

242



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES



“CRITICA, NECESIDAD Y PROPUESTA DE REFORMAR LOS ARTICULOS 168 Y 134 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES”

2001

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

NARCISO MIRANDA HERNANDEZ

ASESOR: LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA.



ACATLAN, EDO. DE MEX., NOVIEMBRE DE 2001.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

A mi madre

Ma. de los Ángeles Hernández Rosas  
Que con sacrificios y desvelos  
ha logrado que nazca en mí, las  
fuerzas de superación y éxito

A mi padre

Alejandro Miranda Hernández  
Que con sus consejos y apoyo ha  
despertado en mí, el espíritu de lucha

✠ A mi hijo

Héctor Narciso Miranda Franco  
Por ser la estrella que ilumina  
mi camino, que aun estando lejos,  
es la luz que mueve todos mis  
obstáculos.

A mis hermanos

Carmen, Susana, Leticia,  
Alejandro, José y Juan  
Por su apoyo desinteresado y haber  
creído en mí

A mis sobrinos:

Jorge, Ana, Luis, Denise,

Ariana, Roberto, Miguel,

Gadiel

Con mucho cariño y amor

A mis cuñados:

Edith, Jorge, Gabriel

Por su apoyo incondicional

A mis compañeros

Por el largo camino que recorrimos

juntos

Al Lic. José Dibray García Cabrera

Por sus enseñanzas, comprensión  
y dirección del presente trabajo

A los sinodales

Por sus consejos y apoyo en el  
presente trabajo

A la Universidad

Por darme la oportunidad de  
ser lo que siempre soñe,  
prometiéndole poner su  
nombre siempre en alto

# INDICE

Págs.

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

## CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES HISTORICOS A LA REFORMA

1 - Siglo diecinueve .....	1
1 1 - Código de Procedimientos Penales de 1880 .....	2
1 2 - Código de Procedimientos Penales de 1894 .....	6
2 - Siglo Veinte .....	8
2 1 - Código Federal de Procedimientos Penales de 1908 .....	8
2 2 - Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 .....	10
2 2 1 - Artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos de 1934 .....	11
2.2.1.1 - Artículo 168 .....	11
2.2.1.2 - Artículo 134 .....	13
2 2 2 - Reformas Penales de 1983-1984 a los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales .....	14
2.2.2.1.- Artículo 168 .....	14
2.2.2.2.- Artículo 134 .....	15
2 2 3 - Reformas de 1994 a los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales .....	16
2.2.3.1.- Artículo 168 .....	17
2.2.3.2.- Artículo 134 .....	22

## CAPITULO SEGUNDO AVERIGUACIÓN PREVIA

1.- Concepto de Averiguación Previa .....	26
2 - Fundamentos de la Averiguación Previa .....	29
2 1 - Fundamento Constitucional de la Averiguación Previa .....	29
2 2 - Fundamento Legal de la Averiguación Previa .....	32
3.- La Averiguación Previa y su Titular .....	36
3 1 - Concepto de Ministerio Público .....	36
3.2.- Funciones del Ministerio Público .....	38
3.2.1.- Funciones del Ministerio Público dentro del Procedimiento Penal Federal .....	38
3.2.2 - Funciones del Ministerio Público fuera del Procedimiento Penal Federal .....	40
3 2 3 - Principios que rigen las funciones del Ministerio Público .....	42

4.- Desarrollo de la Averiguación Previa .....	44
4.1.- Inicio de la Averiguación Previa .....	44
4.1.1.- Requisