENSIÓN. PARA SU DEBIDA MOTIVACIÓN DEBE SEÑALAR EL LUGAR, TIEMPO Y CIRCUNSTANCIAS DE EJECUCIÓN DEL DELITO QUE SE IMPUTA AL ACUSADO. Si bien es cierto que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no indica que en la orden de aprehensión deban expresarse el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito que se le imputa al acusado -requisitos que establece el artículo 19 constitucional para el auto de formal prisión-, también lo es que a efecto de cumplir con la garantía de motivación contenida

b) Sus caracteres específicos

1. Impersonalidad

Por su importancia y notoriedad, destaca en primer término el aspecto impersonal de este concepto. Al ser de carácter “*puramente abstracto*”, su existencia se aleja de la persona en concreto contra quien se formulen los cargos y de valoraciones que se refieran a ella.

Desde esta perspectiva, la relevancia punible del hecho no está subordinada a: **I)** la identidad del imputado (persona cierta y determinada); **II)** la atribución de una porción conductual (grado de participación criminal); y **III)** la imputabilidad y culpabilidad (reproche de la conducta, así como el dolo y culpa) del agente infractor.

La **finalidad metodológica** que reviste para nuestro sistema de enjuiciamiento punitivo, consiste en que, al reservar el análisis de la identificación de la persona y su grado de participación delictiva para un apartado diferente en las resoluciones jurisdiccionales, se otorga mayor claridad en su estructura y mayor certeza para el justiciable, al permitir escudriñar el “*criterio de tipicidad*”⁵¹⁵ y la “*valoración probatoria*” que realizó para tenerla por acreditada.

Asimismo, sería absurdo analizar la identidad de una persona a quien se imputa una “*conducta no delictiva*”, porque no hay responsabilidad que derive “*de*

en el citado artículo 16, la autoridad que emite la referida orden debe señalar dichos datos, ya que son los que permiten comprender la forma y condiciones en que se llevó a cabo la conducta delictiva en el mundo fáctico, lo cual permite al acusado conocer con amplitud los motivos por los que se ordena su captura, estando así en posibilidad de desplegar eficazmente su defensa.” [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Febrero de 2007; Pág. 452. PRIMERA SALA. Contradicción de tesis 50/2006-PS. Jurisprudencia 102/2006.

⁵¹⁵ “CUERPO DEL DELITO. NO ES EN ESE APARTADO DONDE CORRESPONDE ANALIZAR LA CONDUCTA DESPLEGADA POR CADA UNO DE LOS COAUTORES. Es inexacto considerar que el auto de formal prisión reclamado carece del requisito de motivación, aduciendo que en lo relativo al análisis del cuerpo del delito continuado de intervención de comunicaciones privadas, la responsable omitió precisar el día en que inició para cada uno de los inculpados la conducta atribuida. Esto es así, porque no debe confundirse, en el terreno de lo penal, la connotación que en nuestra legislación se ha atribuido a la figura procesal denominada cuerpo del delito, que constituye un ente impersonal e indivisible; de ahí que no sea válido afirmar que en el juicio de tipicidad deba señalarse de forma pormenorizada la fecha en que inició la actividad delictiva desplegada por cada inculpado, pues ello equivaldría a dividir el delito considerado como un todo unitario y prejuzgar sobre su probable responsabilidad. Sostener lo contrario implicaría atribuir al concepto cuerpo del delito las características de un “tipo total” o “amplio”, que conlleva a la constatación del delito completo, incluyendo la identidad del autor, lo que haría injustificado un procedimiento de instrucción posterior cuando desde el dictado del auto de formal prisión se estaría resolviendo la certeza del ilícito. En cambio, la subsistencia de las bases del procedimiento penal, plasmadas en la Constitución Federal, en cuanto se sigue admitiendo la “formal prisión”, presuponen un mero juicio provisional respecto del hecho y la responsabilidad probable del inculpado.” CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Julio de 2003; Pág. 1069.

la nada jurídica".⁵¹⁶ Sin que pase desapercibida la objeción de que "escindir la demostración del hecho delictuoso de la identificación de su autor" origine problemas de "ociosidad, tedio y reiteraciones en las resoluciones judiciales",⁵¹⁷ porque habría que decir lo mismo respecto a un análisis "*ocioso, tedioso e innecesario*" de una "*responsabilidad inexistente*". En todo caso, esta objeción cobra relevancia desde el ámbito judicial únicamente, empero, tratándose de la de la investigación ministerial "*contra quien resulta responsable*", no sólo resulta necesaria, sino incluso indispensable, porque sólo así podrá recibirse la denuncia, radicar el expediente y darle trámite a la indagatoria, incluidas las medidas cautelares (aseguramiento de bienes, cateos, congelación de cuentas bancarias o acciones que coticen en Bolsa, atención de médico-hospitalaria y/o psicológica del ofendido, entre otros). En estos casos, "*la identidad*" del presunto responsable, que podría demorar en conocerse, es irrelevante; piénsese, por ejemplo, en los delitos de secuestro y homicidio calificado, donde la regla es desconocer la identidad del presunto responsable.

No obstante ello, existe opinión en contrario. Se estima, en este sentido, que el significado del concepto "*acción*" debe extenderse al ámbito de la participación criminal, estimando que éste se encuentra "*imbíbido*" dentro de aquél, formando una relación inseparable con el injusto penal, tanto en la jurisprudencia⁵¹⁸ como en el sector doctrinal.⁵¹⁹

⁵¹⁶ "CUERPO DEL DELITO, COMPROBACION NECESARIA DEL, PARA FINCAR LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD. No estando acreditados los elementos del delito por el que fue dictado el auto de formal prisión, debe necesariamente concluirse que tampoco lo está la presunta responsabilidad del inculcado en la comisión del tal ilícito y al no haberlo estimado así la autoridad responsable, incurre en la violación al artículo 19 de la Constitución Federal, que previene que los datos arrojados de la averiguación previa deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado." TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 2, Sexta Parte; Pág. 71.

⁵¹⁷ SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito... Op. Cit.*, p. 54.

⁵¹⁸ "AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. DEBE ANALIZARSE EN EL INJUSTO Y NO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). El análisis de la autoría y participación no debe realizarse en el capítulo de la responsabilidad penal, puesto que el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a diferencia del 168 del Código Federal de Procedimientos Penales exige únicamente probar el obrar doloso o culposo y que no exista acreditada a favor del inculcado alguna causa de exclusión del delito, esto es, no se exige en la legislación del Distrito Federal acreditar el grado de intervención del sujeto activo en la responsabilidad sino en el injusto penal, pues no debe perderse de vista que no hay más autor del delito que aquel que realiza o ayuda a realizar la acción y si la acción pertenece al injusto, es allí donde debe ser analizada." Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVIII, septiembre de 2003, página 1184, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.10o.P. J/2; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVIII, septiembre de 2003, página 1185.

⁵¹⁹ A este respecto, el Doctor Alejandro Sosa Ortiz considera que el grado de participación (o intervención) como "*autor*" y "*coautor*" son inseparables de la demostración de los elementos del tipo, por tratarse de una relación ínsita entre aquéllos y éste, "pues sólo en la medida en que se acrediten estos últimos se podrá afirmar que alguien realizó por sí la conducta

Aunque en el plano de realidad autoría (y participación) y acción no pueden separarse, carece de sentido precisar la intervención de una persona en un hecho permitido (no punible), al momento de estructurar las resoluciones jurisdiccionales. Indudablemente, sólo cuando exista acreditado un “probable” delito, podrá hablarse de los “probables” intervinientes y del grado de responsabilidad que a cada uno le corresponde, de modo que el primer elemento es un requisito *sine qua non* del segundo; por ello se afirma que este concepto sólo comprende el análisis **“del hecho” sin considerar el grado de participación criminal**. En todo caso, habría que considerar un esfuerzo estéril el identificar a determinada persona por su nombre y características morfofisonómicas, si se encuentra relacionada en un hecho que goza de plena legitimación social. ¿Qué necesidad hay de ello? Es claro que esto sólo conllevaría una pérdida valiosa de tiempo para el Órgano Jurisdiccional, en perjuicio de nuestra justicia penal.

Además, si el “*injusto penal*” se refiere a la “antijuridicidad tipificada”, es claro que la “acción” sólo constituye su *presupuesto* y podría verse reflejada, sólo de forma eventual y en casos muy necesarios, como verbo rector del tipo, pero no puede afirmarse que “*pertenezca*” a éste, porque no se trata de uno de sus elementos estructurales, pues existe de forma previa a la descripción típica.

La importancia de este concepto radica en “el hecho”, revelador de la carga socialmente dañosa descrita en el tipo, más no en “la persona”,⁵²⁰ identificable por sus características particulares y que concreta esa carga dañosa acorde al grado de intervención que haya tenido; de esa misma persona, también se analiza su imputabilidad y la intencionalidad –dolo o culpa– con la que actuó. En su conjunto,

típica descrita en aquél y, consecuentemente, se tendrá por acreditada la autoría material de ese ilícito.”, visible en SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito... Op. Cit.*, p. 93. Sin embargo, el propio autor reconoce que “el tipo penal sirve de soporte para el instituto de la participación criminal porque dada la naturaleza accesoria de ésta, sólo podrá ser considerado partícipe quien ha colaborado con el autor de una acción adecuada a un tipo penal”, aunque concluye –de forma un tanto contradictoria– afirmando que el concepto de cuerpo del delito “es un concepto impersonal, en la medida en que no se ocupa de identificar a quien ha actualizado la conducta descrita en la ley con el indiciado, cuestión que corresponde a la responsabilidad.” SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito... Op. Cit.*, p. 53.

⁵²⁰ “**PECULADO. EL CARACTER DE SERVIDOR PUBLICO ES ELEMENTO DEL CUERPO DEL DELITO DE.** *El requisito de que se demuestre el carácter de servidor público en el delito de peculado, esencialmente forma parte de la comprobación del cuerpo de ese ilícito y no de la probable responsabilidad del enjuiciado, en tanto es uno de los elementos integradores del tipo penal establecido por la fracción I del artículo 428 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, precepto legal que no inculpa a persona determinada, pues nada más establece la hipótesis normativa que de ser actualizada con el encuadramiento de determinada conducta, revela la materialización del delito; esto es, la condición que establece la norma, de ser servidor público, debe acreditarse plenamente de lo que se sigue que para el caso de no estar demostrada no puede decirse que el cuerpo del delito lo esté y menos aún la supuesta responsabilidad.*” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIV, Julio de 1994; Pág. 695.

estas cuestiones pueden considerarse “*particularmente subjetivas*”, ya que importan un conjunto de *características que se refieren a la individualidad de la persona* y que, por sí mismas, no se refieren a la idea del “*probable delito*”. Por ello, resulta metodológicamente aconsejable analizar dichas cuestiones bajo un apartado específico, tal y como se ha venido haciendo en el binomio constitucional “**presunto delito – presunta responsabilidad**”.

Ahora bien, el concepto “**culpabilidad**” se refiere, en términos generales, a dos cuestiones. La primera abarca la aplicación de la pena sólo para aquellos casos donde las personas fueron capaces de comprender la ilicitud del hecho, pudiendo obrar conforme a esa comprensión, al tiempo que implica entender si la persona obró conociendo el contenido de esa acción que realizaba o si lo hizo desatendiendo los deberes de cuidado que le eran exigibles en ese momento. En segundo término, la culpabilidad comprende un factor de individualización de la pena dado que, según sea la gravedad de aquélla lo será también la de ésta última; esto último atiende a los fines de prevención especial de la pena y excluye categóricamente la posibilidad de determinar el quantum punitivo, única o fundamentalmente, en base a la peligrosidad revelada por el autor. De esta manera, la culpabilidad engloba la idea del “**juicio de reproche**”, el cual debe quedar también excluido de este concepto procesal, no sólo porque recae sobre la persona, sino porque al ser un elemento determinador del *quatum* punitivo debe reservarse, exclusivamente, para el dictado de la sentencia definitiva.

Con mayor razón, en la actualidad el “*principio de presunción de inocencia*”, que de forma expresa reconocen nuestro texto constitucional (artículo 20 apartado B fracción I) y los tratados internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos –artículo 8, num. 2–, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos –artículo 11–) prohíbe la presunción de culpabilidad sobre el imputado, es decir, sobre la persona, lo cual robustece la idea de excluirlo del análisis de este concepto.

Respecto al “**dolo**”, éste queda excluido en razón a que requiere un análisis con estricto detenimiento del “acto consciente”, es decir, conlleva un análisis

exhaustivo y pormenorizado de la intención delictiva del agente infractor. La objeción de mayor peso que presenta esta postura gira en torno a los “*elementos subjetivos específicos del tipo*”, que llevan implícita la calificación de esa intención delictiva; sin embargo, cabe aclarar que se trata de la determinación del “*disvalor intrínseco del hecho*” lo que no corresponde al juicio de tipicidad, porque no hay necesidad de entrar en la psique del agente infractor, es decir, no debe existir un adentramiento a su fuero personal. Amén a ello, debe agregarse que el dolo implica un elemento integrante de la culpabilidad, no del tipo.

Como se ha dicho, si bien estos elementos presuponen la existencia del dolo, no implican un juicio de reproche sino de tipicidad, porque no se trata de establecer una variabilidad en el reproche del injusto al sujeto, sino de decidir si la conducta ha violado o no el mandato prohibitivo; por ello, en este punto del análisis delictivo resulta irrelevante cualquier clasificación del dolo (directo o eventual, genérico o específico, de primer o segundo grado, etc.), pues si opera la atipicidad de la conducta, cualquier juicio valorativo sobre el reproche de ésta, carente de sentido; por ende, no puedan considerarse “*referencias redundantes*” del dolo.

Sumado a lo anterior, la naturaleza de estos elementos comprende una “*carga anímica cuyo objeto se concentra una especial forma de ataque al bien jurídico*” y no tanto así sobre el conocimiento de la antijuridicidad o de los elementos del tipo penal, pues resulta mientras lo primero ocurre siempre al desplegar la conducta, lo segundo puede presentarse como objeto secundario en la mente del sujeto infractor, es decir, en la persona del imputado.

2. Provisionalidad

Esta característica deriva de los **efectos temporales** que tienen los actos de molestia atentatorios de la libertad personal; implica que la restricción de sus alcances jurídicos se concentran a un “*periodo procesal específico*”.

Lato sensu, la provisionalidad se restringe a un periodo que va de momento a momento: desde la radicación de la indagatoria ministerial hasta el momento

previo a la formulación de las conclusiones acusatorias; ello en atención a que, durante todo este lapso, sólo el **“probable”** hecho delictivo es lo que constituye el objeto de la investigación y posterior enjuiciamiento.

Stricto sensu, comprende solamente el periodo que existe entre los dos actos de molestia fundamentales en materia penal: la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso; en razón de que, a partir de este punto, la **“acreditación plena”** del **“delito”** será materia del proceso penal y del posterior análisis que se haga en la sentencia definitiva. Lo anterior, toda vez que la clasificación provisional que se haga del hecho con relevancia punible determinará el tema probatorio del proceso penal.

De cualquier modo, la **“clasificación”** (**“encuadramiento”**, **“subsunción”** o **“tipicidad”**) del hecho punible tendrá efectos temporales siempre, ya que **puede cambiar en cualquiera de las resoluciones preliminares que se siguen dentro del procedimiento penal** (e incluso en las que se dicten en la Litis superior, con motivo de la tramitación de algún medio de defensa⁵²¹), **debido a circunstancias**

⁵²¹ *“AMPARO. DETERMINAR EN EL JUICIO DE GARANTÍAS, SI EL AUTO DE FORMAL PRISION SE REFIERE A UN DELITO DISTINTO DEL COMETIDO POR EL INculpADO, NO IMPLICA UNA RECLASIFICACION DEL DELITO. El hecho, de que el Juez de amparo para reforzar su dicho en el sentido de que no se encuentra acreditado el cuerpo del delito de fraude a que se refiere la fracción III del artículo 387 del Código Penal, por el que se le dictó el auto de formal prisión al quejoso, indique, que los elementos existentes en autos, son integrativos de otro delito, y en consecuencia conceda el amparo de manera lisa y llana, no significa reclasificación del delito, ya que al razonar en este sentido, es la conclusión a la que llegó al valorar las pruebas recibidas y determinar así la inconstitucionalidad del acto reclamado, sustituyendo al Juez de la causa por lo que hace a la estimación de las pruebas tendientes a demostrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, lo que sí le está permitido; en cambio, operaría la reclasificación del delito en el caso de que al resolver en el juicio de garantías, se ordenara al Juez de la causa, que dictara un nuevo auto de formal prisión por el delito realmente comprobado.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; Informes; Informe 1986, Parte III; Pág. 22. “RECLASIFICACION DEL DELITO, CONCESION DEL AMPARO QUE NO IMPLICA LA. Al establecer el a quo que los actos ilícitos imputados al promovente del amparo, encuadraban en lo dispuesto en el artículo 194, fracción IV, penúltimo párrafo del Código Penal Federal y no en el 197, fracción I, del mismo código, como se señaló en la formal prisión reclamada, se estaba en presencia de una falta de formalidad por indebida apreciación en las circunstancias de ejecución y no de una falta de los requisitos de fondo, razón por la cual el amparo no debió otorgarse en forma total, sino para el efecto de que se dictara un nuevo auto de formal prisión, en el que se tuviera por acreditado el cuerpo del delito contra la salud en la modalidad de posesión de marihuana, previsto y sancionado por el citado artículo 194, fracción IV, penúltimo párrafo del código punitivo federal, así como la probable responsabilidad del quejoso en su comisión; sin que esa determinación implique la reclasificación del delito, por tratarse de la misma conducta la tipificada por el artículo 197, fracción I, de la del penúltimo párrafo de la fracción IV del precepto 194, únicamente sancionadas de diversa manera, en razón de las características de los activos, conductas desplegadas y cantidades de estupefacientes.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; Informes; Informe 1988, Parte III; Pág. 935. “RECLASIFICACION DEL DELITO. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, LA AUTORIZA EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL INculpADO O SU DEFENSOR, EN CONTRA DEL AUTO DE FORMAL PRISION O EL DE SUJECIÓN A PROCESO. La hipótesis normativa prevista en el artículo 385, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales que faculta al tribunal de apelación para reclasificar el delito por el que el Juez a quo decidió pronunciar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se actualiza cuando se interpone recurso de apelación por el inculpado o su defensor, no así por el Ministerio Público, es decir, sin necesidad de que éste haya formulado agravio alguno, toda vez que debe tomarse en cuenta que la consignación se basa en una relación de hechos determinados y en los elementos probatorios que justifican su realización fáctica y la presunta intervención del inculpado como sujeto activo, de manera que en el caso del recurso de apelación, la única limitación para el tribunal de alzada es que*

fácticas o jurídicas muy variables o, incluso, impredecibles (por ejemplo, el desahogo de pruebas de descargo durante la duplicidad del término constitucional, la muerte superviniente del ofendido, la reclasificación médico-legal de las lesiones, la revaluación comercial de los bienes muebles, una reforma a la ley penal en beneficio del imputado, etcétera).⁵²² Trátase entonces de cualquier circunstancia que, con relación directa e inseparable con el hecho punible, permita cambiar la **“apreciación o clasificación jurídica” del hecho punible;**⁵²³ una facultad que ha sido reconocida en todos los Códigos de Procedimientos Penales de nuestro país y que no prohíbe (pero tampoco precisa) nuestra ley fundamental. La idea de que esta apreciación jurídica pueda cambiar supone dos cosas: a) el legítimo ejercicio del derecho a una adecuada defensa por parte del imputado; y b) el perfeccionamiento de la acusación por parte del Órgano Persecutor.

De ahí que la apreciación realizada en el auto de término constitucional pueda variar respecto a la contenida en la orden de aprehensión y viceversa, pudiendo, incluso, presentarse los casos en que la imputación ministerial carezca de solidez suficiente para continuar con el proceso hasta el dictado de la sentencia definitiva,⁵²⁴ único lugar donde la clasificación típica debe ser **firme e**

la reclasificación se haga en forma tal que corresponda a los hechos que motivaron la consignación, sin incurrir en alguna variante de ellos, lo que no implica que se reduzca la capacidad de defensa del inculpado y sus derechos, pues éstos se verán respetados al basarse las consideraciones de la sentencia del tribunal de apelación en los hechos que fue la voluntad de la representación social determinar como materia de la consignación. Lo anterior se robustece con el criterio del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenido en la tesis P. LXXXV/99, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, diciembre de 1999, página 15, de rubro: “DELITO. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE AUTORIZA SU RECLASIFICACIÓN EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EL DE SUJECCIÓN A PROCESO, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.”, al considerar que dicho precepto tiene por finalidad cumplir con exigencias de orden público y de interés social, que consisten en buscar que el proceso se siga por el delito o delitos exactamente determinados por los hechos denunciados, de tal manera que la reclasificación que hace el tribunal ad quem es para dar cumplimiento al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que el proceso se siga por los delitos que tipifican los hechos denunciados y no por otros. Lo anterior no significa que se deje al inculpado en estado de indefensión, porque en esa etapa procesal tiene a su alcance toda la secuela del juicio, a partir de la instrucción, en la que podrá expresar argumentos y aportar pruebas que tengan como finalidad demostrar su inocencia o bien, que el tipo penal conforme a los hechos acreditados por su defensa, corresponden a otro de menor gravedad.” Tesis de jurisprudencia 12/2002. Primera Sala.

⁵²² Es lo que el jurista Raúl Cárdenas Rioseco denomina *“carácter dinámico del proceso penal”*, teniendo en cuenta que “los hechos que constituyen su objeto pueden alterarse o se pueden ir modificando”, aunque señala que “es difícil que esas modificaciones sean tan drásticas, que modifiquen substancialmente el núcleo esencial o fundamental del hecho histórico con relevancia jurídica”, siendo lo frecuente que “los cambios se den en elementos accesorios, pero por ese carácter dinámico inicialmente lo que hay son hipótesis provisionales”. CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. *La garantía de correlación de la sentencia*, Porrúa, México, D.F., 2005, p. 53.

⁵²³ Por ejemplo, de lesiones a homicidio, de privación ilegal de la libertad a secuestro, de delito tentado a delito consumado – homicidio–, entre los diversos grados, según el mayor o menor grado de afectación del bien jurídico –robo, fraude y daño a los bienes, según la cuantía; lesiones de diversos grados de severidad–, las “modalidades” de ciertos delitos –contra la salud, cosecha, siembra, posesión, venta– etc.

⁵²⁴ “INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS, NO COMPRENDE EL EXAMEN SOBRE LA LEGALIDAD DEL AUTO DE FORMAL PRISION EL. El incidente de libertad por desvanecimiento de datos no entraña

inequívoca,⁵²⁵ ya que la punición (que pasa de la *prevención general* de la pena norma a la *retribución específica* de ésta) sobreviene como consecuencia del imperturbable reconocimiento de la violación existente al mandato prohibitivo contenido en el tipo; esto último, después de haberse desahogado las pruebas dentro del contradictorio principal, pues estimar lo contrario sería tanto como negarle utilidad alguna a la actividad probatoria realizada dentro de ésta etapa.⁵²⁶

Antes de llegar a este punto podrá hablarse, en todo caso, de la “**aspiración a punir**” esa posible violación, siendo irracional exigir que la apreciación del Órgano Jurisdiccional, previo al dictado de la sentencia definitiva, sea **irrevocable o irreversible**, pues ello sería reconocer implícitamente la existencia de una **punición anticipada** en todos los casos, negando el derecho a una adecuada defensa donde el imputado pueda ser sea oído y vencido en condiciones de igualdad frente a su acusador; máxime cuando el Órgano técnico

examen sobre la legalidad del auto de formal prisión en sí mismo y, por ende, no son materia de análisis en el propio incidente los requisitos de fondo y forma que debe satisfacer aquel proveído, pues dicho procedimiento no tiene otra finalidad que establecer si nuevos datos constituyen prueba plena indubitable capaz de desvanecer los que sirvieron como fundamento de aquella resolución. Verificar si estos últimos son suficientes para tener por acreditado el cuerpo del delito o delitos a que se contrae el auto y la probable responsabilidad del inculpaado, así como estudiar si ha sido correctamente clasificada la conducta y exactamente aplicada la ley, son cuestiones propias de la apelación, como recurso ordinario, o del juicio de amparo, cuando sea ésta la vía elegida por el interesado.” TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 91-96, Sexta Parte; Pág. 111. “DESVANECIMIENTO DE DATOS, LA RESOLUCION QUE DECLARA INFUNDADO EL INCIDENTE DE, NO CAMBIA LA SITUACION JURIDICA RESPECTO AL AUTO DE FORMAL PRISION. Es inexacto que la resolución que declara infundado un incidente de desvanecimiento de datos sustituya procesalmente al auto de formal prisión y que por esto resulte improcedente el juicio de amparo que se instaura en contra del mandamiento de bien preso. Lo anterior, porque el auto de formal prisión y el incidente de desvanecimiento de datos son instituciones jurídicas totalmente distintas, que tienen por finalidad analizar problemas diversos, lo que impide catalogarlos como meras instancias o grados establecidos para resolver un mismo punto de derecho. Es patente lo afirmado, porque mientras que en el auto de formal prisión se debe determinar si los datos del sumario aportados hasta esos momentos son bastantes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpaado, en el incidente de desvanecimiento de datos se va a calificar si las diversas constancias rendidas con posterioridad al auto que decidió la situación jurídica, son suficientes para desvanecer los datos que sirvieron para dictarlo. Por consiguiente, en el incidente de desvanecimiento de datos, a diferencia de un recurso, como pudiera ser el de apelación, no se va a resolver si la declaratoria de formal prisión se pronunció en forma ilegal, pues estaría vedado al Juez natural ocuparse de ello, sino que se va a determinar una cuestión de diversa índole; entonces, al dictarse la resolución que declara infundado el incidente de referencia, no opera una sustitución procesal semejante a la que se genera cuando se falla un recurso interpuesto en contra del auto de formal prisión.” TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 103-108, Sexta Parte; Pág. 83.

⁵²⁵ Esta idea es manejada con bastante claridad en España, al señalarse que “el carácter de provisionalidad –se refiere al escrito de la acusación y la defensa con el que se apertura el juicio oral– que tienen estas calificaciones (tal y como su propio nombre lo indica) significa que pueden ser modificadas –siempre que se respete la identidad del hecho y la persona acusada– tras el resultado de la prueba practicada en el juicio oral (art. 732). Puede incluso el tribunal sugerir a las partes nuevas tesis jurídicas para su debate si considera que los hechos se han calificado con manifiesto error (art. 733). Serán, en fin, las calificaciones definitivas las que determinen la correlación entre acusación y sentencia”; MORENO CATENA, Víctor (director), COQUILLAT VICENTE, Ángela, JUANES PECES, ángel, DE DIEGO DIEZ, Alfredo y DE LLERA SUÁREZ BARCENA Emilio. *El proceso penal, doctrina, jurisprudencia y formularios, Volumen III, fase intermedia y juicio oral*, Editorial Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, España, p.1991.

⁵²⁶ A este respecto, Raúl Cárdenas Rioseco explica que “si el delito (hechos) acogido en las conclusiones acusatorias son modificados, es indudable que cabe hablar de indefensión, en cambio, si se modifica la calificación provisional que se efectúa en el pliego de consignación, esto no se debe tomar en cuenta a los efectos de determinar si existe correlación con la sentencia, ya que lo que realmente determina el objeto de proceso penal, son las conclusiones acusatorias, que son las que contienen la calificación definitiva; y son las que se deben tomar en cuenta para determinar si existió o no correlación entre acusación y sentencia”; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. *La garantía...*, Porrúa, México, D.F., 2005, p. 57.

de acusación, en la etapa de “conclusiones acusatorias”, solicita que su “**aspiración de punición específica**” se lleve a la **sentencia de condena** como una “**punición concretada y particularizada**”. Esto no significa, como se ha pensado por algún sector de la doctrina, que exista violación a la garantía de defensa y debido proceso.⁵²⁷

3. Constitucionalidad

Esta característica adquiere relevancia sólo desde la moderna concepción del Estado de derecho, pues implica la imprescindible exigencia de una garantía constitucional específica (no genérica) que tutele la libertad personal de forma directa e inmediata frente a los dos actos iniciales del enjuiciamiento punitivo (orden de captura y auto de apertura a juicio). Puede contemplarse, si se desea, como el instrumento jurídico-procesal superior de resistencia a los actos de opresión del poder punitivo.

Su ámbito de protección se concentra en la evitación de persecuciones y enjuiciamientos innecesarios, al tiempo que obliga a la autoridad a actuar bajo un margen de certidumbre tal, donde haya un sólido grado de previsibilidad en el despliegue de la reacción estatal, esto como consecuencia de la aplicación uniforme de las normas que rigen su actuación; es decir, vincula al Órgano Jurisdiccional con la aplicación un precepto que permite prever de forma sólida y concisa sus efectos prácticos.

Este nivel superior de protección sólo se alcanza mediante el firme anclaje de este concepto dentro del texto constitucional; por ello, no puede desvincularse

⁵²⁷ El jurista Raúl Cárdenas Rioseco, aunque reconoce que “el elemento fáctico del proceso penal, debe ser el límite de la sentencia, de acuerdo con lo planteado por acusación y defensa” y que “si el Tribunal Penal introduce otros elementos fácticos, no planteados por la acusación podría violar el *principio acusatorio*”; sin embargo, bajo una errónea perspectiva, señala que “si cambia la calificación jurídica, puede violar el derecho a una adecuada defensa, al suprimir el debate contradictorio y el derecho de ofrecer y desahogar pruebas, así como el derecho a conocer la acusación.”; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. *La garantía de correlación de la sentencia*, Porrúa, México, D.F., 2005, p. 44. En tal sentido, más adelante, el citado autor agrega que “(...) nuestros Tribunales, en sus sentencias, han optado por desvincularse de la acusación, sin respetar los derechos de defensa, contradicción, debido proceso, congruencia, legalidad, acusatorio y seguridad jurídica, ya que han sostenido que el Tribunal Penal puede reclasificar o desvincularse del delito planteado por la acusación”; así, considera que “el debate procesal en el proceso penal vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos, circunstancias o modalidades que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, el acusado ha tenido ocasión de defenderse (*auditor altera pars*). La alteración de la acusación (...) priva a la defensa de contrarrestar eficientemente (*ne procedat iudex ex officio*).” CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. *La garantía...*, Porrúa, México, D.F., 2005, p. 45.

uno del otro, pues esta protección de la confianza ciudadana frente al poder público sólo se vuelve eficaz y permanece constante e inalterable cuando se incluye como parte de la ley fundamental, pues si se deja su regulación a un concepto “*de mera legalidad*”, su contenido podrá reducirse o incluso desaparecer a voluntad, sin ningún refreno a la potestad del legislador secundario. Dicho de otro modo, sólo la protección a la libertad personal, desde esta jerarquía normativa, permite al gobernado gozar de su libertad en forma plena y pacífica.

En todo caso, podrán desglosarse sus características con toda exactitud dentro de la legislación secundaria, siempre y cuando se atienda a criterios de: I) máximo equilibrio entre la actividad persecutoria y el respeto a la libertad individual; II) máxima delimitación conceptual; III) máxima temporalidad; IV) análisis previo y obligatorio de la orientación teórica imperante en la *praxis* jurisdiccional; y V) prohibición de cualquier tipo de obsesión doctrinal.

En nuestro país, esta característica tiene profundas implicaciones en nuestra justicia constitucional, ya que el efecto de un amparo concedido por violación a esta garantía de seguridad jurídica, es para el efecto de que la autoridad responsable dicte un nuevo proveído donde manifieste que *no se encuentra acreditado este elemento de fondo*,⁵²⁸ impidiendo a los juzgadores de amparo

⁵²⁸ “AUTO DE FORMAL PRISIÓN CARENTE DE REQUISITOS DE FONDO. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO. Cuando el auto de formal prisión no reúne los requisitos de fondo, como lo es la ausencia de elementos que integren el cuerpo del delito que se le impute al quejoso o cuando los datos sean insuficientes para hacer probable su responsabilidad, el efecto de la concesión del amparo y protección de la Justicia Federal consiste en que la autoridad responsable deje insubsistente el auto de formal prisión preventivo y decrete la libertad del inculcado por falta de méritos, sin que se faculte a la citada autoridad judicial a que según su prudente arbitrio dicte el auto de formal prisión por el delito que realmente aparezca probado.” TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Enero de 2006; Pág. 2325. “AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SI CARECE DE LAS EXIGENCIAS DE FONDO Y FORMA, EN ARAS DEL RESPETO AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y AL ARTÍCULO 19, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DEBE CONCEDERSE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL LISA Y LLANA. Si bien es cierto que en las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, por regla general, las cuestiones de forma son de estudio preferente a las de fondo, también lo es que ello no ocurre cuando el acto reclamado es un auto de formal prisión, que no cumple con las exigencias formales como son el expresar correctamente el delito imputado al indiciado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, en el que tampoco se satisfacen las cuestiones de fondo, tales como que los datos que conforman la causa penal de la cual emana el acto sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculcado. En este supuesto, la sentencia que se dicte no debe ser para conceder la protección constitucional por falta de fundamentación y motivación, ya que resultaría ocioso y contrario al artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues sólo retrasaría la administración de justicia con serios perjuicios para el indiciado privado de su libertad, por lo que en aras del respeto al principio de presunción de inocencia y al numeral 19, párrafo primero, constitucional, debe concederse el amparo liso y llano por insuficiencia de pruebas en esta etapa procesal y no para que la autoridad judicial subsane las violaciones formales.” SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Enero de 2006; Pág. 2326. “AUTO DE FORMAL PRISIÓN QUE CONTIENE VIOLACIONES DE FORMA Y FONDO. LA SENTENCIA QUE CONCEDE EL AMPARO POR EL SEGUNDO ASPECTO RESULTA CONFORME A DERECHO. La determinación de conceder el amparo por cuestiones que trascienden al fondo a pesar de que existen violaciones de forma, es correcto y de ninguna manera presupone incongruencia porque resultaría contrario a

llevar a cabo cualquier tipo de menoscabo contra esta “protección” constitucional.⁵²⁹

4. Fundamentador o legitimador

Para entender esta característica, hace falta explicar ¿qué es la jurisdicción? En sentido amplio, el concepto “*jurisdicción*” se entiende como una *función esencialmente pública* donde un Órgano estatal, con calidad de tercero

derecho, en materia penal, otorgar la protección de la Justicia Federal por aspectos formales a pesar de que el Juez de Distrito tiene la convicción de que no se configuró el cuerpo del delito.” TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; Ap. 2000; Tomo II, Penal, P.R. TCC; Pág. 1829. “AUTO DE FORMAL PRISION, AMPARO CONTRA. Los Jueces Federales, al resolver amparos contra autos de formal prisión, deben preferir el estudio de las violaciones que atañen al fondo del mandamiento reclamado, y examinar los requisitos de forma en caso de encontrar aquellos infundados. De lo contrario se incurriría en el error de tener que otorgar el amparo por una deficiencia de forma a pesar de que en el fondo el mandamiento amerite la concesión total del amparo, con el peligro de que siguiera teniendo fuerza un mandamiento anticonstitucional, de manera que se obligaría a las autoridades responsables a acatar un mandamiento de imposible ejecución, pues no estando comprobado el cuerpo del delito, sería imposible fijar en la resolución judicial dictada en cumplimiento del amparo, las circunstancias de ejecución del delito materia del proceso.” PRIMERA SALA. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo CXXVI; Pág. 786. “AUTO DE FORMAL PRISION, EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE FONDO Y DE FORMA DEL, EN EL AMPARO. Es contraria a la técnica del juicio de amparo la conducta del Juez de Distrito que consiste en limitarse a estudiar en su sentencia, cuando el acto reclamado es el auto de formal prisión, el tema relativo a si en ese mandamiento se llenaron los requisitos de forma a que se contrae el artículo 19 de la Carta Magna y a conceder el amparo que el Juez natural resuelva nuevamente lo que proceda en derecho. Lo debido es conforme a las jurisprudencias números 36 y 40, y a la segunda tesis relacionada con esta última, consultables en las páginas ochenta y ocho, noventa y dos y noventa y tres, respectivamente, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación editado en mil novecientos setenta y cinco, apreciar las pruebas del sumario para determinar primeramente si se encuentran satisfechos los requisitos de fondo concernientes a la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, y sólo en la hipótesis afirmativa pasar al estudio del cumplimiento o incumplimiento de los de forma para, en caso de que no se hayan satisfecho, conceder la protección constitucional únicamente para que esa omisión sea subsanada.” TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 175-180, Sexta Parte; Pág. 42. “AUTO DE FORMAL PRISION, REQUISITOS DE FONDO DEL. DEBEN ANALIZARSE ANTES QUE LOS DE FORMA. El artículo 19 constitucional exige, para el pronunciamiento de todo auto de formal prisión, ciertos requisitos de fondo y forma, encontrándose entre los primeros el que los datos arrojados por la averiguación previa sean bastantes para la comprobación plena del cuerpo del delito y para hacer probable la responsabilidad del inculpado en su comisión; en tanto que los requisitos de forma consisten en que, se exprese en el auto de formal prisión el delito que se imputa al acusado y sus elementos constitutivos, así como las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar. Sentado lo anterior, debe decirse que se deben estudiar en primer lugar los requisitos de fondo y después los de forma, porque para analizar las deficiencias de forma de que adolezca el auto de formal prisión, primero tendría que estar plenamente comprobado el cuerpo del delito y que existan datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado en su comisión, ya que si faltan los requisitos de fondo, eso basta para la concesión absoluta del amparo, pero si sólo faltan los de forma, la protección debe otorgarse para que se subsanen las deficiencias.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo IX, Abril de 1992; Pág. 441.

⁵²⁹ “DELITO. CLASIFICACION DEL, EL JUEZ DEL AMPARO CARECE DE FACULTADES PARA LA. Causa agravio a los intereses jurídicos del quejoso la sentencia que le conceda la protección constitucional para el efecto de que la autoridad responsable decreta la formal prisión por delito distinto a aquél a que se contrae el auto de formal prisión reclamado en el amparo, pues el Juez Federal debe limitarse a indagar si los datos arrojados por la averiguación son bastantes para tener por comprobado el cuerpo del delito a que se refiere aquel auto y la probable responsabilidad, así como a establecer si esa resolución satisface los requisitos de forma que establece el artículo 19 constitucional. Incurre en equivocación el Juez de Distrito, al considerar que tienen esa última naturaleza los requisitos omitidos por el Juez responsable al dictar auto de formal prisión en contra del inculpado. Por el contrario, de ninguna manera puede afirmarse que la incorrecta clasificación del delito, en que el Juez del amparo hace consistir las deficiencias del proveído a estudio, constituyen irregularidades de forma. Al clasificar, a su vez, la conducta ilícita, claramente apunta el Juez Federal que los indicios arrojados por la averiguación no son suficientes para comprobar el cuerpo del delito previsto en el artículo 290 del Código de Justicia Militar. Luego, el propio Juez de Distrito admite que la formal prisión ha sido decretada por un delito cuyo cuerpo no ha llegado a acreditarse, y ello, con independencia de la consecuencia lógica necesaria consistente en la incorrecta clasificación del delito, constituye, sin lugar a dudas, omisión de un requisito de fondo en el auto de formal prisión reclamado. Exigencias de este último carácter han considerado la jurisprudencia y la doctrina a la plena comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado y, como requisitos de forma, a los demás elementos que, según el artículo 19 constitucional, debe contener el auto de formal prisión, a saber, indicación del delito que se impute al inculpado, los elementos que lo constituyen, y el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución.” TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 81, Sexta Parte; Pág. 29.

suprapartes, imparcial y dotado de poder coactivo, decide un conflicto, reconociendo o negando la existencia de un derecho u obligación de fondo; esta función se desenvuelve en 3 etapas: a) *notio*, b) *iudicium*, c) *imperium*.⁵³⁰

La primera de ellas, también denominada etapa “*de conocimiento*” o “*etapa inicial*”, se encuentra determinada por la litispendencia y comprende la facultad de los Tribunales para conocer de las contiendas jurídicas ante ellos planteadas, por dos partes con pretensiones encontradas, a través del instrumento denominado “proceso”, que constituye un método de solución pacífica de controversias que mantiene la cohesión social requerida por la organización Estatal. En amplio sentido, esta etapa comprende la “actividad procesal” del Estado, propiamente dicha.

La segunda, también conocida como etapa “*fundamental*” o “*decisiva*”, se encuentra determinada por la legítima potestad del Órgano Jurisdiccional para decidir o resolver el conflicto definitivamente, mediante el dictado de una resolución donde aplique las disposiciones jurídicas sustantivas concretas al caso.

La última de dichas etapas, denominada “*de consumación*”, “*de cumplimiento*”, “*terminal*” o “*satisfaciente*”, se encuentra determinada por la potestad del Órgano estatal para usar la fuerza pública y hacer cumplir sus fallos de forma imperativa, a través de la *coertio* y la *executio*.

En este sentido, la “***jurisdicción punitiva***” comprende la atribución para **conocer y, en su momento, decidir sobre la existencia o inexistencia de una conducta delictiva y la responsabilidad penal de la persona imputada, así como la potestad para ejecutar los fallos que deriven de dicho reconocimiento.**

En nuestro país la “*etapa de conocimiento*” se divide en tres subetapas diferentes: **I) la indagatoria ministerial; II) el término constitucional y; III) el proceso**

⁵³⁰ Por su parte, el Doctor Fernando Arilla Bas estima que la jurisdicción es una “facultad” que se “desdobra en las siguientes: *notio* (de conocer el conflicto), *vocatio* (de obligar a las partes del conflicto, y a los terceros, a comparecer en el juicio), *coertio* (de emplear la fuerza para el cumplimiento de las decisiones), *inditium* (de decidir el conflicto), y, por último *executio* (de ejecutar las decisiones)”; visible en ARILLA BAS, Fernando. *El procedimiento penal en México*, 25 a. Edición, Porrúa, México, D.F., 2009, p. 43.

penal. Bajo la reforma, la primer fase se conoce ahora como “*etapa de investigación*”, la segunda como “*etapa intermedia*” y la tercera como “*etapa de juicio*”, aunque tradicionalmente a la primera se ha conocido como “*investigación*” y la segunda y tercera como “*persecución*”.

De manera concreta, este concepto cumple con la función de legitimar la las resoluciones iniciales más importantes de nuestra justicia punitiva (orden de consignación, orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso⁵³¹), estableciendo el punto de referencia concreto al cual debe atenderse en la configuración normativa del cuerpo instrumental punitivo, así como la activación de la maquinaria jurisdiccional en el ámbito punitivo (incluyendo también, el decreto de las medidas cautelares pertinentes).

En este contexto, cuando se dice que es un concepto fundamentador de la jurisdicción punitiva, es porque su aplicación constituye el eje de partida de todas aquellas resoluciones del Órgano Jurisdiccional (independientemente de su ámbito competencial) que conllevan la aplicación de un precepto sustantivo (tipo penal) y una necesaria valoración probatoria (cualquiera que sea el sistema de valoración y el nivel convictivo adoptados); así por ejemplo, se encuentran las resoluciones de

⁵³¹ “CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE 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. Es incuestionable 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 subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo 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 moral o 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 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.” Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Septiembre de 2000; Pág. 735. “CUERPO DEL DELITO. SU ANÁLISIS DEBE HACERSE EXCLUSIVAMENTE EN LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA ORDEN DE APREHENSIÓN, COMPARECENCIA O DE PLAZO CONSTITUCIONAL MAS NO EN SENTENCIAS DEFINITIVAS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Conforme a los artículos 16 y 19 constitucionales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el análisis del cuerpo del delito se debe hacer exclusivamente en las resoluciones correspondientes a las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como en las de plazo constitucional, no así cuando se emite la sentencia definitiva en la cual debe acreditarse el delito en su integridad, en términos de lo dispuesto por los artículos 1o., 71 y 72 del referido código.” Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Junio de 2003; Pág. 693.

archivo (provisional o definitivo), la consignación ministerial, la orden de aprehensión, el auto de vinculación a proceso, la orden de detención, el auto de sobreseimiento (provisional o definitivo), así como las resoluciones que confirman, revocan o modifican otras dictadas con motivo de la resolución de algún medio de defensa (como el recurso de apelación y el juicio de amparo⁵³²). Puede hablarse, en este sentido, del **concepto legitimador de la intervención punitiva primaria (CLIPP)**, aclarando que no debe confundirse ésta idea con la relativa al Órgano encargado de realizar la imputación ministerial, ni a la forma en que está constituido el Sistema de Enjuiciamiento Criminal (inquisitivo o acusatorio), sino únicamente como fundamento de la actividad jurisdicente, que en materia penal, tienen los Órganos Estatales respectivos.⁵³³

No obstante lo anterior, se ha incurrido en la práctica errónea de utilizar este concepto como fundamento del *ius puniendi*. Lo incomprensible y aberrante de esta postura redundante en aplicarlo como fundamento de la sentencia definitiva,⁵³⁴ sea por disposición expresa del legislador secundario o por una práctica inveterada de algunos juzgadores.⁵³⁵ Obviamente, ningún artículo de nuestro

⁵³² "AUTO DE FORMAL PRISION. EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE FONDO Y FORMA DEL, EN EL AMPARO. Es contraria a la técnica del juicio del amparo la conducta del juez de Distrito que consiste en limitarse a estudiar en su sentencia, cuando el acto reclamado es el auto de formal prisión, la cuestión relativa a si en ese mandamiento se llenaron los requisitos de forma a que se contrae el artículo 19 constitucional y a conceder el amparo lisa y llanamente. Lo debido es, conforme a las jurisprudencias números 279 y 284 y a la segunda tesis relacionada con esta última, consultables en las páginas cuatrocientos noventa y cuatro, cuatrocientos noventa y nueve y quinientos, respectivamente, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación editado en mil novecientos ochenta y nueve, apreciar las pruebas del proceso para determinar primeramente si se encuentran o no satisfechos los requisitos de fondo concernientes a la comprobación del cuerpo del delito y a la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, y sólo en la hipótesis afirmativa pasar al estudio del cumplimiento o incumplimiento de los formales, para que en caso de que no se hayan satisfecho conceder la protección constitucional solamente para que esa omisión sea subsanada." Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito [J]; 8a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Núm. 68, Agosto de 1993; Pág. 82.

⁵³³ En España, por ejemplo, se ha sostenido que el fundamento de la jurisdicción va dado por alguien ajeno al Tribunal, encargado de extirpar su actividad. En tal sentido, "la jurisdicción no puede actuarse de oficio (ello sería propio del sistema inquisitivo); así pues, para que exista proceso y ejercicio de la potestad jurisdiccional, se precisa que la actividad de los tribunales se promueva desde fuera de ellos, mediante el ejercicio de la acusación (*ubi non est actio, non est iurisdictio*)"; MORENO CATENA, Víctor (director), COQUILLAT VICENTÉ, Ángela, JUANES PECES, ángel, DE DIEGO DÍEZ, Alfredo y DE LLERA SUÁREZ BARCENA Emilio. *El proceso penal, doctrina, jurisprudencia y formularios, Volumen III, fase intermedia y juicio oral*, Editorial Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, España, pp. 1989 y 1990.

⁵³⁴ "CUERPO DEL DELITO. Si bien es cierto que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido declarando que el Juez natural goza de las más amplias facultades para la comprobación del cuerpo del delito, ello no significa aceptar que su integración se de por supuesta, pues debe ser plenamente establecida." Amparo directo 4546/61. Jesús Sánchez Hernández. 16 de abril de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela. 260315. Primera Sala. Sexta Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen LVIII, Segunda Parte, Pág. 24.

⁵³⁵ "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

código supremo autoriza semejante conclusión,⁵³⁶ pues la responsabilidad penal del acusado sólo puede derivar de la plena acreditación del “delito”, una entidad jurídica de mayor contenido que comprende, en términos generales, la **conducta típica, antijurídica y culpable**; en todo caso, corresponde a la Codificación sustantiva precisar los elementos que comprenden éste concepto.

Esto dio lugar a que se discutiera, en nuestra justicia constitucional, si la aplicación de este concepto causaba perjuicio al quejoso al momento de dictar la sentencia definitiva. En un acto que considero “de verdadera justicia”, este inconveniente fue solucionado bajo el astuto criterio de considerar que, si la autoridad responsable analizó todos los elementos del delito en la sentencia definitiva, no procedía conceder la protección constitucional para el efecto de que la autoridad fundara y motivara correctamente ésta.⁵³⁷

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 dispositivos 4o. y 95 de la legislación procesal invocada, no rigen sobre la materia en examen.” Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Agosto de 2005; Pág. 1879. En el mismo sentido se encuentra la jurisprudencia por reiteración (hoy superada por contradicción de tesis) sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, de rubro siguiente: “CUERPO DEL DELITO, SU COMPROBACIÓN EN SENTENCIAS DEFINITIVAS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).” [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Agosto de 2005; Pág. 1584.

⁵³⁶ “SENTENCIA DEFINITIVA EN MATERIA PENAL. SI AL DICTARLA LA AUTORIDAD JUDICIAL ANALIZA ÚNICAMENTE EL CUERPO DEL DELITO Y OMITIÓ EL ESTUDIO DE LOS DEMÁS ELEMENTOS DEL TIPO, DE LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD VIOLA LOS ARTÍCULOS 14, 16 Y 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si la autoridad judicial al dictar sentencia definitiva analiza únicamente el cuerpo del delito, omitiendo el estudio de los demás elementos del tipo penal, así como la antijuridicidad y la culpabilidad del sentenciado, viola los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Federal, por no observar las leyes expedidas con anterioridad al hecho, no fundar y motivar la causa legal del procedimiento y emitir una resolución de manera incompleta.” Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Diciembre de 2005; Pág. 2764. “CUERPO DEL DELITO. SU ANÁLISIS, EN MATERIA FEDERAL, DEBE HACERSE EXCLUSIVAMENTE EN LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA ORDEN DE APREHENSIÓN, COMPARECENCIA O DE PLAZO CONSTITUCIONAL, PERO NO EN TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS DEFINITIVAS. Conforme al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales reformado el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, el análisis del cuerpo del delito se debe hacer exclusivamente en las resoluciones correspondientes a las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como en las de plazo constitucional, no así cuando se emite la sentencia definitiva, en la cual debe acreditarse el delito en su integridad, en términos de lo dispuesto por los artículos 4o. y 95 del referido código.” Época: Novena Época Registro: 184166 Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Junio de 2003; Pág. 710. En igual sentido puede encontrarse la siguiente tesis (hoy superada por contradicción) sustentada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito: “CUERPO DEL DELITO. LA SENTENCIA QUE UTILICE Y TENGA POR ACREDITADO ESTE CONCEPTO PROCESAL, EN LUGAR DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL, ES VIOLATORIA DE LAS GARANTÍAS DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, CONSAGRADAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. (SUPERADA POR CONTRADICCIÓN)”.

⁵³⁷ “ELEMENTOS DEL DELITO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DEBE ANALIZARLOS EN LA SENTENCIA DEFINITIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). De los artículos 122, 124, 286 bis y 297, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se advierte que 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; asimismo, se prevé 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. Por otra parte, de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que el análisis del cuerpo del delito es exclusivo de las resoluciones correspondientes a

Incluso, en algún sector de la doctrina, se llegó a proponer que en la sentencia definitiva se analizara este concepto dentro de un apartado específico, haciendo lo mismo con los restantes elementos del delito y otro apartado para el análisis de la responsabilidad penal del acusado.⁵³⁸ Respetando esta propuesta, que ciertamente rompe con el esquema tradicional de análisis de las sentencias penales, considero que se trata de un esfuerzo asistemático e ilegal, pues si bien la ley no lo prohíbe de forma explícita, sí cuenta con un límite legal que debe respetarse: la determinación estructural que el código sustantivo realice del concepto “delito”.

5. Autónomo

Uno de los puntos más controversiales, en torno a este concepto, es su carácter “autónomo” o “independiente” de las circunstancias agravantes o atenuantes (también llamadas “calificativas” o “modificativas”) del delito; existe, en

las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como en las de plazo constitucional, ya que el estudio mediante el cual se comprueba el cuerpo del delito debe ser distinto de aquel que el juez realiza cuando emite la sentencia definitiva; ello, porque esto último únicamente tiene carácter presuntivo, pues no comprende el análisis que supone la acreditación de la comisión de un delito. Por tanto, la demostración de los elementos del tipo penal sólo debe realizarse en la sentencia definitiva, al comprender la aplicación de un estándar probatorio más estricto, en virtud de que la determinación de la existencia de un delito implica corroborar que en los hechos existió una conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable. Atento a lo anterior, en el supuesto de que la autoridad responsable haya analizado en la sentencia definitiva el cuerpo del delito o los elementos del tipo penal -o ambos-, de manera alguna da lugar a que el Tribunal Colegiado de Circuito, al conocer del asunto en amparo directo, conceda la protección constitucional para el efecto de que la autoridad funde y motive el acto, pues si de todas formas estudió el conjunto de elementos normativos, objetivos y subjetivos del tipo penal, ello no causa perjuicio a la parte quejosa al grado de otorgar el amparo para el efecto mencionado.” PRIMERA SALA. Tesis de jurisprudencia 16/2012 (10a.). [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 926. “SENTENCIA DEFINITIVA POR DELINCUENCIA ORGANIZADA. ES IRRELEVANTE QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL UTILICE EN ELLA EL TÉRMINO “CUERPO DEL DELITO”, SI OBRAN ACREDITADOS TODOS LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. Para el dictado de una sentencia condenatoria por delincuencia organizada debe acreditarse el delito en su integridad y no sólo “el cuerpo del delito”, sin embargo, el uso de esta última expresión no genera agravio cuando obra acreditado el ilícito a plenitud, es decir, la conducta típica, antijurídica y culpable de pertenencia, en circunstancias de espacio y tiempo racionalmente determinadas, a una agrupación con fines delictivos vinculados con la comisión de los delitos previstos en la ley de la materia, y todo ello de manera consciente y voluntaria (dolosa), y sin que se acredite alguna hipótesis de extinción del delito por justificación o inculpabilidad, así como por la ausencia de alguno de los elementos del tipo. Por tanto, es intrascendente polemizar en cuanto a cuestiones terminológicas utilizadas en la sentencia que no trascienden en perjuicio del quejoso, siempre que la autoridad judicial, en realidad, no se limite a acreditar los elementos de carácter material y descriptivo, sino también los de carácter normativo, subjetivo genérico (dolo) y específico, en los casos en que resulte pertinente, toda vez que la discrepancia de opinión técnica, por sí, no amerita mayor relevancia cuando se encuentran probados todos los elementos del tipo penal.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3; Pág. 1750.

⁵³⁸ Bajo una interpretación a contrario sensu del texto constitucional y legal, el Doctor Alejandro Sosa Ortiz sostiene que, “ni la ley suprema ni la legislación secundaria procesal (federal y distrital) impiden que el juzgador en una sentencia, al resolver en definitiva la condena o absolución en una sentencia se desatienda del concepto del *cuerpo del delito* para sustituirlo por el de conducta típica, esto es, que en lugar de argumentar que las pruebas obrantes en autos demuestran o no el *cuerpo del delito*, sostenga que la conducta atribuida al acusado y/o demostrada en autos es típica o atípica, según encuadre o no en la descripción legal respectiva. Actitud que sería mayormente entendible, tratándose de legislaciones procesales en las que el *cuerpo del delito* no comprendiera los elementos normativos y/o subjetivos, y el ilícito sobre el que verse el fallo los contuviera; pues, de estructurar la sentencia refiriéndose al *cuerpo del delito*, tendría que tratar en un segundo apartado la acreditación de tales elementos y hasta un tercero, la responsabilidad; por el contrario, si el juez opta por tratar la acreditación de los elementos del tipo en el primer apartado, aquí quedaría comprendido el *cuerpo del delito* y elementos normativos y/o subjetivos, y en otro más la responsabilidad, lo cual simplifica la resolución y la hace más sistemática.”; visible en SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito... Op. Cit.*, p. 59.

este sentido, el problema de establecer si es necesaria o no su inclusión, así como su acreditación en la orden de aprehensión⁵³⁹ y posterior auto de término constitucional. Se aducen, generalmente, dos razones para considerar necesaria su inclusión dentro en dichos actos de molestia: **I)** la preparación de una “*adecuada defensa*” para el imputado,⁵⁴⁰ y **II)** la “*exacta clasificación provisional*” del delito, entendida bajo el concepto de un tipo penal amplio o complejo.⁵⁴¹ En ambos casos, se estima que su falta daría lugar a la indefensión del imputado.

⁵³⁹ “ORDEN DE APREHENSIÓN. AL DICTARSE, EL JUEZ DEBE ANALIZAR LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó el criterio jurisprudencial de que para el dictado de un auto de formal prisión, la autoridad judicial no debía limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, sino analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, con independencia de que estas últimas deban ser objeto de prueba durante el proceso penal correspondiente, en cuya sentencia se define, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, dado que es justamente en dicho proceso en donde se le brinda el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las manifestaciones que estime pertinentes. En congruencia con tal criterio y en virtud de las semejanzas en los requisitos de fondo para dictar una orden de aprehensión y un auto de formal prisión, según lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la historia legislativa de dichos preceptos constitucionales, se concluye que los requisitos señalados para dictar un auto de formal prisión, deben hacerse extensivos a la orden de aprehensión y, por ello, en el dictado de ésta deben incluirse las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito.” PRIMERA SALA. [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Mayo de 2003; Pág. 175

⁵⁴⁰ “CONCLUSIONES ACUSATORIAS. NO SE DEJA EN ESTADO DE INDEFENSIÓN AL REO SI EN LA SENTENCIA DEFINITIVA SE TOMA EN CUENTA LA CALIFICATIVA CUYA APLICACIÓN SE SOLICITÓ EN AQUÉLLAS. No se irroga agravio al quejoso si al haberse dictado en su contra auto de formal prisión, única y exclusivamente por el delito básico, el Ministerio Público solicita en sus conclusiones la aplicación de la calificativa y ésta es tomada en cuenta al dictar la sentencia definitiva, ello si se considera que la defensa del inculcado se realiza en relación con los hechos que se le imputan y si éstos no se varían o alteran, entonces puede concluirse que el indiciado estuvo en posibilidad de defenderse, incluso respecto de la calificativa, desahogando las pruebas de su intención durante la secuela de la causa penal, además, al contestar las conclusiones acusatorias y en la audiencia final de derecho.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Diciembre de 2003; Pág. 1362

⁵⁴¹ “CALIFICATIVAS O MODALIDADES DEL DELITO. AUN CUANDO SE HAYAN OMITIDO EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL JUZGADOR PUEDE INCLUIRLAS EN LA SENTENCIA DEFINITIVA SI FUERON MATERIA DE ACUSACIÓN EN LAS CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS). Conforme al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo proceso penal debe seguirse por el delito señalado en el auto de formal prisión, es decir, prohíbe alterar la sustancia de los hechos calificados en dicho auto; sin embargo, tal prohibición no se refiere a la apreciación técnica o a la calificación jurídica de los hechos, en tanto que las calificativas o modalidades del delito son circunstancias accesorias cuya función es agravar o atenuar la pena, pero sin que dependa de ellas la existencia del ilícito, excepto tratándose de delitos especiales cuyas circunstancias calificativas o modificativas son elementos constitutivos de la figura delictiva básica. Se precisa que de una concatenación de los artículos 323, 326, 333 y 338 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tamaulipas, se advierte que el Ministerio Público al formular conclusiones, tiene la facultad de variar la clasificación legal de los hechos delictuosos precisados en el auto de plazo constitucional; las conclusiones formuladas no podrán modificarse en ningún sentido, sino por causas supervenientes y en beneficio del acusado; fijada la audiencia de vista, las partes, entre ellas, el procesado, pueden ofrecer pruebas, para desvirtuar las calificativas alegadas por el Ministerio Público, las que deberán quedar desahogadas en su totalidad, en dicha audiencia así como formular alegatos, con lo que se respeta su garantía de defensa, máxime que desde el inicio del proceso se encuentra asistido por un profesional del Derecho, quien en todo momento se encuentra en condiciones de advertir cuándo de los hechos probados, se puede derivar la acreditación de tales circunstancias calificativas o cuándo las pruebas del órgano de acusación tienen tal pretensión y, por tanto, la posibilidad y oportunidad de actuar en consecuencia. Con tales observaciones en modo alguno se encuentra el procesado en estado de indefensión, toda vez que cuenta con el tiempo suficiente para defenderse y para preparar los medios de convicción que considere necesarios. Así, se concluye que, con la salvedad indicada, el juzgador puede incluir en la sentencia definitiva las calificativas o modalidades del delito, siempre que hayan sido materia de acusación en las conclusiones del Ministerio Público, aun cuando se hayan omitido en el auto de formal prisión, pues la exigencia de que queden fijadas en éste se halla sujeta a que el órgano jurisdiccional advierta su existencia y cuente con los elementos probatorios suficientes; de ahí que independientemente de que en el auto de procesamiento no pudiera efectuarse el estudio preliminar relativo, si durante la instrucción se acreditan las mencionadas calificativas o modalidades y se introducen a través de las conclusiones acusatorias del representante social, el Juez del proceso puede tomarlas en cuenta, pues no se altera la esencia de los hechos materia del auto señalado, habida cuenta que la incorporación de la calificativa constituye únicamente una variación de grado del delito y no propiamente del delito en sí, lo que está permitido por el segundo párrafo de la fracción XVI del

En el primero de ellos porque, si la sentencia es de condena, se considera que el acusado no pudo defenderse a cabalidad de la imputación ministerial, al haberse limitado a contradecir “*exclusivamente*” los *elementos típicos*⁵⁴² que sirvieron de base para clasificar provisionalmente la conducta imputada, es decir, se estima que existió ventaja procesal por parte del Ministerio Público porque, al incluir las calificativas dentro de la sentencia definitiva, bajo una nueva reclasificación legal del hecho punible, se considera que ésta fue “*sorpresiva*”. En el segundo caso, porque la *exacta clasificación provisional* de ese hecho, fija “*el contenido*” o “*la substancia*” del juicio y de la “*pretensión punitiva*”, además que, le resultan imperdonables los errores cometidos al Ministerio Público, por tratarse del Órgano técnico de acusación.⁵⁴³

A este respecto, habría que decir que “la adecuada defensa”⁵⁴⁴ no deriva de la “*plena contradicción de los elementos del tipo*” que sirvieron de base para la

artículo 160 de la Ley de Amparo.” PRIMERA SALA. [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Junio de 2008; Pág. 38.

⁵⁴² En este sentido, Raúl Cárdenas Rioseco refiere que “En una defensa penal, no necesariamente se pretende desvirtuar hechos, sino también los elementos del tipo. Si por ejemplo, seguido un proceso por fraude, la defensa acredita que no hubo engaño o aprovechamiento de error, y el Ministerio Público cambia en sus conclusiones acusatorias un delito diverso, por ejemplo abuso de confianza; sobre los elementos o estructura de este ilícito penal no hubo oportunidad de defensa.” CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. *La garantía...*, Porrúa, México, D.F., 2005, p. 50.

⁵⁴³ “SENTENCIA DEFINITIVA. ES ILEGAL AL INCLUIR CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL DELITO BASE, SI ÉSTAS NO SE PRECISARON EN LA FORMAL PRISIÓN. No es dable que en la sentencia definitiva, al analizar el juzgador la fase objetiva del delito, atienda la petición del Ministerio Público formulada en el pliego de conclusiones, de tomar en cuenta circunstancias agravantes que concurran en la comisión del delito, si éstas no se precisaron e incluyeron en el auto de formal prisión, toda vez que el artículo 19 constitucional obliga a la autoridad judicial a examinar en el auto de término los elementos materiales del cuerpo del delito de que se trate, por cuya razón, desde el auto de formal prisión deben precisarse e incluirse las circunstancias modificativas, atenuantes o agravantes que concurran en la comisión del delito, pues éstas también habrán de ser materia de prueba por parte de la acusación, para tratar de acreditarlas en cumplimiento de la función que al Ministerio Público encomienda el artículo 21 de la Carta Magna, así como por parte de la defensa, para tratar de probar que no concurrieron en el caso concreto que se analice; además, atendiendo al sentido y alcance del contenido del citado numeral 19, se tiene que es su obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, precisar cuáles son los elementos integrantes del cuerpo del delito, para determinar no sólo la figura delictiva básica, sino aquella que se configure en el caso de que se trate, ya sea que se refiera a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el auto de prisión preventiva surte el efecto de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso a un inculpado y, bajo esa perspectiva, aun cuando en las conclusiones se acuse al reo por un delito bajo circunstancias agravantes, si éstas no fueron materia de la formal prisión, tal petición no debe ser atendida por el juzgador en la sentencia definitiva, ya que de no actuarse de esta manera, se estaría infringiendo la garantía de defensa que el artículo 14 del mismo ordenamiento consagra en favor del acusado, pues se le estaría dejando en estado de indefensión al habersele procesado por un delito básico y sentenciársele por una circunstancia agravante que no se incluyó en el tipo base, al resolverse su situación jurídica.” CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO NOVENO CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIII, Abril de 2001; Pág. 1132.

⁵⁴⁴ “DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA. La garantía individual de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público. Así, para proteger la citada garantía es necesario que la labor de quien funja como defensor sea eficaz, pues aquélla no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que debe permitir una instrumentación real para tener oportunidades de descargo que, básicamente, permitan al imputado una efectiva participación en el proceso.

clasificación provisional del hecho punible sino de la oportunidad que tenga el inculpado de contradecir los “*hechos materia de la imputación*”, afirmación que se robustece al considerar que, dentro del proceso penal, puedan existir “*hechos supervinientes*” que afecten la clasificación provisional de la conducta (de lesiones a homicidio, por ejemplo). Cabe señalar que esta cuestión fue resuelta satisfactoriamente por nuestro Máximo Tribunal⁵⁴⁵ al señalar que no se causa perjuicio alguno al imputado si se incluyen las calificativas dentro de la sentencia definitiva, a pesar de no haberse incluido dentro del auto cabeza de proceso.

Consecuentemente, la inclusión de las circunstancias agravantes o atenuantes resultan irrelevantes desde el punto de vista preliminar, pues basta con el encuadramiento al tipo básico para preparar “*la materia del juicio*” y fijar los

Ahora bien, el juez de la causa garantiza la posibilidad de defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculpado sea debidamente asistido, tanto formal como materialmente, de manera que si en los hechos no puede calificar su adecuada defensa -en razón de la forma en que se conduce el defensor respectivo-, ello no significa que el juez de la causa viole la garantía en cuestión, pues el control de la correcta o incorrecta actitud procesal del defensor, del debido ejercicio de las cargas procesales, así como de su pericia jurídica, sólo podrían ser materia de responsabilidad profesional, en términos de las leyes administrativas o penales, y según se trate de un defensor de oficio o particular. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada: (i) al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y (ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que ello signifique que esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excedería las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada.” [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro X, Julio de 2012, Tomo 1; Pág. 433

⁵⁴⁵ “**CALIFICATIVAS O MODALIDADES DEL DELITO. AUN CUANDO SE HAYAN OMITIDO EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL JUZGADOR PUEDE INCLUIRLAS EN LA SENTENCIA DEFINITIVA SI FUERON MATERIA DE ACUSACIÓN EN LAS CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS).** Conforme al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo proceso penal debe seguirse por el delito señalado en el auto de formal prisión, es decir, prohíbe alterar la sustancia de los hechos calificados en dicho auto; sin embargo, tal prohibición no se refiere a la apreciación técnica o a la calificación jurídica de los hechos, en tanto que las calificativas o modalidades del delito son circunstancias accesorias cuya función es agravar o atenuar la pena, pero sin que dependa de ellas la existencia del ilícito, excepto tratándose de delitos especiales cuyas circunstancias calificativas o modificativas son elementos constitutivos de la figura delictiva básica. Se precisa que de una concatenación de los artículos 323, 326, 333 y 338 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tamaulipas, se advierte que el Ministerio Público al formular conclusiones, tiene la facultad de variar la clasificación legal de los hechos delictuosos precisados en el auto de plazo constitucional; las conclusiones formuladas no podrán modificarse en ningún sentido, sino por causas supervenientes y en beneficio del acusado; fijada la audiencia de vista, las partes, entre ellas, el procesado, pueden ofrecer pruebas, para desvirtuar las calificativas alegadas por el Ministerio Público, las que deberán quedar desahogadas en su totalidad, en dicha audiencia así como formular alegatos, con lo que se respeta su garantía de defensa, máxime que desde el inicio del proceso se encuentra asistido por un profesional del Derecho, quien en todo momento se encuentra en condiciones de advertir cuándo de los hechos probados, se puede derivar la acreditación de tales circunstancias calificativas o cuándo las pruebas del órgano de acusación tienen tal pretensión y, por tanto, la posibilidad y oportunidad de actuar en consecuencia. Con tales observaciones en modo alguno se encuentra el procesado en estado de indefensión, toda vez que cuenta con el tiempo suficiente para defenderse y para preparar los medios de convicción que considere necesarios. Así, se concluye que, con la salvedad indicada, el juzgador puede incluir en la sentencia definitiva las calificativas o modalidades del delito, siempre que hayan sido materia de acusación en las conclusiones del Ministerio Público, aun cuando se hayan omitido en el auto de formal prisión, pues la exigencia de que queden fijadas en éste se halla sujeta a que el órgano jurisdiccional advierta su existencia y cuente con los elementos probatorios suficientes; de ahí que independientemente de que en el auto de procesamiento no pudiera efectuarse el estudio preliminar relativo, si durante la instrucción se acreditan las mencionadas calificativas o modalidades y se introducen a través de las conclusiones acusatorias del representante social, el Juez del proceso puede tomarlas en cuenta, pues no se altera la esencia de los hechos materia del auto señalado, habida cuenta que la incorporación de la calificativa constituye únicamente una variación de grado del delito y no propiamente del delito en sí, lo que está permitido por el segundo párrafo de la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo.” Primera Sala. [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Junio de 2008; Pág. 38. Contradicción de tesis 178/2006-PS. Tesis de jurisprudencia 41/2008.

“límites de la pretensión punitiva”. En todo caso, las calificativas siempre podrán ser objeto de prueba durante el debate principal.

Amén a lo anterior, debe precisarse que las calificativas del delito consisten en **descripciones legislativas que atenúan o aumentan la “punibilidad” de la conducta, por el nivel de daño o peligro a que haya sido expuesto el bien jurídico, dejando intocada la esencia de la figura delictiva**, por ende, sólo actúan como parámetro objetivo de la **“punición” estatal, al permitir la individualización de la pena en sentencia definitiva**.⁵⁴⁶ En consecuencia, puede decirse que **constituyen elementos accidentales del injusto, puesto que no determinan su existencia o autonomía, en tanto éste subsiste aún en ausencia de aquéllos**.

Lo anterior implica que el grado de afectación al bien jurídico, sea de mayor o menor intensidad, tenga una correlación directa pero no forzosa e imprescindible con la singularización del hecho penalmente relevante; esto es, mientras la configuración legislativa del tipo penal justifica la existencia de un grado de tutela mayor o menor, a través de las calificativas, la subsunción provisional del hecho, a través del tipo principal, garantiza que la figura delictiva, considerada provisionalmente como “existente”, justifique la intervención punitiva primaria estatal, pues hasta este momento resulta meridianamente claro que la prohibición normativa contenida en el mandato legal ha sido violada.

La idea anterior es expresada en la doctrina bajo la clasificación de los tipos penales en **“complementados” y “subordinados”**. Si bien es muy útil para los fines prácticos, esta clasificación tiene una objeción de gran peso. Si las **“figuras delictivas”** se encuentran delineadas por los tipos penales, cuando se agregan

⁵⁴⁶ Ya desde la Quinta época, se había establecido su naturaleza con meridiana claridad, según se aprecia de la siguiente tesis de rubro y contenido siguientes: *“AUTO DE FORMAL PRISION. No es legal la exigencia de que en el auto de formal prisión se califique el delito o se expongan las modalidades que presenta, bastando para que el mandamiento se ajuste a lo dispuesto en el artículo 19 constitucional, que en él se expresen los hechos que se le imputan al quejoso y que tales hechos se enmarquen en la definición legal del delito, pues las calificativas o modificativas que lo rodean, son puntos que deben apreciarse en relación con la pena a imponer, materia propia de la sentencia y no del auto de formal prisión.”* PRIMERA SALA. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo XCVI; Pág. 2046. *“AUTO DE FORMAL PRISION, LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO DEBEN SER OBJETO DE ESTUDIO EN SENTENCIA DEFINITIVA Y NO DEL. El juzgador al dictar un auto de formal prisión debe excluir de su estudio las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, en razón de que estos extremos deben ser objeto del proceso y de la sentencia correspondiente y concretar su actividad al estudio del cuerpo del delito y probable responsabilidad del inculpado.”* TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VII, Enero de 1991; Pág. 154.

elementos que **“forman un nuevo tipo penal”** (por ejemplo, el *fraude genérico*, el *fraude procesal* y la *administración fraudulenta*), aún siguen perteneciendo al mismo **“género del delito”** o figura delictiva (fraude), aunque **“la hipótesis de comisión”** sea diversa.

Por ejemplo, el tipo básico del delito de robo (apoderamiento de la cosa ajena, sin consentimiento de la persona legalmente autorizada y con ánimo de apropiación), subsiste aunque su comisión hubiera sido en *“casa habitación”*, en el *“transporte público”* o *“con violencia”*. En los tipos básicos de lesiones (alteración a la salud) y homicidio (privación de la vida), no importa si se cometió o no *“en riña”*, por *“arma blanca”*, con *“alevosía”*, *“ventaja”*, *“traición”* o *“premeditación”* o si fue *“en estado de emoción violenta”* o *“en duelo”*. En el tipo básico del delito de violación (cópula mediante violencia, física o moral, sin consentimiento de la víctima), si es *“tumultuaria”*, *“por persona con quien la víctima tenía relación de confianza o de familiaridad”* o *“contra persona con discapacidad limitante”*, sigue habiendo un daño a la libertad psicosexual.

En todos los ejemplos anteriores **sólo se estima la mayor o menor densidad antijurídica del hecho, pero la autonomía de las figuras delictivas persiste**, pues las agravantes o atenuantes sólo inciden sobre la punibilidad del hecho. Entiéndase que se trata de **meros auxiliares de la dosimetría punitiva que tienen relación directa con la consecuencia jurídica más no con la constitución de la figura delictiva**,⁵⁴⁷ al permitir la imposición del **quantum punitivo** según la nocividad existente contra el bien jurídico.

En este contexto, dado que no se encuentra subordinado a la *“acreditación”* de las calificativas o modificativas del delito, puede considerarse como un concepto *“autónomo”* o *“independiente”*. De sostener lo contrario, se llegaría al absurdo de sostener que, ante la falta de su comprobación por parte del Órgano

⁵⁴⁷ Al respecto, el Doctor Luna Castro opina que “las circunstancias modificativas o calificativas del tipo, constituyen sendos límites de ponderación legislativa para el establecimiento de una pena en concreto; es decir, con ello se determina el grado de punibilidad de la conducta antijurídica, pasando con ello a otro momento diferente del proceso penal, pues se estaría en la teoría sobre la pena, lo que no corresponde al análisis ni momento en que debe resolverse sobre una orden de aprehensión o auto de formal prisión, pasando a ser objeto de consideración en la sentencia definitiva si se encuentran dentro de las conclusiones acusatorias del Ministerio Público.” LUNA CASTRO, José Nieves. *Op. Cit.*, p. 138.

persecutor, no exista hecho punible que pueda ser materia del juicio respectivo,⁵⁴⁸ generando impunidad y la consecuente deslegitimidad de nuestra justicia penal; máxime cuando existe un cierto estado de confusión respecto a su naturaleza por parte de algunos Órganos Jurisdiccionales, pues en la práctica se han llegado a confundir las calificativas con delitos autónomos.⁵⁴⁹

Ahora bien, tomando en cuenta que las calificativas pueden dar lugar a la prisión preventiva del imputado, considero adecuado (como ocurrió bajo la reforma de 2008) que se establezca un **“numerus clausus”** de **delitos graves** por los que deba decretarse esta drástica medida cautelar. Si bien, en principio, la elaboración de este catálogo delictivo debería dejarse en manos del legislador secundario, el abuso de esta permisión obligó al Constituyente Permanente a reducirlo, al máximo posible, dentro del texto constitucional. Quizás esta sea una medida más eficaz para no incurrir en los abusos del autoritarismo jurisdiccional; la práctica se encargará de definirlo.

En este tenor, puede sostenerse que, desde la perspectiva procesal-punitiva, **el bien jurídico-penal cumple con una función cuantitativa**; esto es, el grado de afectación que sufra, necesariamente deberá ser considerado para la sentencia definitiva, salvo los casos específicamente previstos por la ley (numerus clausus). Lo anterior se robustece al considerar que el artículo 22 de nuestra Carta Magna

⁵⁴⁸ Sobre el particular el Doctor Luna Castro estima que: la actualización de tales calificativas den lugar a un tipo personal de injusto. “(...) la obligación de atender tales circunstancias de agravación o complementación típica, deriva en su caso y como principio de excepción, de la particular configuración del delito atribuido de que se trate, en la medida de representar auténticos elementos o factores diferenciadores de grado o actualización de la descripción típica en particular, de manera que de no atenderse (obviamente conforme al grado de comprobación o acreditamiento exigible para la etapa procesal provisional en que se actúe), sería realmente imposible determinar la presencia o no de la conducta a que se refiera la hipótesis normativa de conminación penal, es decir, el acreditamiento suficiente de que se está realmente en presencia de una comportamiento relevante para el exclusivo ámbito del derecho penal y particularmente de aquella por la que se consigna y ejercita la correspondiente acción penal, todo ello a efecto de que se justifique o no la concurrencia consecuente de todos los efectos intraprocesales inherentes a la determinación que se llegue a emitir por parte de la autoridad judicial al resolver, en dicha etapa, sobre la pretensión punitiva del órgano persecutor. (...) de lo contrario, se desconocería la ineludible función judicial de delimitar la hipótesis normativa punible como presupuesto básico de la aplicación del derecho penal (principios de legalidad, exacta aplicación y plenitud hermética del derecho penal), y de los consecuentes efectos que dentro del propio proceso produce, en vinculación directa con aspectos tan importantes como la posibilidad de acceso o no al beneficio de la libertad provisional bajo caución.” LUNA NIEVES, José Castro. *Op. Cit.*, p. 184.

⁵⁴⁹ **“PANDILLERISMO. CONSTITUYE UNA AGRAVANTE Y NO UN DELITO. POR TANTO ES VIOLATORIO EL AUTO DE FORMAL PRISION QUE SE DICTE POR EL DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). De conformidad con el artículo 239 del Código Penal del Estado, el pandillerismo no constituye un delito autónomo sino una circunstancia en la comisión de otros ilícitos que agrava la pena prevista para éstos, lo cual permite afirmar que la sanción privativa de libertad que el aludido dispositivo prevé sólo se puede aplicar una vez acreditado el cuerpo del delito y la plena responsabilidad del acusado en el otro u otros delitos, o sea, en la sentencia que concluya el juicio, no en el auto de formal prisión, porque en esta fase aún no se acredita con plenitud la citada responsabilidad.”** TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIII, Febrero de 1994; Pág. 387.

exige que “toda pena sea proporcional al delito que se sancione y **al bien jurídico afectado**”.

6. Exhaustividad

Entendido como un principio procesal, la exhaustividad exige el examen de todos los puntos o cuestiones sometidos a debate, sin omitir alguno de ellos; consecuentemente, puede entenderse como la obligación del Órgano Jurisdiccional de resolver cualquier controversia tomando en consideración todos y cada uno de los argumentos oportunamente aducidos por las partes, de modo que se despeje cualquier duda o inconsistencia y se resuelvan todos los puntos de debate, procediendo en todos los casos con la mayor diligencia posible.

Limitando su contenido al ámbito probatorio, la exhaustividad impone el inexorable deber de valorar todos los medios de prueba admitidos y desahogados conforme a la ley, sin exclusión, si quiera, de aquellos que no aporten ningún valor convictivo, pues siempre será necesario que se motive tal decisión. En efecto, la valoración del *summum* probatorio debe ser en **contexto holístico**, es decir, agotando en su totalidad, de forma meticulosa, el análisis de las pruebas que hay en la causa, sin ninguna omisión al respecto. Esta consideración permite darle el tratamiento de “**garantía procesal**”, al tratarse de un requisito de confiabilidad indispensable para el dictado de las resoluciones jurisdiccionales.

Derivado de esa valoración, la exhaustividad comprende la completa exposición de todas las razones tenidas en cuenta para asumir determinada posición probatoria (en nuestro país, importa el cumplimiento de la **garantía de debida motivación**). Desde esta perspectiva, la exhaustividad implica una exigencia cualitativa para el Órgano Jurisdiccional consistente en evitar la realización de transcripciones de las pruebas más el agregado de un comentario exiguo que revele el criterio de la autoridad; sin embargo, tampoco llega al extremo convertirse en un extenso y farragoso análisis de cuestiones ajenas a la litis principal.

Concretamente, la jurisprudencia ha impuesto como límite a este principio el relativo al estudio y reflexión sólo de aquellas cuestiones que revelen un efectivo argumento de defensa donde se trate de demostrar que le asiste la razón al justiciable, más no así aquellos que impliquen reiteraciones o adivinaciones que perjudiquen la expedites y prontitud de la justicia.⁵⁵⁰

Tratándose de la entidad procesal en estudio, este principio adquiere especial relevancia, pues aunque –absurdamente– solía reservarse su aplicación para la sentencia definitiva,⁵⁵¹ en la actualidad se ha rectificado este error y se considera de aplicación obligatoria en las resoluciones que impliquen un acto de molestia contra la libertad personal.⁵⁵² Esto se explica a partir de la necesidad de

⁵⁵⁰ "GARANTÍA DE DEFENSA Y PRINCIPIO DE EXHAUSTIVIDAD Y CONGRUENCIA. ALCANCES. La garantía de defensa y el principio de exhaustividad y congruencia de los fallos que consagra el artículo 17 constitucional, no deben llegar al extremo de permitir al impetrante plantear una serie de argumentos tendentes a contar con un abanico de posibilidades para ver cuál de ellos le prospera, a pesar de que muchos entrañen puntos definidos plenamente, mientras que, por otro lado, el propio numeral 17 exige de los tribunales una administración de justicia pronta y expedita, propósito que se ve afectado con reclamos como el comentado, pues en aras de atender todas las proposiciones, deben dictarse resoluciones en simetría longitudinal a la de las promociones de las partes, en demérito del estudio y reflexión de otros asuntos donde los planteamientos verdaderamente exigen la máxima atención y acuciosidad judicial para su correcta decisión. Así pues, debe establecerse que el alcance de la garantía de defensa en relación con el principio de exhaustividad y congruencia, no llega al extremo de obligar a los órganos jurisdiccionales a referirse expresamente en sus fallos, renglón a renglón, punto a punto, a todos los cuestionamientos, aunque para decidir deba obviamente estudiarse en su integridad el problema, sino a atender todos aquellos que revelen una defensa concreta con ánimo de demostrar la razón que asiste, pero no, se reitera, a los diversos argumentos que más que demostrar defensa alguna, revela la reiteración de ideas ya expresadas." [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Marzo de 2002; Pág. 1187.

⁵⁵¹ "AUTO DE FORMAL PRISION. LA VALORACION DE PRUEBAS CONTRADICTORIAS DEBE HACERSE HASTA DICTAR SENTENCIA. La prevalencia de los elementos de descargo, como podrían serlo las contradicciones entre los testigos, debe hacerse hasta el momento de dictarse la sentencia definitiva, pues tratándose de auto de formal prisión y en presencia de pruebas contradictorias, basta con que las de cargo sirvan para demostrar la existencia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del procesado, para que los presupuestos de legalidad de tal mandamiento se surtan, a la luz del artículo 19 constitucional." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XIII, marzo de 1994, página 37. "PRUEBAS CONTRADICTORIAS. AUTO DE FORMAL PRISION. Tratándose del auto de formal prisión y en presencia de pruebas contradictorias, basta con que las de cargo sirvan para demostrar la existencia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del procesado para que los presupuestos de legalidad de tal mandamiento, a la luz del artículo 19 constitucional, se surtan, quedando para el momento de dictar sentencia el estudio de las pruebas de descargo." TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO. [J]; 8a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Núm. 64, Abril de 1993; Pág. 53. "AUTO DE FORMAL PRISION, NO PUEDEN VALORARSE PRUEBAS CONTRADICTORIAS EN EL. Si el acusado negó en su declaración preparatoria los hechos que se le imputan y presentó testigos de descargo, pruebas que resultan contradictorias con el informe rendido por los agentes de la policía judicial y las declaraciones de los testigos de cargo, no es en el auto de formal prisión la etapa procesal en la que deba valorarse cuál de las pruebas debe prevalecer, sino en la sentencia definitiva cuando culmine la secuela del procedimiento, ya que para dictar el auto de formal prisión la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo, sino únicamente se requiere que los datos de la averiguación previa sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado." TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo II, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1988; Pág. 130.

⁵⁵² "PRUEBAS CONTRADICTORIAS O DE DESCARGO. DEBEN SER VALORADAS PORMENORIZADAMENTE EN LA ETAPA DE PREINSTRUCCIÓN. La interpretación relacionada de las fracciones III, IV y V del artículo 20 constitucional con el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales permite afirmar el derecho que tiene el inculpado a que se le reciban pruebas en el procedimiento de preinstrucción; por consiguiente resulta lógico y jurídico que las pruebas de descargo que aporte el inculpado para desvirtuar las pruebas de cargo de la representación social, deben ser valoradas aunque se trate de pruebas contradictorias, entendiendo como tales, las que tienen valor análogo, pues en caso de no ser valoradas dichas pruebas en la citada etapa de preinstrucción se violarían las normas que regulan la prueba, máxime que no existe fundamento legal que apoye al Juez a posponer la valoración de las pruebas contradictorias hasta la sentencia definitiva, lo cual podría causarle al procesado un daño irreparable. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de las pruebas depende del momento procesal en que se aporten, pues su objetivo difiere según la etapa procesal en que se aporte, ya que tienden a

exigir una valoración acuciosa de donde pueda emerger con nitidez el juicio de “veracidad provisional” o, dicho de otro modo, pueda entreverse una “posibilidad real” de la comisión del hecho punible.⁵⁵³

Vale la pena enfatizar lo anterior, pues en algunas órdenes de aprehensión,⁵⁵⁴ autos de término constitucional⁵⁵⁵ e incluso sentencias⁵⁵⁶ (algo

demostrar diferente hipótesis legal, así en la etapa procesal de preinstrucción, la hipótesis legal a probar por parte del Ministerio Público es el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado y éste por su parte deberá ofrecer las pruebas para desvirtuar su presunta responsabilidad en la comisión del delito que se le atribuye. Una y otras pruebas deben ser analizadas por el Juez circunscribiendo su valoración única y exclusivamente a la etapa de preinstrucción, pues de ello dependerá si el acusado es o no sometido a proceso penal.” PRIMERA SALA Contradicción de tesis 5/93. Tesis jurisprudencial 1/94. [J]; 8a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Núm. 75, Marzo de 1994; Pág. 12.

⁵⁵³ “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, CASO EN EL QUE NO PUEDE HABLARSE DE FALTA DE, EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN. Cuando el Juez del proceso penal externa un juicio valorativo sobre la eficacia de los elementos probatorios recabados en el sumario, así como de los presupuestos que integran el cuerpo del delito que se reprocha a los quejosos, en forma que no deja dudas sobre los hechos que les fueron imputados y se invoca el precepto de ley que tipifica esos hechos, no puede válidamente sostenerse que el auto de formal prisión carezca de motivación y fundamentación, porque en las condiciones apuntadas tampoco puede establecerse que los quejosos queden en estado de indefensión por ignorar cuáles son los motivos y fundamentos que dieron lugar para sujetarlos a la traba de la formal prisión.” PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Febrero de 2003; Pág. 837.

⁵⁵⁴ “APREHENSIÓN. FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN DE LA ORDEN DE. La fundamentación y motivación de una orden de aprehensión no se satisfacen con la relación de las diligencias indagatorias, sino con el análisis de dichos elementos y la expresión de las razones en que se apoye, para concluir que se reunieron los presupuestos del artículo 16 constitucional; y si esto no se hizo, la orden de captura es violatoria de las garantías contenidas en dicho precepto.” PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XIV, diciembre de 1994, página 199.

⁵⁵⁵ “AUTO DE FORMAL PRISION. CUANDO CARECE DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, POR FALTA DE VALORACION DE PRUEBAS. El auto de formal prisión adolece de la debida fundamentación y motivación, cuando es dictado por la autoridad responsable limitándose a enumerar o precisar sólo las constancias que obran en la averiguación, reseñando parte de su contenido, pero sin externar juicio valorativo sobre la eficacia probatoria de las mismas en relación con todos y cada uno de los elementos que integran la materialidad del ilícito imputado, para concluir así, en forma apriorista, en la afectación del bien jurídicamente tutelado.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. V.2o.174 P. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIII, Junio de 1994, Pág. 530. “AUTO DE FORMAL PRISION, REQUISITOS DEL. En todo auto de formal prisión, debe expresarse, necesariamente: a) El delito imputado al inculpado, y los elementos de aquél; b) Las circunstancias de ejecución, tiempo y lugar, y c) Los datos que arroje la averiguación previa. Asimismo, debe hacerse un análisis razonado de los elementos probatorios aportados que se toman en cuenta para llegar a la conclusión de que están demostrados tanto el cuerpo del delito imputado al inculpado, como la presunta responsabilidad de éste en su comisión, sin que sea suficiente para este último extremo, con hacer una mera enumeración o lista de las constancias procesales.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo IX, Mayo de 1992; Pág. 402. “AUTO DE FORMAL PRISION. NO DEBE LIMITARSE A HACER UNA RELACION DE LAS CONSTANCIAS QUE OBREN EN AUTOS, SINO QUE DEBERA EXPRESAR LOS REQUISITOS DE FONDO Y FORMA QUE SEÑALA EL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL. El auto de formal prisión no debe limitarse a hacer una relación de las diversas constancias que obran en autos y luego manifestar que con esos medios de prueba se acredita el cuerpo del delito, sin precisar cuáles son sus elementos materiales y con qué elementos de convicción aportados en la averiguación previa se integra el delito imputado al inculpado, sino que debe comprender las circunstancias de ejecución, modo, tiempo y lugar, a fin de establecer cuál fue la conducta activa u omisiva del quejoso, expresando los requisitos de forma y fondo que señala el artículo 19 constitucional, debiéndose entender por los primeros: a) El delito que se imputa al acusado y sus elementos constitutivos; b) Las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar, y c) Los datos que arroje la averiguación previa; y como requisitos de fondo, que los datos sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado.” TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo IX, Abril de 1992; Pág. 441.

⁵⁵⁶ “SENTENCIA PENAL. NO SATISFACE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, SI CON LA SIMPLE RELACIÓN DE PRUEBAS SE CONCLUYE QUE SE ACREDITARON LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO. El artículo 16, párrafo primero de la Carta Magna impone como garantía a favor del gobernado, que todo acto de autoridad debe encontrarse debidamente fundado y motivado, a fin de que esté en posibilidad de conocer con precisión los motivos y razones legales que se tomaron en cuenta para emitir dicho acto de autoridad. Por otra parte, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, impone a la autoridad judicial la obligación de examinar si en el caso concreto, se encuentran acreditados los elementos del cuerpo del delito relativo (elementos del tipo, antes de su última reforma). Ahora bien, de la interpretación armónica de ambos preceptos, se concluye que para cumplir con la referida obligación constitucional, es necesario que la autoridad judicial precise: a) Cuáles son los elementos citados cuya actualización exige la figura delictiva correspondiente; b) Con qué pruebas se acredita cada uno de

desconcertante), ciertos juzgadores se limitan a “enumerar” o “listar lacónicamente” las pruebas existentes en el sumario y agregar alguna frase como esta (o cualquier otra de formato): “(...) pruebas que valoradas en su conjunto y en términos de los artículos X y Y del Código de Procedimientos Penales, se les concede eficacia probatoria”. Estos raquíuticos esfuerzos (que demuestran la pereza y total falta de vocación de los servidores públicos), son eliminados bajo la aplicación de este principio, impidiendo que se perjudique la credibilidad de la función jurisdiccional y de sus instituciones.

Evidentemente, para realizar una correcta valoración probatoria, no basta con limitarse a citar los preceptos legales reguladores del arbitrio judicial, ni es suficiente utilizar el mismo lenguaje abstracto que emplea el legislador; por el contrario, debe razonarse pormenorizadamente y conforme a las peculiaridades del caso, la forma en que las pruebas influyen en el ánimo del juzgador.

Lo anterior reviste una importancia suprema en nuestro sistema procesal constitucional, en virtud de que los juzgadores de amparo sólo están facultados para revisar si el juicio de valoración probatoria, llevado a cabo por la autoridad responsable, fue conforme a las reglas que rigen ese arbitrio.⁵⁵⁷

ellos y qué valor les corresponde a éstas, de acuerdo con la ley adjetiva; c) Cuáles son los preceptos legales aplicables al caso, y además, todas aquellas circunstancias que se tuvieron en consideración para ello, precisando la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables. Por tanto, es claro que tales requisitos no se satisfacen cuando el juzgador se constriñe a relacionar las pruebas existentes en la causa penal relativa y con ello concluye que se encuentran probados los elementos del cuerpo del delito respectivo.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Agosto de 2000; Pág. 1123.

⁵⁵⁷ “AUTO DE FORMAL PRISIÓN. CUANDO A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO SE COMBATE LA FALTA DE DEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS, EL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL DEBE CIRCUNSCRIBIRSE A LA VALORACIÓN DEL JUICIO DE PRUEBA LLEVADO A CABO POR EL JUZGADOR NATURAL. El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto vigente antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) establece que el auto de formal prisión debe contener: el delito que se imputa al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroja la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la valoración de los elementos de convicción es una facultad exclusiva del juez de la causa que no pueden ejercitar los jueces de distrito, salvo que se comprueben alteraciones que afecten la actividad intelectual que aquél debe llevar a cabo para otorgar valor determinado a las pruebas; sin embargo, si bien es cierto que el juez de distrito no puede sustituirse al juez natural en la apreciación de los elementos de convicción, también lo es que ello no implica que no pueda revisar el juicio de valoración de la prueba desarrollado por la autoridad responsable, en tanto que el juicio de garantías se circunscribe a analizar la legalidad y consecuente constitucionalidad del acto reclamado, no del medio de prueba en sí. Por tanto, se concluye que cuando a través del juicio de amparo se combate la falta de debida fundamentación y motivación en la valoración de las pruebas relacionadas con los requisitos de fondo del auto de formal prisión -cuerpo del delito y presunta responsabilidad-, el órgano de control constitucional debe circunscribirse a la valoración del juicio de prueba llevado a cabo por el juzgador y resolver respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho auto. Sin que lo anterior signifique que el tribunal constitucional sustituye al juez natural en la apreciación de los elementos de convicción, ya que en el caso aludido, aquél únicamente analiza la legalidad de la valoración efectuada por la autoridad responsable para determinar si se ajustó o no a

7. Libertad probatoria

Este principio permite emplear cualquier medio de prueba dentro del proceso, empero, esta amplitud probatoria no es infinita sino que cuenta con las siguientes limitaciones: **I)** no estar prohibida expresamente en la ley; **II)** no tratarse de una prueba inidónea; **III)** no apartarse de la Litis y; **IV)** no ir contra la moral o las buenas costumbres. Estas prohibiciones se imponen como una consecuencia natural, pues no se trata de obtener la verdad a base del atropellamiento de los principios fundamentales del proceso, sino de obtenerla por vías legítimas. Vale decir que este principio no tiene relación directa con el tema de la “*valoración probatoria*”, sino que trata de la **incorporación de pruebas al proceso**.⁵⁵⁸

Su justificación se encuentra en la posibilidad de **permitir el mejoramiento de la cantidad y calidad de los medios de prueba**, toda vez que la ley no debe limitar caprichosamente los medios de prueba admisibles, sino dejar al Órgano Jurisdiccional un margen “más o menos laxo” para estimar su posible relevancia dentro del proceso, teniendo en cuenta que la elección de los “medios de prueba innominados”⁵⁵⁹ no contraviene el esquema de los “medios de prueba legalmente

los principios que rigen el debido proceso legal.” PRIMERA SALA. [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 51.

⁵⁵⁸ “DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER. NO PUEDEN ESTAR A LA DECISIÓN ARBITRARIA DEL JUZGADOR. El artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal confiere a los tribunales, en todo tiempo, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, teniendo como únicos requisitos: a) que sea conducente para el conocimiento de la verdad de los puntos cuestionados; y, b) que no lesione el derecho de las partes procurando su igualdad. Todo lo cual tiene sustento en la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 17 constitucional. En consecuencia, al dictarse una diligencia para mejor proveer, el juzgador deberá respetar los principios de igualdad de las partes y de preclusión; en aquél (de igualdad), los contendientes deberán tener las mismas oportunidades, eliminando situaciones de ventaja y privilegios, lo que se traduce en igualdad jurídica; en ese (de preclusión), impone a las partes la obligación de aportar al proceso los medios probatorios dentro de la etapa postulatoria, y sólo por excepción en etapa diversa cuando se trata de hechos supervenientes. Por tanto, la facultad de los juzgadores para mejor proveer, no puede estar a una decisión arbitraria; por el contrario, se debe anteponer el cumplimiento de estos principios al ordenar el desahogo de alguna prueba. Ello no puede entenderse de otra manera, pues su inobservancia, bajo el pretexto de allegarse elementos de convicción para mejor proveer, llevaría inevitablemente a subsanar la deficiencia de alguna de las partes respecto al ofrecimiento de pruebas; situación que sería violatoria del artículo 281 del mismo código, según el cual establece la obligatoriedad de éstas para asumir la carga de la prueba en relación a los hechos constitutivos de sus pretensiones.” SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Marzo de 2010; Pág. 2972.

⁵⁵⁹ “PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL. SU LIBRE VALORACIÓN POR EL JUEZ NATURAL CUANDO NO ESTÉN RECONOCIDAS POR LA LEY O ESTÁNDOLO NO SE HUBIEREN DESAHOGADO CON LAS FORMALIDADES CORRESPONDIENTES, NO ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS, SIEMPRE Y CUANDO SE MOTIVE EL VALOR OTORGADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 108 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social otorga al Ministerio Público y a los tribunales judiciales, para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, siempre que no sean contrarios a derecho, aunque no sean de los que menciona la ley; mientras que el artículo 122 del mismo ordenamiento legal establece que se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que a juicio del funcionario conduzca lógicamente al conocimiento de la verdad; ahora bien, el artículo 123 del referido ordenamiento legal enlista las pruebas específicas que la ley contempla, y en la sección undécima del capítulo cuarto de la ley procesal penal se establecen determinadas reglas para que el Juez del proceso pueda otorgar a cada medio de

regulados” o, dicho de otro modo, los medios legales no excluyen a los no previstos porque gozan de un carácter “electivo”.⁵⁶⁰ De ahí que pueda sostenerse que este principio aliente el descubrimiento de la verdad histórica, pues al permitir que la verdad obtenida deja de ser “predominantemente formal”, permite la creación de condiciones óptimas para un juicio más justo.⁵⁶¹

convicción el valor que señala el propio precepto legal; sin embargo, no en todas las hipótesis se encuentra prevista dicha tasación, pues en algunos casos se deja al prudente arbitrio del juzgador, y en otros supuestos más nada se menciona al respecto, de lo que se concluye que en caso de que los medios de prueba que fueron valorados por el Juez del proceso no estén expresamente determinados en la ley, o que estándolo no fueron desahogados con las formalidades que al efecto se señalan, o que en ningún precepto se establecen las reglas para su valoración, o la permisión de utilizar el libre arbitrio del juzgador, debe decirse que en todos estos casos, ante las disposiciones legales en primer lugar mencionadas, puede el Juez de la causa en forma legal apreciarlas libremente mediante una deducción racional, siempre y cuando se motive el valor otorgado, sin que ello implique violación a las garantías individuales; por lo que el simple hecho de que una prueba no esté reconocida por la ley o que estándolo no se hubiere desahogado con las formalidades correspondientes, no es suficiente para sostener que carece en lo absoluto de valor probatorio, quedando al prudente arbitrio del juzgador común su tasación.” PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX, Marzo de 2004; Pág. 1459.

⁵⁶⁰ “CUERPO DEL DELITO, MEDIOS PARA COMPROBARLO-[TESIS HISTÓRICA].- La autoridad judicial goza, en principio, del más amplio criterio para estimar los elementos conducentes a la comprobación de un hecho delictuoso, aun cuando no sean de los que define y detalla la ley, si no están reprobados por la misma de tal manera que, aun cuando alguno de los medios que la ley señala para comprobar el cuerpo del delito, no se hayan usado o se hayan usado deficientemente, si con los demás que la ley proporciona, se llega a la comprobación del hecho criminoso, ello es bastante para que no se puedan tener por conculcadas las garantías individuales.” 904796. 68 (H). Primera Sala. Quinta Época. Apéndice 2000. Tomo II, Penal, Jurisprudencia Histórica, Pág. 679. Apéndice 1917-1995, Tomo II, Tercera Parte, página 546, Primera Sala, tesis 850.

⁵⁶¹ “PRUEBA INDICIARIA, LA FORMA DE OPERAR LA, EN EL DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL, ES DIFERENTE AL DEPENDER DEL DERECHO SUSTANTIVO QUE SE PRETENDE. El derecho procesal es el instrumento que sirve para la observancia efectiva del derecho sustantivo, por lo que, a las características y particularidades de este derecho, se encuentran adecuados los tipos de procedimientos que les resulte conveniente para su concreción judicial, de lo que se sigue que, si los derechos sustanciales llegan a tener naturaleza discordante uno de los otros, resulta que los procedimientos que se le ajusten deberán ser también discordantes y contener reglas y especificidades en consonancia con la naturaleza del derecho material al cual sirvan, de lo que se colige que si al derecho civil se le reputa como privado y al penal como público, ello lleva ya implícita la diferenciación de sus naturalezas y, por lo mismo, de esto se deriva que los procedimientos que les son relativos presenten formas de actuación divergentes, de esta manera se explica que en el derecho civil, el litigio normalmente, por considerarse privado, afecta tan sólo a las partes; en cambio, en el derecho penal la relación jurídico-criminal entre el Estado y el imputado, interesa a toda la sociedad, ésta es la causa de que en el proceso civil, en materia de pruebas, sea en las partes en conflicto, sobre quienes gravite, principalmente, la carga probatoria; en el proceso penal, el órgano jurisdiccional está facultado para ordenar el desahogo de las pruebas, tantas como se requieran, para tratar de obtener el conocimiento de la verdad real; de tal suerte que, en el proceso civil, el Juez, la mayoría de las veces, debe resignarse a conocer los hechos del debate en la forma en que las partes se los presenten y prueben; por el contrario, en el proceso penal se permite la investigación y averiguación como potestad ilimitada otorgada al juzgador para allegarse de los medios de convicción que estime necesarios al juicio, precisamente porque la relación criminal que surge es eminentemente pública; lo que significa que, en este último proceso, se concibe una mayor facultad para el Juez, que la que tiene el Juez civil, no tanto en la tarea de juzgar cuanto en la de probar; es decir, en la etapa del juicio, ambos Jueces tienen la misma atribución para estimar la aplicación del derecho sustantivo a los hechos, no así por lo que hace a la investigación y conocimiento de los hechos, lo cual se refleja respecto de la prueba indiciaria, pues el derecho civil la limita, dado que carece de todo valor probatorio en algunos casos; a guisa de ejemplo, se toma como referencia lo previsto por el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, cuyo contenido es del tenor siguiente: “La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.”; como puede observarse, la filiación del padre en la hipótesis transcrita únicamente se podrá probar mediante los medios de convicción a que alude la norma, sin que se pueda acreditar con la prueba circunstancial o indiciaria; en cambio, en el proceso penal, en el supuesto del delito de parricidio, en donde la víctima es el padre y el inculcado un hijo fuera de matrimonio de aquél, para tener por comprobado uno de los elementos del tipo penal de dicho ilícito, como lo es el parentesco entre sujeto activo y pasivo, no es indispensable que exista resolución prejudicial civil, e inclusive ante la falta de actas del Registro Civil, la liga de filiación puede establecerse por cualquier medio probatorio procesal, dado el realismo de la legislación penal.” Novena Época Registro: 198453 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Localización: Tomo V, Junio de 1997 Materia(s): Civil, Penal Tesis: 1a./J. 24/97 Pag: 223. Contradicción de tesis 48/96.

En nuestro país, este principio suele estar regulado en los Códigos procesales bajo el aforismo siguiente: “Los Tribunales gozarán de la más amplia facultad para allegarse de las pruebas que estimen necesarias para tener por acreditado el hecho delictivo y la responsabilidad penal del imputado.”⁵⁶² Esta legitimación de “búsqueda de la verdad”, permite que el juzgador quede desligado de la obtención de pruebas a través del expreso pedimento de las partes, siendo factible que introduzca de oficio todas aquellas que resulten necesarias para un mayor acercamiento a la verdad histórica.

Esto se traduce en las llamadas “*pruebas para mejor proveer*”, que cuentan con amplio reconocimiento a nivel legal,⁵⁶³ jurisprudencial⁵⁶⁴ y doctrinal,⁵⁶⁵ sin olvidar que esta facultad es exclusiva y discrecional del Órgano Jurisdiccional y

⁵⁶² En términos del Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 180, se encuentra expresado de la siguiente forma: “Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad el indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.”

⁵⁶³ Código Federal de Procedimientos Penales. Artículo 150.- “(...) Según las circunstancias que aprecie el juez en la instancia podrá de oficio ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer o bien ampliar el plazo de desahogo de pruebas hasta por diez días más.”

⁵⁶⁴ “PRUEBAS PARA MEJOR PROVEER EN JUICIO PENAL. FACULTAD DEL JUEZ PARA DECRETARLAS. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 180 y 384 del Código Federal de Procedimientos Penales, el juzgador tiene amplias facultades para emplear los medios de investigación que estime conducentes o practicar diligencias para ilustrar su criterio; aun encontrándose el proceso para dictar sentencia puede el juzgador ordenar la práctica de una diligencia para ilustrar su criterio y decretarla para mejor proveer.” SALA AUXILIAR. [TA]; 7a. Época; Sala Aux.; S.J.F.; Volumen 175-180, Séptima Parte; Pág. 406. “CUERPO DEL DELITO. AMPLITUD DE LA PRUEBA DE. El juzgador goza de la más amplia facultad para comprobarlo, pudiendo emplear con tal propósito los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, si esos medios no están reprobados por ésta; de lo que se colige, que si el juez, para tener por demostrados los elementos materiales y objetivos del delito, puede emplear elementos de convicción que no estén específicamente señalados por la legislación para ello, puede valerse de todo aquel medio de pruebas establecido por la ley, con tal de que no pugnen con la ley o las buenas costumbres.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIV, Julio de 1994; Pág. 524. “PRUEBAS. ESTA FACULTAD PARA RECABARLAS EL MINISTERIO PÚBLICO. Del artículo 102, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y del diverso 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se colige que el valerse de medios para buscar pruebas es una facultad de origen y eminentemente privativa del Ministerio Público, porque de no ser así, se encontraría imposibilitado para acudir a los tribunales a ejercer la acción penal, en consecuencia, a dicha institución le está permitido practicar toda clase de diligencias tendientes a acreditar el cuerpo del delito de un ilícito y la responsabilidad del acusado. Dentro de tal potestad se halla la prueba de confesión, la cual puede ser convincente para satisfacer el conocimiento para llegar a la certidumbre de la existencia del objeto o hecho que debe apreciarse, correspondiendo su práctica a los ministerios públicos en las diligencias previas al ejercicio de la acción penal, otorgando el código procesal penal federal pleno valor probatorio a dicho acto, siempre y cuando se cumplan los requisitos que al efecto se precisan en dicho ordenamiento legal.” TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, Diciembre de 1995; Pág. 559.

⁵⁶⁵ A este respecto, el Doctor José Ovalle Favela se expresa en los siguientes términos: “Es evidente que el juez no puede ni debe asumir frente a la verificación de los hechos punibles el papel de un investigador científico que tiene plena libertad de indagación y la mayor disponibilidad de recursos y técnicas y tiempo para lograr sus objetivos en la búsqueda de la verdad. Si bien ésta debe orientar también la actividad probatoria en el proceso penal, es claro que el papel del juez se encuentra condicionado por su posición en el proceso, mismo que exige que la actividad probatoria se desarrolle por causas precisas, respetando las reglas y principios fundamentales, como el principio de contradicción (*auditor altera pars*), el de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, el de publicidad, etcétera.” OVALLE FAVELA, José. *La reforma de la prueba penal*, visible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/639/8.pdf>

que, de ningún modo, puede significar un derecho para las partes, en virtud de que éstas asumen siempre la carga de la prueba.⁵⁶⁶

Por último, este principio cobra especial relevancia frente a las “reglas especiales de comprobación”, pues se trata de meros criterios preferenciales que no derogan las reglas generales de la prueba.⁵⁶⁷ Dada la natural tendencia a cometer la acción delictiva en forma oculta, resulta imprescindible la aplicación de este principio para determinar la existencia de ésta última, de modo que la especialidad probatoria, legalmente regulada para ciertos delitos en específico, es siempre una cuestión optativa para la autoridad, en virtud de que cuenta con cualquier medio de convicción disponible a su alcance, siempre que se sujete a las reglas generales de la prueba.

⁵⁶⁶ “DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER. LA POTESTAD DE SU EJERCICIO NO PUEDE ENTENDERSE EN EL SENTIDO DE PERFECCIONAR LAS PRUEBAS DEFICIENTEMENTE APORTADAS, O SUPLIR A LAS PARTES EN SU OFRECIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Si bien es cierto que los juzgadores tienen la potestad de acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los hechos controvertidos, o de ordenar la práctica de cualquier diligencia para un mejor conocimiento de éstos, también lo es que esa facultad no puede entenderse en el sentido de eximir a las partes de su obligación de exhibir pruebas a fin de demostrar sus pretensiones, ni mucho menos de perfeccionar las deficientemente aportadas, sino que tal facultad se refiere a que pueden solicitar la exhibición de cualquier otra prueba que consideren necesaria para la correcta resolución de la cuestión planteada. Entonces, si se ofrecen como medios de convicción las constancias de una averiguación previa en las que consta el desahogo de una prueba pericial a la que por ese hecho se le da un valor de indicio, la parte interesada en aportar esa prueba dentro de los autos del juicio ordinario civil, debe proponerla como tal, a fin de que se desahogue en éste y no la responsable hacer lo propio en uso de la facultad que le confiere el artículo 49 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, ya que esa conducta no implica una medida para mejor proveer sino por el contrario, de perfeccionamiento de la prueba en cuestión, lo cual sólo compete al oferente.” TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1912.

⁵⁶⁷ “CUERPO DEL DELITO, COMPROBACION DEL. CUANDO NO DEJA HUELLAS DEBE HACERSE CONSTAR POR MEDIO DE TESTIGOS O POR CUALQUIER OTRO MEDIO DE CONVICCION QUE NO SEA CONTRARIO A LA MORAL Y AL DERECHO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). Conforme a las reglas de comprobación del cuerpo del delito que prevé el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chiapas, si bien es verdad que cuando el delito de que se trata no deja huella o vestigios, se deberá hacer constar por medio de testigos, también lo es, que puede comprobarse a través de los demás medios de convicción que no sean contrarios a la moral y al derecho.” TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIII, Abril de 1994; Pág. 350. “HOMICIDIO, LA COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO DE, ES POSIBLE MEDIANTE PRUEBA INDICIARIA (LEGISLACION DEL ESTADO DE NAYARIT). Si bien es cierto que las leyes adjetivas penales del Estado de Nayarit, concretamente, los artículos 133 y 134, contienen reglas especiales para la comprobación del cuerpo del delito de homicidio, en alguna ocasión, dadas las circunstancias particulares en la comisión del delito, como el que se hubiese ocultado o desaparecido el cadáver del pasivo, será imposible la cumplimentación estricta de tales normas. De ahí que, atento a lo dispuesto por el artículo 142 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nayarit y, en tales casos, será admisible la libre recepción probatoria para que el juzgador se valga de cualquier medio no reprobado por la ley, debiendo entonces, esos elementos de convicción indiciarios, acreditar: a) la preexistencia como persona del sujeto pasivo del delito, presupuesto lógico necesario; b) sus costumbres y carácter que integren la personalidad; c) el estado físico que presentaba al momento de ocurrir el supuesto delito y los datos suficientes para deducir la muerte del pasivo; d) la ubicación del lugar en que se dé por muerto; e) la posibilidad de que el cadáver haya sido destruido u ocultado; y, f) los motivos fundados que hagan suponer la existencia del delito, circunstancias que, demostradas mediante la lógica y armónica conjunción de los diversos indicios que obran en autos, permitan establecer la real comprobación de los elementos integrantes del tipo penal de homicidio.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1989; Pág. 270. “COHECHO, COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO DE. CARACTER DE SERVIDOR PUBLICO. Tomando en cuenta que el Código Federal de Procedimientos Penales no señala regla especial para la comprobación del cuerpo del delito de cohecho, no resulta indispensable el nombramiento para acreditar el carácter de servidor público, si en la causa penal obran otras pruebas documentales públicas de las que se advierte tal carácter, como son: el informe que rindió a su superior el agente de la Policía Fiscal Federal que llevó a cabo la detención, y el acta administrativa que con motivo de esa detención se levantó por el administrador de la aduana de Mexicali.” PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIII, Febrero de 1994; Pág. 287.

8. Taxatividad

Este subprincipio, que se encuentra inmerso en el principio de legalidad penal y resulta imprescindible para dar vida al Estado de Derecho, tiene una doble vertiente semántica ya que, por un lado, se refiere a la “construcción legislativa del tipo” y, por otro, a su “aplicación en el campo jurisdiccional”.

La ontología del concepto procesal en estudio, obliga a que se cumpla, exclusivamente, con el segundo significado. Se trata de la **“aplicación de los tipos penales”** en los actos de molestia que afectan la libertad personal, es decir, de la **singularización de la conducta penalmente relevante**,⁵⁶⁸ excluyendo el acto soberano de la “creación legislativa”.

En tal sentido, **la taxatividad puede entenderse como la subsunción de la conducta imputada dentro de todos y cada uno de los elementos de la descripción legislativa que conforma la figura delictiva en concreto.** Esta “exacta adecuación” o “exacta clasificación provisional” de la conducta lleva implícita la prohibición de cualquier **“juicio de tipicidad parcial”**, puesto que se trata de precisar, si en el caso sometido a debate, la conducta legalmente definida, prohibida y sancionada, existe o no, únicamente a través de la interpretación **“estricta” o “restringida”** de los tipos penales.

⁵⁶⁸ No es momento aquí, de ocuparme de la discusión entre el “objeto” y “objetivo” del Proceso Penal, ni de esclarecer si se trata de una concepción “naturalista” o “normativista” del hecho enjuiciable; esto es materia de análisis, propiamente, de la “garantía de adecuada defensa” y del “principio de acusación”; sin embargo, para efectos de redondear este concepto, vale la pena tener en cuenta los siguientes comentarios. Esta singularización de los “hechos tipificados” son denominados por el jurista Raúl Cárdenas Rioseco como “*unidades jurídicas*”; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. *La garantía...*, Porrúa, México, D.F., 2005, p. 44. Dicho autor considera, de forma reiterada, que la calificación jurídica de los hechos comprende “*el objeto normativo del proceso*”, pues en caso de no considerarse así, se violaría la garantía de debida defensa y debido proceso, así como los principios de contradicción y acusación en materia penal; esto último en franca oposición a la amplia legitimación que la jurisprudencia mexicana ha otorgado a la “*reclasificación de la conducta delictiva*” como facultad de los jueces naturales, más concretamente, al considerar que la conclusión a la que se llegue acerca del objeto del proceso, dependerá de la solución que se dé al problema fundamental de la acusación y defensa en el proceso penal, es decir, “*la garantía de correlación entre acusación y sentencia*”; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. *La garantía...*, Porrúa, México, D.F., 2005, pp. 57 a 62. Por su parte, un sector de la doctrina española se pregunta qué debe considerarse por el concepto de “*hechos punibles*” y al respecto se preguntan si deben entenderse, en su configuración conceptual, atendiendo a criterios “*naturalistas*” o “*normativos*”. A este respecto se ha planteado que, “el objeto del proceso penal no se configura en un solo acto procesal, sino que es fruto de la integración de sucesivos actos procesales, producidos desde la incoación del proceso, en que la delimitación de los hechos punibles tiene sólo carácter embrionario, hasta la formulación de las calificaciones definitivas, una vez practicadas las pruebas en el juicio oral. Por ello, la identidad sustancial del hecho punible a lo largo del proceso como objeto de investigación, de acusación y de sentencia, es fundamental para determinar si el acusado ha visto vulnerado su derecho de defensa. En este orden de ideas, los hechos que deben constituir la conclusión primera del escrito de calificaciones provisionales, han de ser comprendidos en su concepción jurídico-procesal, como equivalentes al objeto del proceso en su aspecto fáctico (...)”; MORENO CATENA, Víctor (director), COQUILLAT VICENTE, Ángela, JUANES PECES, ángel, DE DIEGO DÍEZ, Alfredo y DE LLERA SUÁREZ BARCENA Emilio. *El proceso penal... Volumen III*, p. 2001.

En nuestro país, este subprincipio se ha estimado como una garantía constitucional exigible sólo para el dictado de la sentencia definitiva, bajo el argumento de que sólo los “actos privativos” deben tener una “exacta clasificación de la conducta delictiva”, en términos de lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, que contempla la **“garantía de exacta aplicación de la ley penal”**;⁵⁶⁹ sin embargo, aun cuando sea de carácter provisional, este completo juicio de tipicidad es de aplicación obligatoria en todas las resoluciones que impliquen un **acto de molestia contra la libertad personal**,⁵⁷⁰ porque sólo así se elimina cualquier motivo de persecución por delitos *“ilusorios”* o *“inexistentes”*.⁵⁷¹

⁵⁶⁹ “PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS. El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tomaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.” PRIMERA SALA. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2; Pág. 1094.

⁵⁷⁰ “AUTO DE FORMAL PRISION. DEBE SEÑALAR LOS ARTICULOS Y FRACCIONES EN QUE ENCUADRE LA CONDUCTA DEL INDICIADO. El artículo 19 constitucional señala como elementos de forma que deberán expresarse en todo auto de formal prisión: a) el delito que se le imputa al indiciado y sus elementos constitutivos; b) las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar; y c) los datos que arroje la averiguación previa; y como requisito de fondo, que los datos sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculcado, requisitos que también se encuentran consignados en el artículo 212, fracciones III y IV del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla. Ahora bien, para que quede satisfecho el primero de los requisitos de forma, es necesario que el juez de la causa precise el precepto y en su caso las fracciones o párrafos de la ley penal que defina el ilícito y la sancione, pues sólo así podrán fijarse concretamente los elementos constitutivos de los hechos para la instrucción del proceso, y con ello el inculcado esté en condiciones de aportar pruebas para su defensa.” PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VII, Mayo de 1991; Pág. 156 “ORDEN DE APREHENSIÓN. AL LIBRARLA DEBE EL JUZGADOR DETERMINAR EL PRECEPTO QUE ESTABLECE LA SANCIÓN RELATIVA AL DELITO IMPUTADO. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, establece en el párrafo segundo que: “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.”. Del contenido de dicha norma se desprende que al librar una orden de aprehensión, el juzgador debe determinar el precepto que ha de servir de base para la imposición de las sanciones correspondientes al delito por el que ha de seguirse la causa al inculcado, porque el dictado de un mandato de captura produce el efecto procesal de poner al indiciado a disposición del

El origen de esta exigencia se encuentra en una doble racionalización del poder público. En primer término, establece un **firme autocontrol punitivo** para: a) el ejercicio de la “acción penal” y; b) la reducción de los casos legítimamente enjuiciables, a través de la fijación de la “Litis punitiva” o “preparación del debate punitivo”, tanto en la orden de captura como en el auto de apertura a juicio o de sobreseimiento (provisional o definitivo). Esta último resulta de considerar que, la determinación del hecho punible integra, junto con la persona imputada, el objeto medular o aspecto toral del proceso penal, pues comprenden su aspecto “objetivo” y “subjetivo”. Además, si llegara a faltar el núcleo fáctico-punible de la imputación, corre riesgo de verse frustrado el derecho de defensa y la acusación posterior tendría serios problemas de legitimidad para ser objeto de análisis en sentencia definitiva.

A lo anterior se suma la posibilidad de que, el Órgano Jurisdiccional que conoce del asunto, puede realizar una inexacta adecuación típica de los hechos con la prohibición típica, lo cual permite que un superior jerárquico, en uso de sus potestades concedidas por la ley respectiva, pueda llevar a cabo la reclasificación correspondiente, con motivo de la substanciación de algún medio de defensa interpuesto por alguna de las partes.⁵⁷²

Ciertamente, la “punición” se encuentra lejos todavía; sin embargo, todo hecho que no se encuentre típicamente prohibido, de ningún modo podría ser objeto de algún castigo individualizado en la sentencia definitiva.⁵⁷³ Luego

Juez, como probable responsable en la comisión de un delito específico y de no puntualizarse la norma sancionadora de esa conducta, se transgredirían sus garantías subjetivas, al imposibilitarlo para conocer el alcance de tales sanciones y, consecuentemente, para obtener, en su caso, los beneficios a que pudiese tener derecho.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIII, Mayo de 2001; Pág. 1187.

⁵⁷¹ “COPARTICIPACION. ES INEXACTO QUE PUEDA EXISTIR CUERPO DEL DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). *Es inexacto que pueda existir cuerpo del delito de coparticipación, supuesto que, en primer lugar, el catálogo de actos u omisiones que sanciona el Código Penal para el Estado de Chiapas, no contempla la coparticipación como delito, y en segundo, que el artículo 11, del mismo ordenamiento es preciso al establecer la coparticipación como un grado de la responsabilidad en la comisión de un delito. Por tanto, es inconcuso que la coparticipación, como fenómeno jurídico que se actualiza cuando varios individuos voluntaria y conscientemente concurren a la comisión de un mismo hecho delictuoso, no puede ser constitutiva de cuerpo del delito sino un grado de responsabilidad en la empresa delictuosa.” TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIII, Mayo de 1994; Pág. 422.*

⁵⁷² Considérese el clásico ejemplo que ofrece la práctica: se ordena la apertura del juicio por la probable comisión del delito de “robo con violencia”. Si en el caso concreto, el medio comisivo de la “violencia física” (por utilización de arma blanca) se llevó a cabo con “posterioridad” al desapoderamiento de la cosa mueble y no, de forma coetánea al mismo, produciéndose una herida cortante lineal, lo que habrá en este caso serán hechos probablemente constitutivos de los delitos de “robo simple” y “lesiones”.

⁵⁷³ “TAXATIVIDAD EN MATERIA PENAL. SÓLO OBLIGA AL LEGISLADOR A UNA DETERMINACIÓN SUFICIENTE DE LOS CONCEPTOS CONTENIDOS EN LAS NORMAS PENALES Y NO A LA MAYOR PRECISIÓN IMAGINABLE. La

entonces, sin la aplicación de este subprincipio, la libertad personal quedaría al gracioso ejercicio de un poder omnipotente, que no gozaría de contención objetiva, generando un elevadísimo nivel de incertidumbre e indefensión para el gobernado, debido al desconocimiento de las conductas que le están prohibidas y amenazadas con pena. Al mismo tiempo quedaría desprotegido de la venganza pública, pues se estaría legitimando la existencia de un tortuoso procedimiento de investigación de conductas con plena legitimidad.

Tómese en cuenta, además, lo imprescindible que resulta evitar la posibilidad de una **tipicidad arbitraria**. Aquí, la **función garantizadora del tipo** legitima la moderna persecución punitiva, pues en tanto no exista una hipótesis típica con un alcance prohibitivo bien delimitado, cualquier conducta que se investigue será legítima y el gobernado podrá disfrutar de su plena libertad. Se impide, desde luego, que caprichos y mezquindades alienen la supremacía de los intereses de algunos actores políticos sobre el respeto a la dignidad y consideración de los gobernados, como ocurre en los Estados totalitarios; dicho de otro modo, el cimienta fundamental de cualquier pretensión punitiva se desmoronaría frente a un ejercicio despótico del poder público.

En forma paralela, se limita la posibilidad de exigir mayores requisitos al Órgano persecutor, que los expresamente fijados en el tipo penal respectivo.⁵⁷⁴

Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la exacta aplicación de la ley en materia penal obliga al legislador a señalar con claridad y precisión las conductas típicas y las penas aplicables. Asimismo, esta Primera Sala ha reconocido que una disposición normativa no necesariamente es inconstitucional si el legislador no define cada vocablo o locución que utiliza, ya que ello tornaría imposible la función legislativa. Es por eso que el mandato de taxatividad sólo puede obligar al legislador penal a una determinación suficiente y no a la mayor precisión imaginable. Desde esta perspectiva, la taxatividad tiene un matiz que requiere que los textos legales que contienen normas penales únicamente describan, con suficiente precisión, qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas, por lo que la exigencia en cuanto a la claridad y precisión es gradual. En este sentido, puede esclarecerse una cierta tensión estructural en el mandato de la taxatividad: alcanzar el punto adecuado entre precisión (claridad) y flexibilidad de una disposición normativa para que, en una sana colaboración con las autoridades judiciales, dichas disposiciones puedan ser interpretadas para adquirir mejores determinaciones. Ahora bien, como la legislación penal no puede renunciar a la utilización de expresiones, conceptos jurídicos, términos técnicos, vocablos propios de un sector o profesión (y por ello necesitados de concreción), entonces el legislador y las autoridades judiciales se reparten el trabajo para alcanzar, de inicio, una suficiente determinación y, posteriormente, una mayor concreción; de ahí que para analizar el grado de suficiencia en la claridad y precisión de una expresión no debe tenerse en cuenta sólo el texto de la ley, sino que puede acudir tanto a la gramática, como a su contraste en relación con otras expresiones contenidas en la misma (u otra) disposición normativa, al contexto en el cual se desenvuelven las normas y a sus posibles destinatarios.” PRIMERA SALA. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1; Pág. 605.

⁵⁷⁴ “CUERPO DEL DELITO. EN EL ILÍCITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN, NO SE REQUIERE, PARA INTEGRARLO, UN ELEMENTO SUBJETIVO. De una interpretación armónica del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con el 194, fracción I, del Código Penal Federal, se entiende que para la materialización del hecho que la ley señala como delito, respecto del ilícito contra la salud en su modalidad de transporte, los elementos objetivos o externos consistentes en la existencia de un estupefaciente, psicotrópico, sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud como narcótico conforme a lo dispuesto por el artículo 193 del citado

Desde esta perspectiva, la prohibición típica encausa el esfuerzo de la autoridad dentro de un horizonte bien definido, fuera del cual, no puede exigírsele más nada. Este ámbito de actuación, formalmente delimitado por los elementos que integran la descripción típica en concreto, mentaliza al agente del Ministerio Público para alcanzar el objetivo de la persecución punitiva: el delito. Partiendo de esta base formal, puede anticipar el desarrollo probatorio más óptimo para su acreditación.

Ahora bien, a nivel constitucional el cumplimiento de este subprincipio, que podría denominarse de **“exacta adecuación preliminar”** o de **“taxatividad provisional”**, tiene cabida dentro de la **garantía de debida fundamentación**. A los efectos del juicio de amparo, puede constituir una violación “de fondo” o “de forma”, según que el hecho punible pueda encajar en un tipo diverso al que fue motivo del acto de molestia impugnado. Considero, además, este subprincipio resulta más idóneo en nuestra sistemática constitucional gracias a la neutralidad ideológica que conlleva, pues no hace énfasis sobre una postura doctrinal “dominante” (causalismo clásico, neocausalismo, finalismo, imputación objetiva, modelo lógico-matemático, etc), aportando un gran beneficio para nuestra justicia penal. Esto último no implica desconocer los aportes y beneficios metodológicos de cada una de ellas, así como el grado de efectividad con el que cuentan.

La delimitación fáctica de la conducta “penalmente relevante” denominarla “subsunción”, pues amén a que la tipicidad es así definida en términos generales,

código sustantivo, que el mismo sea objeto de traslado de una región a otra, dentro de la República mexicana, independientemente de la distancia que se haya recorrido, sin contar con la autorización legal a que se refiere la citada ley especial; sin que se advierta la exigencia de algún elemento subjetivo, pues el artículo citado en primer término establece por cuerpo del delito el conjunto de los elementos objetivos externos y, en su caso, los normativos que la descripción típica requiera; así, en el delito de que se trata, la conducta punible que describe la ley sólo sanciona el hecho de transportar alguno de los narcóticos señalados por el propio código, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud; por tanto, es incorrecto señalar como elemento subjetivo del cuerpo del delito la finalidad de esa actividad (transporte) de llevar a cabo alguna otra de las conductas que contempla el propio artículo 194, fracción I, del código sustantivo federal, específicamente su comercio (venta).” [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Diciembre de 2002; Pág. 602. “ABUSO DE AUTORIDAD. SE ACTUALIZA ESTE DELITO CUANDO EL SERVIDOR PÚBLICO EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES O CON MOTIVO DE ELLAS INSULTA A UNA PERSONA, SIN QUE ADEMÁS SE REQUIERA QUE HAYA ACTUADO CON O “SIN CAUSA LEGÍTIMA”. La fracción I del artículo 262 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal prevé un tipo doctrinalmente conocido como de formulación alternativa o alternativamente formado, el cual puede actualizarse cuando un servidor público, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas: a) Ejercza violencia a una persona sin causa legítima; b) La veje; o, c) La insulte. Ahora bien, al atribuirse a un enjuiciado ese delito, cuyo núcleo del tipo radique en insultar a una persona, no se requiere que aquél haya actuado con o “sin causa legítima”, puesto que tal elemento sólo es indispensable cuando el activo ejerza violencia. Por ende, basta que el agente del delito con esa calidad específica, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, insulte a una persona para que cometa el referido ilícito, pues el legislador legitima la conducta violenta de un servidor público cuando es necesaria para ejercer sus atribuciones, pero no justifica que veje o insulte.” SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. 177104. I.7o.P.69 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII, Octubre de 2005, Pág. 2285.

además de representar una imagen bastante ilustrativa del concepto, conlleva implícita la idea del necesario proceso mental que debe llevar a cabo el Órgano Jurisdiccional para filtrar las conductas inocuas y satisfacer el primer requisito de contención objetiva al despliegue de la actividad procesal-punitiva.

9. Lesividad

Expresado bajo el aforismo “*nulla poena, sine injuria*” o “*nulla poena, sine crimene*”, este subprincipio impide que las conductas típicas sean punibles cuando no conlleven una “**lesión**” o “**puesta en peligro**” de un “**bien jurídico-penal**” porque la tutela de los intereses o valores fundamentales de la sociedad constituye el fundamento o legitimación del *ius puniendi* y sólo de esta manera puede al individuo convivir tranquilamente y la sociedad desarrollarse armónicamente.

De esta manera, sólo el legislador –como representante de la voluntad popular– tiene la facultad de establecer “la pena” como consecuencia jurídica de la “lesión social”. Para lograrlo, debe realizar un juicio axiológico y ponderar si un valor ético-social tiene una mayor jerarquía, en relación con los otros valores tutelados por las demás legislaciones (civiles, administrativas, fiscales, mercantiles, laborales, etc.); si el primero de ellos resulta de mayor valía, deberá otorgarle un grado de protección más efectiva, el cual se logra a través de la reacción más enérgica del poder público: la conminación penal. De lo anterior se obtiene una premisa: el bien jurídico-penal comprende un presupuesto del tipo, más no uno de sus elementos. Obviamente, lo anterior excluye todos aquellos actos desviados e inmorales, pues el ámbito de protección de la norma punitiva se limita sólo a aquellas conductas potencial y efectivamente dañinas, es decir, aquellas que resultan productoras de las consecuencias más gravosas para la colectividad.

Ahora bien, esta ponderación abstracta del legislador debe concretarse por los Órganos Jurisdiccionales, precisando el bien jurídico tutelado por la ley, así como su lesión o puesta en peligro, pues a través del despliegue procesal, el

Estado cumple de manera efectiva con el deber tutelar que tiene frente a la comunidad; esto conlleva a ponderar primero si ese despliegue procesal resulta “apto” para obtener la protección de ese bien jurídico o si, por el contrario, éste puede ser protegido por otras ramas del derecho.⁵⁷⁵ Más concretamente, los actos de molestia que afecten la libertad personal deben contener este juicio de disvalor porque sólo a través de ese daño social puede identificarse, “*prima facie*”, la prohibición legal del hecho, esto es, se trata de una “**percepción primaria de punibilidad**” que deriva de la conducta típicamente antijurídica.

A partir de la noticia criminal, se tiene una noción clara de la tipicidad y la lesividad de la conducta, es decir, cuando el Representante Social tiene conocimiento de los hechos (presuntamente delictivos), puede concebir, con meridiana claridad, la “*descripción legislativa*” en la que “*encuadra*” y comprender la “*dañosidad*” o “*potencialidad nociva*” que revela ésta contra los valores fundamentales de la sociedad (aquellos que ponen en riesgo su desarrollo armónico y estabilidad). **Esta valoración preliminar, otorga contenido a la investigación ministerial y posterior ejercicio de la acción penal.**

De este modo, la tipicidad resulta “*visible*” en su forma más elemental (homicidio, lesiones, robo, etc.) y permite captar la contradicción con la norma social (no matar, no agredir, no robar); es aquí donde se encuentra contenida la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal (la vida, la integridad corporal, el patrimonio). De forma concreta, esta idea podría entenderse como un “**juicio de punibilidad preliminar**”, toda vez que implica un “*análisis coetáneo*” para decidir si la conducta es “*penalmente relevante*” o no.

En este sentido, la tipicidad será insuficiente para establecer la relevancia punible de la conducta, pues si el valor ético-social tutelado por la norma

⁵⁷⁵ Al respecto, vale tener en cuenta la opinión de los Magistrados Federales Carlos Hugo Luna Ramos, Jorge Fermín Rivera Quintana, así como el Secretario en funciones de Magistrado, licenciado Daniel Dámaso Castro Vera (éste último en calidad de ponente), todos integrantes del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, quienes dentro de la ejecutoria de amparo derivada del recurso de revisión 89/2013, substanciado con motivo de una orden de aprehensión y donde sustentaron el principio señalado, aunque bajo el argumento de la función accesoria del derecho penal; aquí se señaló que el bien jurídico es un presupuesto del tipo y un elemento objetivo del delito, que debido a su trascendencia y a la necesidad de sancionar penalmente sólo aquellos valores que requieren de una protección realmente eficaz, es que puede hablarse de la conducta delictiva. A este respecto, recomiendo la lectura de la versión pública de la sentencia constitucional aludida.

prohibitiva precede ontológicamente a ésta, resultará indispensable verificar si fue afectado de algún modo, amén a que permite distinguir si la protección otorgada por el tipo es de mayor eficacia que la otorgada por otras normas jurídicas.

En el plano de realidad, no siempre la conducta típica es materialmente antijurídica, es decir, puede que haya contradicción con la prohibición legislativa sin existir transgresión al valor ético-social tutelado en ella (disvalor de resultado). Esta particular circunstancia, que puede presentarse en ciertos casos, impide afirmar que sea suficiente con que la conducta investigada encuadre formalmente con el tipo respectivo. Tómense como ejemplo, los siguientes casos:

1. Durante una escena teatral, un actor se atribuye, ficticiamente, el carácter de un profesional (médico, abogado, contador, arquitecto, dentista, etc.) y a efecto de ser “más convincente” en su papel histriónico, simula ejercer actos propios de dicha profesión. Nótese que, a pesar de existir una adecuación formal con el tipo penal de “**usurpación de profesiones**”,⁵⁷⁶ no se pone en peligro el bien jurídico-penal que es “*la confianza de las personas en los conocimientos técnicos*”, pues todos los asistentes a la obra de teatro saben del carácter ficticio del personaje, aunado a que ninguna persona acude a un teatro para contratar los servicios de un profesional los personajes “encarnados” por las actrices y los actores.

2. Otro ejemplo se da en las famosas “bromas radiofónicas”, donde el locutor se atribuye el carácter de un “**agente de autoridad**”⁵⁷⁷ o “**usurpa la identidad**”⁵⁷⁸ de otra persona, con la finalidad de darles una “mayor credibilidad”. En ambos casos, no se pone en peligro el bien jurídico-penal consistente en “*la buena marcha de las Instituciones Públicas*” ni tampoco

⁵⁷⁶ Código Penal del Distrito Federal. USURPACIÓN DE PROFESIÓN (REFORMADO, G.O. 4 DE JUNIO DE 2004) ARTÍCULO 323. *Al que se atribuya públicamente el carácter de profesional sin tener título profesional, u ofrezca o desempeñe públicamente sus servicios, sin tener autorización para ejercerla en términos de la legislación aplicable, se le impondrá de dos a seis años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.*

⁵⁷⁷ Código Penal del Distrito Federal. USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS ARTÍCULO 276. *Al que sin ser servidor público se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal, se le impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a quinientos días multa.*

⁵⁷⁸ Código Penal del Distrito Federal. USURPACIÓN DE IDENTIDAD (ADICIONADO, G.O. 19 DE JULIO DE 2010) ARTÍCULO 211 BIS. *Al que por cualquier medio usurpe, con fines ilícitos, la identidad de otra persona, u otorgue su consentimiento para llevar a cabo la usurpación en su identidad, se le impondrá una pena de uno a cinco años de prisión y de cuatrocientos a seiscientos días multa.*

lesiona “*los derechos de la personalidad*” del suplantado, pues a excepción del inocente “*bromeado*”, todos los radioescuchas (que son bastantes, por regla general), saben que el locutor no representa ningún peligro para la sociedad.

3. En una justa deportiva de lucha libre, grappling, judo o karate, existen tocamientos sobre las partes pudendas de ambos participantes, que resultan “*inevitables*” más que “*consentidos*”. En estos casos en particular, existe adecuación formal con el tipo de “**abuso sexual**”,⁵⁷⁹ pero no existe un disvalor de resultado, pues de ningún modo se lesiona “*la libertad y seguridad psicosexual de las personas*”. Esta particularidad puede encontrarse también en ciertos sectores del mundo artístico como en algunas “*coreografías musicales*” donde se ejecutan determinadas posiciones cuyo valor es “*netamente estético*”.
4. En el delito de “**incumplimiento de obligaciones alimentarias**”,⁵⁸⁰ si a consecuencia de un juicio de alimentos, el deudor alimentario es condenado al “*aseguramiento*” de una pensión alimenticia por el periodo de un año y, para tal efecto, deja una póliza de fianza, hipoteca o billete de depósito como garantía de cumplimiento, si el deudor omite depositar tres meses de pensión alimenticia a su acreedora, no podría considerarse lesionado “*el derecho a recibir alimentos*” de ésta última, precisamente porque esa garantía de alimentos cumple con la función de “*no dejar desprotegida o desamparada a la acreedora alimentista*”;⁵⁸¹ en consecuencia, ésta debe agotar primero el

⁵⁷⁹Código Penal del Distrito Federal. ABUSO SEXUAL ARTÍCULO 176. *Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.*

⁵⁸⁰Código Penal del Distrito Federal. DELITOS QUE ATENTAN CONTRA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. Artículo 193. *Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de tres a cinco años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño a las cantidades no suministradas oportunamente. Si el adeudo excede de noventa días, el Juez ordenará al Registro Civil el ingreso de los datos del sentenciado en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. Para los efectos de éste artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero.*

⁵⁸¹ “**ABANDONO DE PERSONAS. PARA LA CONFIGURACIÓN DE ESE DELITO BASTA CON QUE QUIEN TIENE EL DEBER DERIVADO DE UNA DETERMINACIÓN O SANCIÓN JUDICIAL DE PROPORCIONAR A OTRO LOS MEDIOS DE SUBSISTENCIA DEJE DE HACERLO SIN CAUSA JUSTIFICADA (LEGISLACIÓN PENAL DE LOS ESTADOS DE GUANAJUATO, CHIAPAS Y PUEBLA).** De los artículos 215, 138 y 347 de los Códigos Penales de Guanajuato, Chiapas (abrogado) y Puebla, respectivamente, se deriva que para que se actualice el tipo penal de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar (Guanajuato), incumplimiento de deberes alimentarios (Chiapas) o abandono de persona (Puebla), se requiere que: 1) el activo abandone y deje de cumplir su obligación de asistencia; 2) carezca de motivo justificado para ello, y 3) en virtud de esa conducta, los acreedores queden sin recursos para atender sus necesidades de

procedimiento familiar respectivo para hacerla efectiva. Esta postura no riñe, de ninguna manera, con la errónea idea de exigir el agotamiento previo del juicio de alimentos contra el deudor alimentario, pues se trata de situaciones diversas.⁵⁸²

5. Otro ejemplo se da en el delito de **“robo”**.⁵⁸³ Supóngase que una persona sustrae un *“palillo”*, un *“clavo”* o una *“pequeña hebra de hilo”* sin el consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo. Dada la insignificancia del valor económico que representan estos bienes muebles, resultaría bastante absurdo estimar que hubo *“una disminución patrimonial”* penalmente sancionable.
6. Otro ejemplo se haya en el ámbito de la medicina. Determinadas intervenciones quirúrgicas pueden traer como consecuencia, *“alteraciones a la salud”* del paciente, que sin embargo, no podrían considerarse como **“lesiones”**.⁵⁸⁴ Tómese como ejemplo la intervención por *“traumatismo craneoencefálico”* en la rama de la *neurocirugía*; se trata de una intervención

subsistencia entendida ésta desde el punto de vista del derecho alimentario. En ese sentido, aun cuando la legislación penal de los Estados de Guanajuato, Chiapas y Puebla, no hace mención a los recursos propios que aquéllos tengan o al apoyo que reciban o puedan recibir de terceras personas, es indudable que para la configuración del tipo penal basta con que quien tiene el deber derivado de una determinación, mandato o sanción judicial, de proporcionar a otro los medios de subsistencia, deje de hacerlo sin causa justificada. Ello es así, porque al tratarse de un delito de peligro no es preciso que los acreedores se encuentren en situación de desamparo absoluto real, surgido de la ausencia de recursos que permitan su subsistencia, la cual en su concepción jurídica, se presume ante la disposición de un juez civil, que previamente constató las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor, razón por la que la obligación a su cargo no puede desplazarse a otra persona en tanto que una autoridad judicial determinó que es a él y no a alguien más a quien corresponde garantizar la subsistencia de sus acreedores, lo que responde a un espíritu tutelar para la institución de la familia, pues elevando el incumplimiento a la categoría de ilícito penal se pretende castigar el abandono de quien debiendo amparar a los miembros de la familia que lo necesitan, los abandona sin justo motivo.” [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Septiembre de 2010; Pág. 31. PRIMERA SALA. CONTRADICCIÓN DE TESIS 126/2008-PS. Tesis de jurisprudencia 46/2010.

⁵⁸² *“DEBERES ALIMENTARIOS, DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE. PARA QUE SE CONFIGURE ES INNECESARIO AGOTAR EL JUICIO DE ALIMENTOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). La configuración del cuerpo del delito de incumplimiento de deberes alimentarios no debe condicionarse a la necesidad de agotar previamente el juicio de alimentos en la vía civil en razón de que, tal pretensión riñe con la naturaleza del propio ilícito, que se consuma por el hecho de que el infractor omite aportar los elementos requeridos para la subsistencia de sus hijos menores de quince años de edad; de su cónyuge o de cualquier otro familiar con quien tenga obligación alimenticia.”* TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo IX, Abril de 1992; Pág. 474.

⁵⁸³ Código Penal del Distrito Federal. **ROBO**. ARTÍCULO 220. *Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán:*

⁵⁸⁴ Código Penal del Distrito Federal. **LESIONES**. ARTÍCULO 130. *Al que cause a otro un daño o alteración en su salud, se le impondrán:* I. (DEROGADA, G.O. 16 DE FEBRERO DE 2011) II. De seis meses a dos años de prisión, cuando tarden en sanar más de quince días y menos de sesenta; III. De dos a tres años seis meses de prisión, si tardan en sanar más de sesenta días; IV. De dos a cinco años de prisión, *cuando dejen cicatriz permanentemente notable en la cara*; V. De tres a cinco años de prisión, *cuando disminuyan alguna facultad o el normal funcionamiento de un órgano o de un miembro*; VI. De tres a ocho años de prisión, si producen la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad, o causen una enfermedad incurable o una deformidad incorregible; y VII. De tres a ocho años de prisión, cuando pongan en peligro la vida.

sumamente compleja y bastante delicada donde podrían crearse daños a los nervios craneales y provocar una *parálisis facial o de otros nervios craneales* e incluso *hemiplejía, afasia, trastornos visuales, de funciones superiores* o llegar al estado de *coma*, es decir, podría causarse la disminución de alguna facultad o del normal funcionamiento de un órgano o de un miembro sin que, en modo alguno, resulten punibles. En diversa área de la medicina, una *cirugía reconstructiva facial* también con motivo de un *trauma craneoencefálico*, que deja “cicatriz notable y permanente en la cara del paciente”, no podría considerarse ni sancionarse como “**lesiones**”. En ambos casos, el bien jurídico tutelado, “*la salud y la integridad física de las personas*”, no pueden considerarse dañados de ningún modo; muy por el contrario, su cuidado se dispuso en grado superlativo por parte de los galenos especialistas.

7. En el ámbito Hospitalario, póngase de ejemplo la existencia de un paciente enfermo con el *virus de la influenza A subtipo H1N1* (una enfermedad con altísimo grado de mortandad, como demostró la pandemia mundial de 2009), internado en un Hospital del servicio Público. En este caso, el contagio del mortal virus del paciente hacia el personal médico, de enfermería y de limpieza, no puede sancionarse como “**lesiones**” y mucho menos como “**homicidio**”,⁵⁸⁵ pues “el proceso infeccioso” es parte fundamental del ciclo de reproducción del virus, el cual sólo puede “*prevenirse*” mediante rigurosos cuidados sanitarios que “*interrumpan*” ese ciclo de transmisión. Nótese que, en todo caso, podrá *disminuirse* el riesgo de infección al mínimo, pero nunca podrá asegurarse, con total certeza, que ninguna persona resultará *contagiada* por el paciente. Además, ¿qué sentido tendría enjuiciar a una persona gravemente enferma y en peligro de muerte, que acude a tratarse con un profesional de la medicina, por haber infectado a éste último? De ser el caso, esto último implicaría una total falta de sentido común.

⁵⁸⁵ Código Penal para el Estado de México. **HOMICIDIO**. Artículo 241.- Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro. Se sancionará como homicidio a quien a sabiendas de que padece una enfermedad grave y mortal, contagie a otro o le cause la muerte.

8. En una *huelga de hambre*, si el huelguista se niega tajantemente a recibir cualquier tipo de atención humanitaria por parte del personal que integra la Comisión del Distrito Federal de los Derechos humanos, y fallece a consecuencia de ello, no puede afirmarse la comisión del delito de **“homicidio”**,⁵⁸⁶ precisamente porque “la vida” es el valor que trató de protegerse y porque no puede obligarse a una persona a recibir ayuda “en contra de su voluntad”.
9. Volviendo al ámbito hospitalario, si llega un paciente con hemorragia, a consecuencia de un accidente de tránsito vehicular y éste se opone tajantemente a que le realicen una transfusión sanguínea, aduciendo “motivos religiosos”, resulta claro que el médico tratante no puede cometer el delito de **“abandono del servicio médico”**,⁵⁸⁷ pues lejos de haber puesto en peligro *“la salud”* del paciente, procuró los cuidados clínicos y dispuso de los recursos hemáticos necesarios para cumplir con su función de garante del bien jurídico; por ello, en caso de producirse un shock hipovolémico por hemorragia, no habrá un disvalor de resultado que sea punible. Piénsese en otras enfermedades sanguíneas como la *anemia* o la *hemofilia*, pero con las mismas razones para rechazar la transfusión en el paciente.
10. En otro ejemplo diverso, si el familiar de un paciente en estado vegetativo (donde las funciones fisiológicas del cuerpo continúan normalmente, pero sin actividad cerebral *“con sentido”*, es decir, sin que exista una interacción con la realidad) decide desconectarlo de los aparatos que mantienen vigentes algunas de las funciones vitales del cuerpo humano, sin antes consultarlo con otro familiar, no podría estimarse consumado el delito de **“homicidio”**, pues el bien jurídico tutelado, *“la vida”*, dejó de existir desde el momento mismo en que cesó la actividad cerebral. Dicho de otro modo, sólo se prolongaba una

⁵⁸⁶ Código Penal del Distrito Federal. HOMICIDIO. Artículo 123. *Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.*

⁵⁸⁷ Código Penal del Distrito Federal. ABANDONO, NEGACIÓN Y PRÁCTICA INDEBIDA DEL SERVICIO MÉDICO. artículo 324. Se impondrán prisión de uno a cuatro años, de cien a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión, por un tiempo igual al de la pena de prisión, *al médico en ejercicio que: I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atiende o no solicite el auxilio a la institución adecuada; o II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.*

“*vida artificial*” para el paciente, un valor que no es tutelado por el tipo penal de homicidio.

11. Tratándose del delito de “**falsedad ante la autoridad**”,⁵⁸⁸ pueden haber omisiones que no resulten aptas para poner en peligro el bien jurídico consistente en “*la Procuración y la Administración de Justicia*”,⁵⁸⁹ por ser motivo de análisis dentro de un procedimiento jurisdiccional diverso. Con mayor razón, por tratarse de un delito de mera actividad que pone en peligro el bien jurídico y no, uno de resultado material.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ Código Penal para el Estado de Veracruz. FALSEDAD ANTE LA AUTORIDAD. Artículo 333.- *A quien falte a la verdad en una promoción o declaración ante autoridad competente se le impondrán de tres a ocho años de prisión y multa de cien a quinientos días de salario. Lo previsto en este artículo no es aplicable a quien tenga carácter de inculpado.*

⁵⁸⁹ “**FALSEDAD ANTE LA AUTORIDAD. NO SE ACTUALIZA ESTE DELITO CUANDO UN TRABAJADOR, AL HACER VALER SUS DERECHOS LABORALES ANTE LA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, OMITIÓ EXPONER QUE EXISTE UN CONVENIO PREVIO DE LIQUIDACIÓN CELEBRADO CON SU PATRÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).** De la interpretación del artículo 333 del Código Penal para el Estado de Veracruz, se concluye que el ilícito de falsedad ante la autoridad, tutela la procuración y administración de justicia, que se consideran vulneradas cuando se falta a la verdad en una promoción o declaración ante autoridad competente, entendiéndose por lo anterior que se proporcionen datos falsos o se oculten actos jurídicos. Sin embargo, ninguna de tales hipótesis se actualiza por el hecho de que un trabajador, al hacer valer sus derechos laborales ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, haya omitido exponer la existencia de un convenio previo de liquidación celebrado con su patrón, lo que no implica falsear datos u ocultar actos jurídicos, sino, en todo caso, motivos que dan lugar a la excepción o excepciones laborales relativas; circunstancias que deberán dilucidarse en el correspondiente procedimiento si así lo plantea el demandado y que obviamente serán sopesadas por la autoridad laboral competente al dictar el laudo respectivo, ya que sería indebido que aspectos de esa naturaleza jurídica sean materia de análisis en un procedimiento penal, con la repercusión procesal que ello tendrá en el laboral, en aras, además, de la amplitud de defensa a que tiene derecho el trabajador, dada la función tutelar de la Ley Federal del Trabajo, tendente a suplir sus deficiencias y, por lo mismo, falta la base para una acusación de naturaleza penal.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y DE TRABAJO DEL SEPTIMO CIRCUITO. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3; Pág. 2003.

⁵⁹⁰ “**FALSEDAD ANTE UNA AUTORIDAD. AL SER UN DELITO DE RESULTADO MATERIAL CUYA INTEGRACIÓN REQUIERE LA AFECTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O SU MATERIA, NO PUEDE CONSIDERARSE INSTANTÁNEO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).** El delito de falsedad ante una autoridad previsto en el artículo 253 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, requiere para su integración que la finalidad de su comisión sea afectar el procedimiento o su materia, elemento que no puede materializarse al momento de la acción falaz, sino con posterioridad, pues es hasta entonces cuando se actualiza la conducta delictiva. Lo anterior se deduce en virtud de que en el anterior Código Penal de la entidad publicado en el Periódico Oficial del Estado el 4 de mayo de 1978, el delito en cuestión dejó de ser puramente formal para transformarse en una figura de resultado. Ahora bien, los delitos formales o de simple actividad se agotan con el simple hacer u omitir del sujeto, en cambio, los de resultado o materiales, requieren un cambio o mutación material del mundo externo, de ahí que la figura descrita y prohibida por el citado artículo 253 no pueda considerarse instantánea, pues para ello se requiere que dicha figura se consume en un solo momento y en ella se contenga: a) una conducta; y b) una consumación y un agotamiento instantáneo del resultado, lo que no ocurre con la referida figura legal, porque contrariamente, la afectación que exige puede ocurrir en cualquier momento del procedimiento, ya sea en la etapa probatoria o bien al emitirse la sentencia o laudo respectivos, pero no necesariamente en el momento mismo en que el agente se conduce con falsedad ante la autoridad por cualquiera de los medios que en el propio precepto se especifican, puesto que las consecuencias de la falsedad no pueden desprenderse o actualizarse en el momento en que se vierte, y aunque ahí surja el peligro de lesión al bien jurídico, la afectación al procedimiento o su materia no podrán materializarse sino a futuro; lo anterior es así, porque al momento de tener por acreditado el cuerpo del delito es necesario determinar el momento de la actitud mendaz producida en el juicio, y si efectivamente afectó el procedimiento o su materia, ya que si únicamente se toma en cuenta el instante en que se produjo la falsedad, no podrían determinarse las consecuencias que originó, lo cual implica la no consumación del ilícito hasta que se surta el resultado exigido por la conducta.” TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Diciembre de 2007; Pág. 1717.

12. En el delito de “**apuestas ilegales**”,⁵⁹¹ si una persona que invitando a sus amigos a convivir en su casa y, con el propósito de pasar un rato de sana diversión, decide jugar una partida de backgamon, dominó y baraja con cruce de apuestas en efectivo, para hacerla más interesante, no podría decirse que “*la confianza de las personas en los resultados del juego*” se vea puesta en peligro, pues antes que ello, la confianza es la condición necesaria que motiva a los participantes del juego, sin peligro de un abuso o un engaño perjudicial a su patrimonio.
13. El ámbito de lo paranormal (ciencias ocultas o pseudociencias) ofrece muchos ejemplos sobre este punto. Tómese el caso de los “tarotistas” o los “caza-fantasmas” que, muy a menudo, son considerados como charlatanes o timadores. En estos casos, la persona que paga por sus servicios (de supuestas adivinaciones y capacidades espiritistas) “tienen sustento” y resulta válido “pagar por ellos”; de ahí que no pueda hablarse de un “**fraude específico**”,⁵⁹² a menos que la percepción de la persona cambie y considere que su patrimonio ha sufrido una disminución injustificada.
14. En materia familiar, si el padre se apodera de su menor hijo respecto del cual no ejerce la custodia, debido a que el menor no desea estar, de ningún modo, al lado de su madre y decide quedarse con el padre o los abuelos, no puede decirse que exista el delito de “**sustracción de hijo**”,⁵⁹³ pues “el derecho a la convivencia familiar con los padres” es del menor, aunque de facto se ejerza por conducto de sus padres.

⁵⁹¹ Ley Federal de Juegos y Sorteos. “Artículo 12.- Se impondrá prisión de tres meses a tres años y multa de quinientos a diez mil pesos, y destitución de empleo en su caso: I.- (...); II.- *A los dueños, organizadores, gerentes o administradores de casa o local, abierto o cerrado, en que se efectúen juegos prohibidos o con apuestas, sin autorización de la Secretaría de Gobernación, así como a los que participen en la empresa en cualquier forma; (...).*”

⁵⁹² Código Penal para el Estado de México. “Artículo 306.- Igualmente comete el delito de fraude: (...) XIV. El que para obtener un lucro indebido explote las preocupaciones, las supersticiones o la ignorancia de las personas, por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones u otros procedimientos carentes de validez técnica o científica; (...).”

⁵⁹³ Código Penal para el Estado de México. “Artículo 263.- *Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, o a quien aún sin saber la determinación de un Juez sobre el ejercicio la patria potestad o la custodia, impida al otro progenitor ver y convivir con el menor, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días. Este delito se perseguirá por querrela.*”

15. Los estudiantes de la carrera de derecho suelen ser contratados en Despachos jurídicos, así como Notarías y Corredurías Públicas con el puesto de *“pasantes en derecho”*. Su trabajo consiste, básicamente, en llevar a cabo determinados actos propios de la abogacía (acompañar al Actuario a realizar diligencias de notificación o embargos, realizar escritos y entregarlos ante la autoridad, encargar cédulas de notificación, copias y oficios, consultar expedientes, platicar con el Secretario de Acuerdos en caso de error o duda en los acuerdos e, incluso, comparecer en audiencias –si la materia así lo permite–, etc.), lo que conlleva a *“ostentarse públicamente como abogado”* tanto en Juzgados como ante autoridades administrativas y ciertos particulares (clientes del Despacho, por ejemplo). Considero que no existe una “puesta en peligro” del bien jurídico “la confianza de las personas en el conocimiento técnico”. ¿Sería válido o necesario enjuiciar a todos los estudiantes que sólo tienen el único deseo de aprender y superarse profesionalmente? Considero que no, porque sería tanto como prohibir el aprendizaje del aspecto práctico de la profesión y, si se llegara a tal extremo, los Juzgados Penales estarían llenos de estudiantes procesados, una situación bastante absurda. Consecuentemente, no puede hablarse de la comisión del injusto de **“usurpación de profesiones”**.⁵⁹⁴

16. Considérese el caso de una persona detenida en un retén vehicular que, después de una revisión policial de rutina, le son encontrados *“un juego de estrellas ninja”* y un par de *“nunchacos”*. Esta persona, que se dedica *“profesionalmente”* a las artes marciales, regresaba con rumbo a su hogar después de una demostración pública de *“ninjitsu”* a la cual había sido invitado y de la cual recibió un “reconocimiento” por su participación. Nótese que, en este caso, el “fin lícito” ya había concluido. Sería aberrante enjuiciar a esta persona por el delito de **“portación de arma prohibida”**,⁵⁹⁵ pues es claro que

⁵⁹⁴ Código Penal para el Estado de México. “Artículo 176.- Comete este delito *el que*: I. (...); II. *Se atribuya o acepte por cualquier medio el carácter de profesionista sin tener título legal o ejerza los actos propios de una profesión sin título o sin autorización legal*; y (...).”

⁵⁹⁵ Código Penal para el Estado de México. “Portación, tráfico y acopio de armas prohibidas. Artículo 179.- Son armas prohibidas: I. (...); y IV. *Otras que por sus características o circunstancias de portación puedan generar peligro*. Artículo 180.- *A quien porte, fabrique, importe, regale, trafique, o acopie sin un fin lícito las armas prohibidas en el artículo*

la portación de dichos instrumentos no generaba ningún “peligro” para la “seguridad pública” en el momento de su detención, por encontrarse en las manos de un experto y tras haberles dado el uso correcto.

17. Existen ciertos casos donde la descripción típica alude al bien jurídico de forma indirecta (a través de los elementos normativos) a tal grado que, sin considerar primero la existencia del bien jurídico y su lesión o puesta en peligro, no existe la posibilidad de hablar de una conducta típica. Tal es el caso del delito de “despojo”⁵⁹⁶ que tutela tanto “*la posesión precaria*” (que no requiere de “justo título” para ejercer ese poder de facto sobre la cosa),⁵⁹⁷ como “*la propiedad*” (el poder de derecho que otorga el dominio o señorío sobre la cosa).⁵⁹⁸

18. Pongo un ejemplo que resulta bastante controversial. En los casos de “maltrato psicológico” de parte del “marido” hacia la “esposa” (indiferencia, humillaciones, insultos, etc.), si la esposa tiene una fuerte “*codependencia emocional*” hacia el marido, a pesar del notorio malestar, la angustia y el dolor que le provoque a la ofendida, no podrá advertir que se ejerce “*violencia psicológica*” en su contra, por dos razones: I) en nuestro país existe todavía una fuerte raigambre cultural (algunas series televisivas o películas de amor romántico, por ejemplo) que justifica “el dolor en el amor” como una condición imbibita para vivirlo; y II) porque sólo a través de la psicoterapia clínica (una terapia específica breve, por ejemplo) podrá tomar consciencia de su situación

precedente, se le impondrá prisión de seis meses a seis años y de treinta a doscientos cincuenta días multa y decomiso de objetos.

⁵⁹⁶ Código Penal para el Estado de México. “Artículo 308.- Comete el delito de despojo: I. *El que de propia autoridad ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él o de un derecho real que no le pertenezca; (...)*”

⁵⁹⁷ “DESPOJO, DELITO DE BIEN JURIDICO TUTELADO. *Tratándose del delito de despojo, el bien jurídico tutelado no es el derecho de propiedad, sino la posesión quieta y pacífica del inmueble. Así, para la existencia de esa infracción es irrelevante que el ofendido sea o no propietario del respectivo bien.*” TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. 218741. II.3o J/30. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Núm. 56, Agosto de 1992, Pág. 53.

⁵⁹⁸ “DESPOJO. EL DELITO DE TUTELA, A MÁS DE LA POSESIÓN, LA PROPIEDAD DE LOS BIENES RAÍCES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). *Si bien es cierto que el delito de despojo tutela la posesión o tenencia sobre los bienes inmuebles, también lo es que dicha figura hace referencia a la propiedad, pues la fracción I del artículo 191 del código punitivo vigente en el Estado establece que comete ese delito quien ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él o bien de un derecho real que no le pertenezca, y en esa virtud, debe estimarse que el delito de despojo tutela, de manera fundamental, el derecho de posesión, pero también tutela cualquier otro derecho real, incluido entre éstos el de propiedad.*” TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. (H). Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo III. Penal Tercera Parte - Históricas Segunda Sección - TCC, Pág. 1375.

particular, de modo que hasta antes de este momento, en estricto sentido, no podría hablarse del delito de **“violencia familiar”**.⁵⁹⁹

19. En otro ejemplo diverso, un funcionario público federal que “ofende”, humilla” o “veja” a sus subordinados, en su carácter de superior jerárquico, encontrándose dentro de una oficina pública federal y dentro del horario hábil, no puede decirse que haya cometido el delito de **“abuso de autoridad”**.⁶⁰⁰ En este caso, el bien jurídico es *“el legítimo ejercicio del poder público”*. Asimismo, la prohibición típica se refiere a la no utilización de la coacción estatal para beneficio propio del servidor público, sino para beneficio de la colectividad. De esta manera, no podría hablarse de *“la cuestión psicológica ejercida sobre los sujetos pasivos”* ni de la puesta en peligro de la *“Administración Pública Federal”*; en consecuencia, sería represivo enjuiciar a la persona responsable de esa conducta, ya que para ello existe el procedimiento disciplinario en materia administrativa que sanciona este tipo de faltas.

La lista de ejemplos puede ser muy extensa; sin embargo, baste con los aquí referidos para explicar la idea central de la propuesta: la inclusión de la antijuridicidad material (lesividad) como parte esencial del concepto fundamentador del despliegue procesal-punitivo. Lo que importa, como podrá apreciarse, es el sentido de malestar social que provoca el hecho, el que sea intolerable y la percepción de que amerita un castigo ejemplar. Dicho de otra manera, la afectación al “bien jurídico” le da sentido al castigo estatal, convirtiéndose en la razón que justifica la represión de un *“mal particular”* mediante un *“mal público”*, considerando que debe reducirse la violencia social

⁵⁹⁹ Código Penal para el Estado de México. “Artículo 218.- Al integrante de un núcleo familiar que haga uso de la violencia física o moral, en contra de otro integrante de ese núcleo que afecte o ponga en peligro su integridad física, psíquica o ambas, se le impondrán de dos a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa y tratamiento psicoterapéutico, psicológico, psiquiátrico o reeducativo, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que se consumen. Por núcleo familiar debe entenderse el lugar en donde habitan o concurren familiares o personas con relaciones de familiaridad en intimidad, o el vínculo de mutua consideración y apoyo que existe entre las personas con base en la filiación o convivencia fraterna. Este delito se perseguirá por querrela, salvo cuando los ofendidos sean menores de edad o incapaces; en cuyo caso, se perseguirá de oficio.”

⁶⁰⁰ Código Penal Federal. “Artículo 215.- Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes: I.- (...); II.- Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare.”

pero también debe reducirse la violencia estatal sólo a los casos estrictamente necesarios y siempre respetando la libertad individual del gobernado. Sumado a ello, habría que tener en cuenta que algunos tipos penales no sólo tutelan un solo bien jurídico sino múltiples,⁶⁰¹ casos en los cuales resultará imprescindible determinar cuál de todos ellos fue lesionado o puesto en peligro, expresando las razones correspondientes.

10. Acreditación intermedia o semiplena

Una de las características más controversiales en torno a este concepto es, sin duda, el de *“suficiencia probatoria”*, entendido como una exigencia de fondo, imprescindible para abrir paso al enjuiciamiento criminal. Esta delicada cuestión, que debe reunir cualquier acto de molestia que afecte la libertad personal, se explica como un **“parámetro cualitativo”** que delimita la forma en que el Órgano Jurisdiccional puede determinar, legítimamente, que *“ha llegado al convencimiento preliminar de la posible comisión de una conducta con relevancia punible”*.

En este nivel de acreditación, se exigen *“sólidos”*⁶⁰² elementos de prueba que permitan *sostener* (o *sustentar*) la *verosimilitud aparente* del hecho, ya que no se habla simplemente de la noticia criminal *“a título informativo”*; esto se debe a que la iniciación del proceso no puede aceptar sólo la *“imputación formal”* del hecho delictivo. Por el contrario, lo que debe exigirse es que las pruebas sean *“idóneas”*, *“consistentes”* y *“unidireccionalmente uniformes”*, de modo que el ánimo convictivo se incline más hacia el lado de la acusación y no al de la defensa.

⁶⁰¹Como es el caso del delito de aborto: *“ABORTO. BIENES JURIDICAMENTE PROTEGIDOS POR LA NORMA QUE LO PREVE COMO DELITO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). De acuerdo con el artículo 339 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. Así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho dispositivo legal y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos por la norma, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito no importa cuál haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante.”* SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VIII, Noviembre de 1991; Pág. 141

⁶⁰²*“AUTO DE FORMAL PRISION, CUANDO LOS DATOS DE CARGO SON INEFICACES POR CONTRADECIRSE ENTRE SI. Es cierto que la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo, pues únicamente requiere que los datos arrojados por la averiguación previa, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado; empero, si la denuncia y los datos arrojados por la averiguación previa en que se apoyó la autoridad responsable para dictar el auto de bien preso, se contradicen entre sí, debe concluirse que dicha resolución carece de los elementos de fondo requeridos por el artículo 19 constitucional.”* SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XI, Enero de 1993; Pág. 229.

En otros términos, el hecho se percibe en forma “*palmaria*” o “*evidente*”, de modo que puede estimarse la posibilidad “*real*” de su existencia pero no se trata de un grado de “*certeza absoluta*” como ocurre en la sentencia definitiva.⁶⁰³

Esta fuerte persuasión no deriva de “*un número determinado de pruebas*”, sino que se trata de un parámetro “*cualitativo*” en virtud del cual “*la verosimilitud aparente*” del hecho, se encuentra condicionada por la calidad de los elementos de prueba y la valoración a la que es sometida, de modo que al ser relacionadas entre sí, proporcionen una convicción preliminar sólida sobre la existencia de un hecho punible. Derivado de lo anterior, pueden advertirse dos condiciones imprescindibles para tener por satisfecho este nivel:

- a) Que las pruebas de cargo, no sean “*eficazmente*” contradichas por otras de igual o mayor peso convictivo, aportadas por la defensa, ya que se trata de conservar un estado de “*solidez imperturbable*” y hacer coherente la imputación ministerial; y
- b) Que la resolución que dicte el órgano jurisdiccional, donde “*valore*” las pruebas, “*resista*” todas las objeciones formuladas por la defensa en un escrutinio posterior.

Expresado gráficamente, este nivel se encuentra en un punto equidistante entre lo “*exiguo*” (o *nimio*) y lo “*pleno*” (o *indubitable*), de modo que la convicción

⁶⁰³ “ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SÍ. SUS DIFERENCIAS. Conforme a los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el ejercicio de la acción penal el Ministerio Público debe acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, lo cual significa que debe justificar por qué en la causa en cuestión se advierte la probable existencia del conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho delictivo. Así, el análisis del cuerpo del delito sólo tiene un carácter presuntivo. El proceso no tendría sentido si se considerara que la acreditación del cuerpo del delito indica que, en definitiva, se ha cometido un ilícito. Por tanto, durante el proceso -fase preparatoria para el dictado de la sentencia- el juez cuenta con la facultad de revocar esa acreditación *prima facie*, esto es, el juzgador, al dictar el auto de término constitucional, y el Ministerio Público, en el ejercicio de la acción penal, deben argumentar sólidamente por qué, *prima facie*, se acredita la comisión de determinado delito, analizando si se acredita la tipicidad a partir de la reunión de sus elementos objetivos y normativos. Por su parte, el estudio relativo a la acreditación del delito comprende un estándar probatorio mucho más estricto, pues tal acreditación -que sólo puede darse en sentencia definitiva- implica la corroboración de que en los hechos existió una conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable. El principio de presunción de inocencia implica que el juzgador, al dictar el auto de término constitucional, únicamente puede señalar la presencia de condiciones suficientes para, en su caso, iniciar un proceso, pero no confirmar la actualización de un delito. La verdad que pretende alcanzarse sólo puede ser producto de un proceso donde la vigencia de la garantía de defensa adecuada permite refutar las pruebas aportadas por ambas partes. En efecto, antes del dictado de la sentencia el inculpado debe considerarse inocente, por tanto, la emisión del auto de término constitucional, en lo que se refiere a la acreditación del cuerpo del delito, es el acto que justifica que el Estado inicie un proceso contra una persona aun considerada inocente, y el propio acto tiene el objeto de dar seguridad jurídica al inculpado, a fin de que conozca que el proceso iniciado en su contra tiene una motivación concreta, lo cual sólo se logra a través de los indicios que obran en el momento, sin que tengan el carácter de prueba.” [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 2; Pág. 912.

preliminar sea mayor del lado de la pretensión punitiva, es decir, que haya uniformidad en las pruebas que sustentan la imputación ministerial (*unidireccionalidad*). Consecuentemente, si bien la decisión convictiva no es del todo firme, tampoco existe un estado de indecisión del Órgano Jurisdiccional.

Esta ubicación “ideal” permite afirmar su doble función dentro del Sistema del Enjuiciamiento Penal mexicano:

- I. crear un punto de inflexión que mantenga el equilibrio entre la obligación estatal de investigar y perseguir las conductas socialmente lesivas (correlativa del derecho de la víctima u ofendido de acceder a la justicia penal) y el respeto a la libertad y la dignidad del imputado (para no ser objeto de molestias infundadas); y
- II. fijar un punto de partida “estable y concreto” para dar inicio al debate punitivo.

Sólo con este porcentaje idéntico de posibilidades resulta aceptable enjuiciar a una persona,⁶⁰⁴ pues el nivel de riesgo es igual para el Ministerio Público y el imputado, cuestión que no sólo refleja “equidad procesal”, sino también significa un firme anclaje en la convicción media del juzgador, ya que a partir de este punto, la fuerza convictiva podrá moverse libremente hacia el lado de la condena o de la absolución.

Tradicionalmente, nuestra ley suprema, leyes adjetivas, así como la jurisprudencia, han sido reiterativas al denominar a este nivel probatorio como **“probabilidad”**,⁶⁰⁵ entendiéndolo como lo opuesto a lo **“concluyente”**, **“definitivo”** o

⁶⁰⁴ “AUTO DE FORMAL PRISION. REQUISITOS CONSTITUCIONALES. Para dictar un auto de formal prisión se requiere que los datos arrojados por la averiguación previa sean bastantes para comprobar no sólo el cuerpo del delito sino la probable responsabilidad del acusado, según lo establece el artículo 19 constitucional y si esto último no sucede por ineficacia de las pruebas de autos, procede concederse el amparo pedido.” [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo I, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1988. “FORMAL PRISION. REQUISITOS CONSTITUCIONALES. El artículo 19 constitucional establece que todo auto de formal prisión debe reunir ciertos requisitos de forma y fondo: el elemento formal se surte cuando se fija con toda precisión, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito, así como la enunciación del ilícito atribuido al indiciado y los preceptos legales aplicables al caso; en cambio, para reunir la segunda de las exigencias, es necesario que los motivos expresados, sean suficientes para provocar la actividad oficial, esto es, que los datos contenidos en la averiguación previa, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.” [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo X, Septiembre de 1992; Pág. 280.

⁶⁰⁵ Cabe decir que la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* hace referencia a “indicios suficientes que hagan presumir fundadamente” en sus artículos 10, 16, 18, 29 y 30, incurriendo en la ambigüedad e indeterminación que representa el concepto de “suficiencia probatoria” y en el error de considerar que se puede “presumir” –sin tener en cuenta que sólo de la prueba presuncional pueden obtenerse “presunciones”, humanas o legales, sean éstas últimas *iuris tantum* o

“*indubitable*”. Si prefiriere utilizarse esta terminología, sería altamente recomendable, anteponer los adverbios “*poco*” o “*muy*”, para dar una idea más clara del alcance procesal de dicho vocablo, disminuyendo considerablemente el grado de incertidumbre que produce por su ambigüedad semántica. Lo mismo podría decirse del diverso término “***duda razonable***”, que afortunadamente no ha cobrado fuerza en nuestro país. En todo caso, de insistirse en el empleo una denominación diversa a la aquí propuesta, podría utilizarse la diversa “***convencimiento preliminar vehemente***”, que también aporta una idea bastante clara sobre su contenido.

Esta característica sólo tiene cabida dentro de un Estado Democrático de Derecho, donde se requieren niveles probatorios “razonables” para inferir un acto de molestia contra de la libertad personal de los gobernados, pues sólo así puede impedirse una actuación arbitraria generalizada por parte de las autoridades; dicho de otro modo, se impide que la jurisdicción penal adquiriera una fuerza ilimitada en su etapa más temprana, sin que esto signifique el incumplimiento del principio de presunción de inocencia.⁶⁰⁶

Cabe decir que, en materia de amparo, esta característica sólo se limita al análisis del criterio probatorio realizado por el Juez del proceso,⁶⁰⁷ situación que no excluye en modo alguno la posibilidad de reexaminar si éste fue adecuado o

iure et de iure—, cuando en realidad lo que existe es un “convencimiento preliminar” o “vehemente” que permite “sustentar” o “sostener” cualquiera de los actos de molestia a que hace referencia dicha ley.

⁶⁰⁶ “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO NO SE TRANSGREDE CUANDO SE DICTA ORDEN DE APREHENSIÓN POR ENCONTRARSE ACREDITADOS LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO. En atención a que los datos que arrojó la averiguación previa, así como las probanzas aportadas por el Ministerio Público se consideran aptas y suficientes para tener por acreditados los elementos del cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad penal del quejoso en su comisión, no existe potencial repercusión en detrimento del principio de presunción de inocencia, con todo y que éste se contenga implícitamente en la Constitución Federal. Y es que al justificarse los extremos exigidos constitucionalmente para el libramiento legal del acto que se reclama (orden de aprehensión), es evidente que para efectos de la etapa procesal de que se trata, resulta inaplicable la argumentación relativa al aludido principio de presunción de inocencia, pues éste no se transgrede de forma alguna, en tal supuesto.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Octubre de 2003; Pág. 1086. Amparo en revisión 27/2003. Ponente: José Nieves Luna Castro.

⁶⁰⁷ “AUTO DE FORMAL PRISION, FACULTAD DE LOS TRIBUNALES FEDERALES PARA APRECIAR LAS PRUEBAS EN RELACION AL. Los tribunales federales tienen facultades para apreciar directamente el valor de las pruebas recibidas en la averiguación que tiendan a demostrar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculcado; pues si los Jueces Federales no tuvieran el arbitrio de hacer la estimación de esas pruebas, estarían incapacitados para resolver sobre constitucionalidad del auto de formal prisión; no es verdad que los jueces de Distrito deban ocuparse en sus sentencias, única y exclusivamente de examinar las razones en que la autoridad responsable apoya el acto reclamado, sino que debe examinar la constitucionalidad del mismo a través de la valorización de las pruebas recibidas.” SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo I, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1988; Pág. 136

erróneo.⁶⁰⁸ En todo caso, si las pruebas no cumplen con este requisito, cualquier acto substancial de enjuiciamiento será ilegítimo, impidiendo en de esta manera, pasar a la etapa del debate punitivo.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ "AUTO DE FORMAL PRISION CARENTE DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION LEGALES. PROCEDE OTORGAR EL AMPARO PARA QUE SE SUBSANEN LAS OMISIONES EN QUE INCURRIO LA RESPONSABLE. Al no haber precisado la autoridad responsable cuáles son los elementos que constituyen el delito imputado al quejoso, ni con qué pruebas se tuvo por comprobado el cuerpo del delito del mismo ni, por tanto, pueda aceptarse que se demostró la probable responsabilidad del quejoso en la comisión de un delito cuya corporeidad no aparece explicada ni comprobada en los términos en que se asienta en la resolución reclamada, lo que procede es conceder al quejoso el amparo que solicitó para efecto de que se deje insubsistente el auto de formal prisión combatido y, en su lugar, la responsable dicte una nueva resolución, con amplia libertad jurisdiccional, pero debidamente fundada y motivada." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo IX, Mayo de 1992; Pág. 400. "VIOLACIONES FORMALES EN LA ORDEN DE APREHENSIÓN O AUTO DE FORMAL PRISIÓN. CUANDO SE ACREDITAN LAS CONSISTENTES EN LA CARENCIA DE FUNDAMENTACIÓN O MOTIVACIÓN, ELLO IMPIDE ANALIZAR LAS CUESTIONES DE FONDO PLANTEADAS. Si el Juez de Distrito advirtió que en la orden de aprehensión o auto de formal prisión reclamados existían violaciones formales consistentes en la carencia de fundamentación o motivación, no debió analizar las cuestiones de fondo, como son las relativas al cuerpo del delito y a la probable responsabilidad del inculpado en los ilícitos que se le atribuyen, pues la abstención de expresar el fundamento o el motivo en el acto de autoridad impide juzgarlo en cuanto al fondo, por carecer de los elementos necesarios para ello, ya que, desconocidos, los mismos no pueden ser objeto de apreciación jurídica alguna, porque precisamente esas violaciones serán objeto del nuevo acto que, en su caso, emita la autoridad responsable." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Diciembre de 2003; Pág. 1334.

⁶⁰⁹ "ORDEN DE APREHENSIÓN. FALTA ABSOLUTA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. El artículo 16 constitucional no establece una forma determinada para el libramiento de la orden de aprehensión, o sea, es bastante para cumplir con la garantía de fundamentación y motivación que, al emitirla, el Juez razone los motivos por los cuales considera que la conducta del indiciado por la que se hubiere presentado denuncia, acusación o querrela, se ajusta a la descripción típica, haciendo una relación y valoración de las pruebas que acrediten los elementos que la ley penal precise y los relativos a la probable responsabilidad, con lo que se satisfacen los requisitos del artículo 16 citado. Así, cabe distinguir entre ausencia y deficiencia de fundamentación y motivación, siendo la primera la absoluta falta de razonamientos jurídicos del juzgador, y la deficiencia cuando esos razonamientos no son del todo acabados o atendibles, y sólo en el primer supuesto se estará en presencia de una causa que impida al Juez de amparo entrar al estudio de los elementos de fondo de la orden de aprehensión reclamada, por desconocerse los fundamentos y motivos en que se apoyó la autoridad responsable para emitirla, en cuyo caso, es aplicable la jurisprudencia número 6/92, visible en la página 14 de la Gaceta 56, correspondiente al mes de agosto de 1992, del Semanario Judicial de la Federación, cuyo rubro dice: "ORDEN DE APREHENSIÓN INFUNDADA E INMOTIVADA. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL QUE SE OTORQUE DEBE SER LISA Y LLANA." Mas cuando la motivación y fundamentación sea deficiente o indebida, nada impide al Juez de Distrito entrar al estudio de las violaciones de fondo del acto reclamado, lo que jurídicamente implica que se deben estudiar los aspectos relacionados tanto del acreditamiento de los elementos del tipo como de la probable responsabilidad del indiciado, apreciando directamente, según su criterio, el valor de las pruebas aportadas. Pensar lo contrario es irrelevante para los intereses del quejoso, porque lo que sustancialmente le agravia no es la deficiente o indebida fundamentación y motivación del acto de autoridad, sino la posible privación incorrecta de su libertad personal, protegida por el artículo 16 constitucional, para la emisión de la orden de aprehensión, además de que esa protección federal sería también ineficaz porque, si se está ante la ausencia de comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, no podría entonces fundarse y motivarse debidamente la orden de aprehensión, pues los requisitos de fondo de la misma no estarían acreditados." PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO OCTAVO CIRCUITO.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Debido a su indeterminación conceptual a nivel constitucional, el “*cuerpo del delito*” siempre fue considerado como un concepto “*de mera legalidad*”, lo que dio como resultado una gran cantidad de criterios legislativos, jurisprudenciales y doctrinales que provocaron un grave estado de incertidumbre jurídica para el gobernado, ya que la protección a su libertad personal dependía del capricho político de cada legislatura y del egocentrismo de algunos juzgadores, no obstante que siempre se trató del mismo valor fundamental.

SEGUNDA. El problema de conceptualización que ha tenido esta garantía constitucional, deriva de tres ejes fundamentales: I) la falta de unificación o armonización de criterios legislativos y jurisdiccionales; II) la irracional pretensión de explicar su contenido a través de un solo modelo teórico del Derecho Penal; y III) el injustificado desinterés del legislador por conocer nuestra “*realidad jurisdiccional*”, debido a la falta de una investigación seria al respecto.

TERCERA. El concepto “*elementos del tipo penal*”, vigente durante la reforma de 1993, provocó un cisma jurídico que: I) agravó terriblemente la confusión preexistente; II) se impuso la “*teoría del tipo complejo*”, lo que prácticamente impidió el acceso a la justicia penal; y III) como consecuencia de lo anterior, se produjo un elevadísimo aumento de la criminalidad en nuestro país. Dichas cuestiones demostraron, en su conjunto, lo inútil que resulta aplicar un exagerado garantismo que rebase nuestra realidad jurisdiccional.

CUARTA. En la actualidad, desde una interpretación auténtica o teleológica, el “*hecho que la ley señale como delito*” se identifica con los “*elementos del tipo*”

objetivo”, es decir, se identifica con la propuesta hecha por Beling en 1908; ello se traduce en el desconocimiento de la función garantista del tipo penal y permitirá que los actos de molestia que atenten contra la libertad personal puedan ser arbitrarios, no sólo por la posibilidad de enjuiciar a un gobernado por un hecho “*sin relevancia punitiva*”, es decir, una conducta que resulta legítima al no encontrarse prohibida; sino también por la imposibilidad de distinguir entre dos o más figuras delictivas con “*cualidades típicas similares*”. En este sentido, el supuesto garantismo que inspiró la reforma, representa en realidad un autoritarismo y el riesgo evidente es que pueda ser aplicado de forma mezquina por parte de algunas autoridades jurisdiccionales.

QUINTA. Desde una interpretación gramatical, “*el hecho que la ley señale como delito*” puede entenderse como el exacto encuadramiento provisional de un hecho lesivo dentro de todos los elementos de la descripción típica que integran la figura delictiva en concreto. A través de esta interpretación, se logra el reconocimiento de la función garantista del tipo y se evitan los perjudiciales márgenes de arbitrariedad.

SEXTA. Esta garantía de seguridad jurídica remite, para su estructuración conceptual, a la ley secundaria; sin embargo, debe tenerse en cuenta lo siguiente: I) optar por una correcta denominación terminológica; II) que sea breve y substancial; III) doctrinalmente neutra; IV) que aporte los mayores beneficios metodológico-procesales; y V) resulte lo más clara, concisa y durable posible; ello, a fin de cumplir con el principio de certidumbre jurídica.

SÉPTIMA. La actual denominación constitucional del “*hecho que la ley señale como delito*” no resuelve satisfactoriamente el problema de ambigüedad preexistente y puede resultar perjudicial gracias a la multiplicidad de

interpretaciones que puede traer como consecuencia. Por su limitada concisión terminológica, es probable que se llegue al mismo estado de confusión que operó durante la vigencia del anterior concepto del *“cuerpo del delito”*.

OCTAVA. Como propuesta de denominación terminológica, opto por la de *“subsunción del hecho lesivo”*, precisando como sus “rasgos o caracteres ontológicos” de este concepto fundamentador de la jurisdicción punitiva y de rango constitucional: I) su impersonalidad; II) su provisionalidad; III) su autonomía; IV) su acreditación semiplena; además de regirse por los principios de: I) taxatividad; II) lesividad; III) exhaustividad; y IV) libertad probatoria.

NOVENA. Corresponde a la legislación procesal-penal precisar a detalle los elementos estructurales que integran el concepto del hecho que a ley señale como delito y señalar en qué nivel probatorio debe acreditarse.

DÉCIMA. Desde una perspectiva Político–Criminológica, este concepto sirve al legislador para fundamentar la etapa inicial de la jurisdicción punitiva, al racionalizar una de las exigencias de fondo de la orden de aprehensión y del auto de vinculación a proceso. Asimismo, permite determinar aspectos relativos a la distribución de competencias y facultades jurisdiccionales, procurando un ejercicio moderado del poder público desde la óptica de las normas instrumentales.

DÉCIMO PRIMERA. El concepto de *“suficiencia probatoria”* debe establecerse bajo una denominación clara en el texto de la Constitución Federal; éste a su vez, debe reglamentarse en la legislación secundaria, a través de un criterio más o menos laxo, y la jurisprudencia, como último eslabón de esta cadena jurídica, deberá detallar su alcance de la forma más nítida posible, es decir, perfeccionando

su contenido al máximo. En todo caso, deberá evitarse que exista cualquier tipo de indeterminación que tenga su base en la multiplicidad de interpretaciones.

DÉCIMO SEGUNDA. El nivel de prueba exigido para la orden de aprehensión, bajo el nuevo esquema constitucional, equivale a un nivel de liviandad, caracterizado por lo exiguo o superficial que debe ser el criterio de la autoridad. Este nivel es exactamente el mismo que se requiere para dictar el auto de vinculación a proceso, siempre y cuando no se hubiere desvirtuado la imputación ministerial dentro de la duplicidad del término constitucional, con pruebas de igual o mayor eficacia, aportadas por parte de la defensa.

DÉCIMO TERCERA. Los “*datos de prueba*” son, son en esencia, “medios” o “elementos” de convicción que, por su propia naturaleza, conllevan un “juicio de valoración” y pueden entenderse como aquellas referencias, antecedentes, registros o información susceptibles de tener un valor conviccional ante el Juez competente y que sólo debe compilar el Ministerio Público en la etapa de investigación para presentarlos ante la autoridad judicial para sean valorados únicamente por el Juez de sentencia, debiendo constar su razonamiento por escrito y de forma detallada para cumplir con la garantía de debida motivación.

DÉCIMO CUARTA. La prueba de indicios no debe confundirse con un nivel de convicción liviano o semipleno; asimismo, debe ser regulada, de forma clara y exhaustiva dentro de la legislación secundaria como una prueba autónoma, precisando los requisitos técnicos para su valoración.

PROPUESTA

Una vez analizado a profundidad el tema central de la presente obra, toca el turno de aterrizar el análisis teórico en un conjunto de propuestas legislativas (constitucionales y procesales), así como de interpretación jurisprudencial. Para ello, delimito el aspecto sustantivo, correspondiente a la denominación y significación del concepto, del ámbito procedimental, referido al aspecto probatorio y sus efectos jurisdiccionales dentro de los actos del enjuiciamiento, con especial atención en los dos actos de molestia más comunes que afectan la libertad del gobernado: a) la orden de aprehensión; y b) el auto de vinculación a proceso. Con base en lo anterior, se pretende dar las bases jurídicas necesarias para el perfeccionamiento y modernización de uno de los conceptos capital de nuestro Enjuiciamiento Punitivo.

1. En el texto constitucional

Atendiendo a la jerarquía del sistema normativo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que contiene los criterios rectores de la estructura política del Estado Mexicano y la limitación fundamental del poder público, contempla la importantísima garantía de seguridad jurídica contenida en los artículos 16 y 19.

Se trata del binomio conceptual “*presunto delito–presunta responsabilidad*”, cuya nomenclatura debe ser sólida y concisa pero sin ningún tipo de inclinación doctrinal para impedir cualquier tipo de anarquía terminológica que pueda desfigurar nuestro Sistema de Enjuiciamiento Punitivo.

De esta manera, respecto al primero de dichos conceptos, propongo que la norma constitucional se redacte en los siguientes términos:

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTO
“ Artículo 16. (...) No podrá librarse	“ Artículo 16. (...) sólo 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.”	orden de aprehensión por la autoridad judicial cuando preceda denuncia o querrela de un hecho lesivo legalmente subsumible y sancionado con pena privativa de libertad, siempre que el imputado lo hubiere cometido o hubiere participado en su comisión. Ambos requisitos deberán estar acreditados en un nivel semipleno. ”
“ 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.”	“ Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el imputado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como el hecho lesivo legalmente subsumible y la comisión o participación del imputado dentro del mismo; éstos dos últimos requisitos deberán acreditarse en un nivel semipleno. ”

2. En el texto legal (Código Federal de Procedimientos Penales)

Respecto a la legislación secundaria, ésta debe precisar con la mayor exactitud posible los alcances de este concepto fundamental. Se debe, en este sentido, desglosar cada uno de los requisitos probatorios y las atribuciones jurisdiccionales inherentes al mismo, siempre con miras a obtener la mayor certidumbre jurídica, así como la coherencia y uniformidad del sistema procesal.

La idea es que los Órganos Jurisdiccionales establezcan los hechos punibles con la mayor precisión posible, creando así una base sólida para la completa instrumentación del proceso penal mexicano. En esta línea de pensamiento, si bien es cierto que este concepto constituye una garantía constitucional, también es cierto que constituye, al mismo tiempo, el fundamento de la jurisdicción punitiva, debiendo regularse bajo ambos parámetros. Esto es, la regulación legal deberá procurar una investigación delictiva eficaz y no, como ha

ocurrido, obstaculizarla, sin que ello implique llegar a un peligroso autoritarismo. De forma concreta, se busca el dinamismo y la eficacia de la investigación delictiva y el avance institucional.

Lo anterior desemboca, eventualmente, en una mejor procuración e impartición de nuestra justicia penal, impidiendo el despliegue arbitrario de la fuerza pública y permitiendo el pleno ejercicio de la libertad y dignidad humana, al tiempo que cumple con una política criminológica tendiente a evitar la impunidad. Consecuentemente, al delimitar efectivamente el poder jurisdiccional, se reafirma el principio de legalidad penal.

Teniendo en cuenta lo anterior, el concepto propuesto puede ser regulado en el Código Federal de Procedimientos Penales, de la manera siguiente:

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTO
<p>Artículo 134.- (...) 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. (...)</p>	<p>Artículo 134.- (...) Cuando se encuentren satisfechos los requisitos a que alude la fracción tercera del artículo 16 Constitucional y el 168 de este Código, la autoridad judicial librará la orden de aprehensión a petición del agente del Ministerio Público. (...) El Ministerio Público tendrá la obligación de comprobar, en grado semipleno, el hecho lesivo legalmente subsumible y la comisión o participación del imputado en el mismo; la autoridad judicial, a su vez, deberá examinar si se dio cumplimiento a éste requisito al momento de librar o negar la orden de aprehensión y dictar el auto de formal prisión o de libertad por falta de elementos para procesar, según sea el caso.</p>
	<p>Artículo 134 Bis.- Existe el nivel semipleno de acreditación cuando las pruebas que apoyan la imputación delictiva, persuaden fuertemente la</p>

	<p>convicción preliminar del Órgano Jurisdiccional, sin dificultad para sostener la existencia provisional de los requisitos señalados en el artículo anterior.</p> <p>Para lo anterior bastará que las pruebas sean idóneas, eficaces y uniformes para apoyar la imputación delictiva. Cualquier objeción hecha por la defensa respecto a su valoración, deberá ser tomada en cuenta y resuelta conforme a las reglas previstas en el presente Código.</p>
<p>Artículo 161.- (...)</p> <p>I.- (...)</p> <p>II.- Que esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalado sanción privativa de libertad;</p> <p>III.- (...)</p> <p>El plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo, podrá prorrogarse por única vez, hasta por setenta y dos horas, cuando lo solicite el indiciado, por si o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, o dentro de las tres horas siguientes, siempre que dicha prórroga sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.</p> <p>El Ministerio Público no podrá solicitar dicha prórroga ni el juez resolverá de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede, sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el indiciado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.</p> <p>La prórroga del plazo se deberá notificar a la autoridad responsable del</p>	<p>Artículo 161.- (...)</p> <p>I.- (...)</p> <p>II.- Que las pruebas que sirvieron de base para la orden de aprehensión no hayan sido eficazmente contradichas por las aportadas por la defensa;</p> <p>III.- (...)</p> <p>Sólo el imputado o su defensor podrán solicitar a duplicidad del término constitucional para desahogar pruebas tendientes a ejercer el derecho de defensa. El Ministerio Público estará limitado a objetar las que considere pertinentes y podrá ejercer los derechos procesales que a éste competan durante su desahogo; sin embargo, no podrá ofrecer pruebas de cargo durante esta etapa.</p> <p>Artículo 161 Bis.- Tanto en la orden de aprehensión como en el auto de formal prisión deberá precisarse el hecho concreto que sirva de base para fijar el debate punitivo, tomando en consideración la clasificación jurídica provisional que se haga del mismo.</p> <p>Ambas resoluciones jurisdiccionales producirán sus efectos desde la</p>

<p>establecimiento en donde, en su caso, se encuentre internado el indiciado, para los efectos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 19 constitucional.</p> <p>Adicionalmente, el auto de formal prisión deberá expresar el delito que se le impute al indiciado, así como el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución.</p>	<p>radicación de la indagatoria ministerial hasta el momento previo a la formulación de las conclusiones de culpabilidad e inculpabilidad.</p> <p>La clasificación jurídica del hecho punible no prejuzga sobre su posible reclasificación, así como su acreditación definitiva, donde podrá incluirse, en todo caso, las calificativas correspondientes.</p>
<p>Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.</p> <p>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.</p> <p>La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.</p> <p>El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.</p>	<p>Artículo 168.- El hecho lesivo legalmente subsumible constituye la base del Sistema de Enjuiciamiento Punitivo mexicano; legitima la atribución exclusiva del Estado para investigar y perseguir los delitos y a sus responsables y fundamenta los actos de molestia siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Orden de detención; b) Orden de consignación; c) Orden de aprehensión; y d) Auto de imputación delictiva. <p>Por hecho lesivo legalmente subsumible se entiende la exacta clasificación provisional del hecho típico, comprendiendo todos los elementos de la descripción legislativa que integren la figura delictiva en concreto, incluyendo el bien jurídico-penal y su lesión o puesta en peligro.</p> <p>El hecho lesivo legalmente subsumible se rige, para su análisis jurisdiccional, bajo los principios de exhaustividad, taxatividad, lesividad y libertad probatoria.</p> <p>Las calificativas o modificativas del delito podrán ser analizadas en los actos de molestia señalados, si se encuentran acreditadas, pero no impedirán que la autoridad resuelva sobre la posible existencia del delito básico o fundamental; en todo caso, siempre podrá reservarse su análisis para la sentencia definitiva.</p>

	<p>Corresponde a la comisión o participación del imputado: su identificación provisional, el análisis del dolo o culpa del hecho lesivo y el grado de intervención criminal.</p> <p>En ambos casos, el Órgano jurisdiccional está obligado a estudiar de oficio todas las excluyentes del delito al momento de dictar su resolución, si existieren, en el apartado que corresponda.</p>
<p>Artículo 180.- Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad el indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.</p>	<p>Artículo 180.- La comprobación es una actividad procesal propia de las partes; la acreditación es una atribución exclusiva del Órgano jurisdiccional, empero, éste podrá decretar el desahogo de pruebas para mejor proveer, siempre que sean pertinentes y estrictamente necesarias para esclarecer algún punto de debate que no hubiera quedado claro, respetando siempre las reglas generales sobre la prueba.</p> <p>Artículo 180 Bis.- Los grados de acreditación en materia penal son: I) semipleno y; II) pleno.</p> <p>Quedan prohibidas las sospechas. Las actuaciones que tengan como base éstas, serán nulas de pleno derecho.</p>
<p>Artículo 285.- Todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo 279, constituyen meros indicios.</p> <p>(...)</p>	<p>Artículo 285.- El indicio implica la búsqueda un hecho inquirido a partir de otro conocido y fehacientemente probado.</p> <p>Para su eficacia, deberán tenerse en cuenta las reglas de la lógica y de la experiencia, dejando constancia de las razones por las que se estima el mayor o menor grado de conexión existente entre los hechos.</p> <p>Los indicios pueden ser univalentes o plurivalentes.</p>

	<p>Serán plurivalentes cuando entre el hecho inquirido y el conocido exista una relación contingente que admita varias explicaciones compatibles que disminuyan el grado de conexión existente.</p> <p>Serán univalentes cuando entre el hecho inquirido y el conocido exista una intrínseca e imperiosa relación que permita descartar cualquier otra explicación compatible.</p> <p>La suma de indicios plurivalentes podrá justificar la orden de aprehensión y el auto de imputación delictiva, sólo cuando no existan dificultades mayores para otorgarles crédito y establezcan una fuerte persuasión sobre la existencia del hecho lesivo y la posible responsabilidad del imputado.</p> <p>En las resoluciones que se estime cumplido este requisito, harán referencia a la existencia de indicios vehementes.</p>
<p>Artículo 286.- Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena.</p>	<p>Artículo 286.- Sólo la suma de indicios univalentes podrá justificar una sentencia condenatoria.</p> <p>En ningún caso será necesario examinar todas las posibilidades que existan para unir al hecho inquirido con el hecho conocido, siendo suficiente sólo el análisis de aquéllas que resulten más probables e idóneas y excluyendo las que resulten notoriamente inverosímiles.</p> <p>El número de dificultades existentes para obtener el hecho inquirido, será proporcional al grado en que disminuya su fuerza convictiva. Si la posibilidad llegara a ser muy lejana, se decretará como un indicio irrelevante, careciendo de toda eficacia probatoria.</p>

	<p>En materia penal, las presunciones derivan de la ley y sólo se refieren a los hechos objeto del debate. Comprenden una excepción a la regla general de la carga de prueba, sea que la invierta o la excluya, según sea el caso; éstas podrán admitir o no prueba en contrario, según lo disponga la propia ley.</p> <p>Quedan prohibidas las presunciones de culpabilidad; las actuaciones que las contengan serán nulas de pleno derecho.</p>
--	---

3. En la Jurisprudencia

Sea cual sea el nombre que se le otorgue a la garantía de seguridad jurídica contenida en los artículos 16 y 19 constitucionales, nuestro Máximo Tribunal debe de tener en cuenta que se trata de un concepto cuyo contenido contempla tanto aspectos sustantivos como procesales. En este sentido, al realizar la interpretación correspondiente, sin dejar de tener en consideración el texto de la ley secundaria (código procedimental), deberá de aplicar los principios de Derecho Penal Democrático y principios procesales que, en su conjunto, eliminen el conflicto ideológico que nace por la aplicación de una doctrina penal preponderante.

En tal sentido, partiendo del hecho de que se trata del **concepto que legitima la intervención punitiva primaria** y cuya **jerarquía es constitucional**, para delimitar su contenido en la jurisprudencia, deben aplicarse los **principios de taxatividad, lesividad, libertad probatoria, exhaustividad** y considerar como características propias del concepto las relativas a la **impersonalidad, provisionalidad, autonomía y acreditación semiplena**.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*, Editorial Cajica, México, 1968.
2. ADATO GREEN, Victoria; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Código Penal y Código de Procedimientos Penales Modelo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 189, México, 2004.
3. AGUILAR CASAS, Elsa y SERRANO ÁVAREZ Pablo. *Posrevolución y estabilidad. Cronología (1917-1967)*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México, 2012.
4. ARILLA BAS, Fernando. *El procedimiento penal en México*, 25ª edición, Porrúa, México, 2009.
5. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 3ª. edición, Marcial Pons, España, 2007.
6. BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, Argentina, 1999.
7. BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*, T.II, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2ª. edición, Argentina, 2006.
8. BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto. *Derecho Procesal Penal*, McGraw Hill, 3ª. edición, México, 2009.
9. BARRITA LÓPEZ, Fernando A. *Averiguación Previa (enfoque interdisciplinario)*, 3ª. edición, Porrúa, México, 1997.
10. BECERRIL GONZÁLEZ, José Antonio. *La orden de aprehensión*, Porrúa, México, 2006.
11. BECCARIA, Cesar. *Tratado de los delitos y de las penas*, Porrúa, México, 2008.
12. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo I, Imprenta de Don Tomás Jordan, España, 1835.
13. CAFFERATA NORES. *La prueba en el proceso penal*, Depalma editores, 3ª. edición, Argentina, 1998.
14. CARBONELL, Miguel. *Bases constitucionales de la reforma penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010.

15. CÁRDENAS RIOSECO, F. Raúl. *El principio de legalidad penal*, Porrúa, México, 2009.
16. CÁRDENAS RIOSECO, F. Raúl. *La garantía de correlación de la acusación con la sentencia*, Porrúa, México, 2005.
17. CARRIO D., Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, 3ª. edición, Argentina, 1994.
18. CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 45ª. edición, Porrúa, México, 2004.
19. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Porrúa, México, 1999.
20. CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho en México*, 2ª. edición, Editorial Oxford, México, 2004.
21. DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, Piña y Palacios, Javier (coordinador), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, número 68, México, 1982.
22. DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. *El término constitucional y la probable responsabilidad penal*, 3ª. edición, Porrúa, México, 2002.
23. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Cárdenas Editor, 1981.
24. DIAZ ARANDA, Enrique. *El cuerpo del delito, la probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.
25. DIAZ ARANDA, Enrique. *Problemas fundamentales de Política criminal y Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
26. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, 6ª. edición, Porrúa, México, 2007.
27. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Tratado sobre las pruebas penales, T. I*, Porrúa, México, 2004.
28. ESCRICHE Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y

- adiciones sobre el derecho americano por Don Juan B. Guim, Librería de Rosa, Bouret y C., Francia, 1851.
29. ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, trad. Adolfo Posada, Librería "El foro", Argentina, 1994.
 30. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Editorial Trotta, España, 2004.
 31. FIX-ZAMDIO, Héctor. *Función Constitucional del Ministerio Público, tres ensayos y un epílogo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 1ª reimpresión, México, 2004.
 32. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, T. II, Editorial Temis, Colombia, 1978.
 33. GARCÍA BORREGO, José Antonio y FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás. *Introducción al derecho procesal penal (especialmente dirigido a Policía Judicial y Criminólogos)*, Depalma S.L., y Ministerio del Interior, España, 2007.
 34. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Comentarios sobre las reformas de 1993 al procedimiento penal federal*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, I.I.J.U.N.A.M., México, 1994.
 35. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Porrúa, México, 1974.
 36. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, 2ª edición, Porrúa, México, 2009.
 37. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El nuevo procedimiento penal mexicano; la reforma de 1993-1994*, Porrúa, México, 1994.
 38. GARCÍA RAMÍREZ Sergio y VARGAS CASILLAS, Leticia, coordinadores. *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, I.I.J.U.N.A.M., México, 2001.
 39. GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl. *Introducción a la lógica*, 4ª edición, Editorial Esfinge, México, 2001.

40. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho procesal penal mexicano*, 3ª. edición, Porrúa, México, 1967.
41. HIDALGO MURILLO, José Daniel. *La etapa de investigación en el Sistema Procesal Penal Acusatorio mexicano*, Porrúa, México, 2009.
42. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 2ª. edición, Editorial Trillas, México, 1991.
43. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Editorial Lozada, Argentina, 1958.
44. JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, 8ª. edición, Porrúa, México, 2010.
45. JIMÉNEZ MARTÍNEZ JAVIER. *Aspectos básicos sobre la prueba en el Juicio Oral, Ensayos de recopilación para una antología*, Editorial Raúl Juárez Carro, S.A. de C.V., México, 2011.
46. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Elementos de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 2006.
47. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *La orden de aprehensión en el juicio oral penal, ensayos de recopilación para una antología*, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2012.
48. LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, T. I, 2ª. edición, Depalma Editores, Argentina, 1993.
49. LUNA CASTRO, José Nieves. *El concepto de tipo penal en México, un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional*, 2ª. edición, Porrúa, México, 2008.
50. MARVÁN LABORDE, Ignacio. *Nueva edición del Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª. Reimpresión, México, 2013.
51. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. III, trad. de Santiago Sentís Melendo y Mayino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

52. MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal mexicano*, 5ª. edición, Porrúa, México, 2003.
53. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
54. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la antijuridicidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, serie de estudios jurídicos, número 38, México, 2003.
55. MARTÍNEZ GARNERLO, Jesús. *La prueba indiciaria presuncional o circunstancial en el nuevo Sistema Penal Acusatorio*, Porrúa, México, 2010.
56. MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1958.
57. MORENO CATENA, Victor (compilador), COQUILLAT VICENTE, Ángela, JUANES PECES, ángel, DE DIEGO DÍEZ, Alfredo y DE LLERA SUÁREZ BARCENA Emilio. *El proceso penal, doctrina, jurisprudencia y formularios, Volumen II, instrucción y medidas cautelares*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 1999.
58. MORENO CATENA, Victor (compilador), COQUILLAT VICENTE, Ángela, JUANES PECES, ángel, DE DIEGO DÍEZ, Alfredo y DE LLERA SUÁREZ BARCENA Emilio. *El proceso penal, doctrina, jurisprudencia y formularios, Volumen III, fase intermedia y juicio oral*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2000.
59. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª. edición, Editorial B de F, Argentina, 2001.
60. OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. *Derecho Constitucional Penal, Tomo I*, Porrúa, México, 2007.
61. OVALLE FAVELA, José. *Garantías constitucionales del proceso*, 3ª. edición, Oxford University Press, México, D.F., 2007.
62. OVALLE FAVELA, José. *El procedimiento penal oral en el Estado de Chihuahua*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010.

63. PALACIO LINO, Enrique. *La prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Argentina, 2000.
64. PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *La reforma jurídica de 1983 en la Administración de Justicia*, Procuraduría General de la República, México, 1984.
65. RIVERA SILVA, M. *El procedimiento penal*, 6ª. edición, Porrúa, México, 1973.
66. RODRÍGUEZ, Ricardo. *El procedimiento penal en México*, 2ª. edición, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1900, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 1ª. reimpresión, México, 2003.
67. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Penología*, 4ª edición, Porrúa, México, 2004.
68. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, versión castellana del Profesor Dr. Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Argentina, 1979.
69. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Apuntes de jurisprudencia*, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, SCJN, 1ª. reimpresión, México, 2007.
70. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Las garantías de seguridad jurídica, Colección Garantías individuales, número 2*, SCJN, México, 2005.
71. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal, mesas redondas abril-mayo 2008*, 1ª. edición, SCJN, México, 2008.
72. SOSA ORTÍZ, Alejandro. *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, 2ª. edición, Porrúa, México, 2005.
73. SOSA ORTÍZ, Alejandro. *Los elementos del tipo penal (la problemática en su acreditación)*, Porrúa, México, 1999.

74. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, 3ª. edición, Porrúa, México, 2010.
75. VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal, T. II, el proceso penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1997.
76. V. CASTRO, Juventino. *La jurisdicción mexicana*, Porrúa, México, 2003.
77. VON BELING, Ernest. *La doctrina del delito-Tipo*, 2ª. edición, Depalma Editores, Argentina, 1944.
78. VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Valleta Ediciones, Argentina, 2007.
79. WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*, Roque de Palma Editor, Argentina, 1956.
80. ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. *Cuerpo del delito y tipo penal*, 7ª. reimpresión, Ángel Editor, México, 2007.

HEMEROGRAFÍA:

1. GARCÍA RAMÍREZ Sergio, “Una reforma constitucional (la inquietante del 9 de diciembre de 1997)”, *Criminalia*, México, año LXIV, num. 1, enero-abril de 1998.
2. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. “*Corpus delicti y tipo penal*”, *Criminalia*, año XXII, número 5, mayo de 1956.
3. MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?”, *Criminalia*, México, año LXIV, num. 2, mayo-agosto de 1998.
4. MORENO HERNÁNDEZ Moisés. “*Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)*”, *Criminalia*, México, año LXIV, num. 1, enero-abril de 1998.
5. RIVERA SILVA, Manuel. *Apuntes sobre el cuerpo del delito*, Revista *Criminalia*, año IX, 1942, número 1.
6. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *Consideraciones críticas en torno al cuerpo del delito en materia federal*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 241, Año 2004, Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

7. COSSÍO D., José Ramón. *La sustanciación de los procesos penales federales con anterioridad al Código de 1908*, Revista Mexicana de Historia del Derecho, Segunda Época, Volumen XXVII, Enero-Junio 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, D.F., 2013.
8. CÁMARA DE DIPUTADOS, *Cuaderno de apoyo, Código Penal Federal, Datos Generales del Proceso Legislativo de las reformas que ha tenido desde su expedición, 1931-2008*, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Subdirección de Archivo y Documentación, julio, 2008, reforma número 71.

DOCUMENTOS OFICIALES:

1. DIARIO OFICIAL. 30 de agosto de 1934.
2. DIARIO OFICIAL. 29 de agosto de 1931.
3. DIARIO OFICIAL. 27 de diciembre de 1983.
4. DIARIO OFICIAL. 4 de enero de 1984.
5. DIARIO OFICIAL. 10 de enero de 1994.
6. DIARIO OFICIAL. 18 de mayo de 1999.
7. GACETA PARLAMENTARIA. 11 de diciembre de 2007.
8. GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL. 22 de julio de 2013.
9. CÁMARA DE DIPUTADOS. *Diario de los debates*, 17 de agosto de 1993, año II México, D.F., Legislatura LV - Año II - Período Extraordinario.
10. CÁMARA DE DIPUTADOS. *Diario de los debates*, jueves 19 de agosto de 1993, No. 4, año II México, D.F., Legislatura LV - Año II - Período Extraordinario.
11. DIARIO DE LOS DEBATES. Miércoles, 10 de Diciembre de 1997 Diario 37, Primer Periodo Ordinario LVII Legislatura.
12. DIARIO DE LOS DEBATES. *Jueves, 01 de Octubre de 1998*, Diario 11, Primer Periodo Ordinario 57 Legislatura.

13. DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 6 de Octubre de 1998*, número 16, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio, año II México, D.F.
14. DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 10 de noviembre de 1998*, número 26, Primer de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio, año II, México, D.F.
15. DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 19 de diciembre de 2006*, sesión no. 36, año I, LX Legislatura, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Primer Año de Ejercicio.
16. DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 6 de marzo de 2007*, sesión no. 11, año II, LX Legislatura, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo año de ejercicio.
17. DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 11 de diciembre de 2007*, sesión no. 34, año II, LX Legislatura, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo año de ejercicio.
18. DIARIO DE LOS DEBATES. *Miércoles 12 de diciembre de 2007*, sesión No. 35, Año II México, DF, LX Legislatura Correspondiente al Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio.
19. DIARIO DE LOS DEBATES. *Jueves, 13 de Diciembre de 2007*, Diario 33, Primer Periodo Ordinario LX Legislatura.
20. DIARIO DE LOS DEBATES. *Martes 26 de febrero de 2008*, sesión no. 9 correspondiente al Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio, Año II México, D.F.
21. DIARIO DE LOS DEBATES. *Jueves, 28 de Febrero de 2008*, Diario 9, Segundo Periodo Ordinario LX Legislatura.
22. DIARIO DE LOS DEBATES, *Martes 11 de diciembre de 2007*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII.

FUENTES ELECTRÓNICAS CONSULTADAS:

1. Congreso Español,
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>
2. Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España, Ministerio de la presidencia. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>
3. Infoleg (Sistema de Información Legislativa), Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.
<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
4. Senado de Argentina, dirección electrónica:
<http://www.senado.gov.ar/Constitucion/capitulo1>
5. Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica.
6. Fundación centro de Estudios constitucionales 1812,
http://www.constitucion1812.org/documentos/cons_1812.pdf.
7. Cámara de Diputados,
http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf.
8. Orden Jurídico Nacional,
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.
9. Orden Jurídico Nacional,
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1843.pdf>.
10. Instituto de Investigaciones Jurídicas,
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/842/13.pdf>.
11. Instituto de Investigaciones Jurídicas,
<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.
12. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, versión en línea, <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.

LEGISLACIÓN CONSULTADA:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2014.
- Código Federal de Procedimientos Penales, México, 2014.
- Código de Procedimientos Penales del Estado México, México, 2014.
- Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, México, 2014.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, México, 2014.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, México, 2014.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, México, 2014.
- Código de Justicia Militar, México, 2014.
- Código Fiscal de la Federación, México, 2014.

LEYES EXTRANJERAS CONSULTADAS:

- Constitución Española de 1978, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>.
- Constitución de la Nación Argentina, <http://www.senado.gov.ar/Constitucion/capitulo1>.
- Código Procesal Penal de la Nación, <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=48612>.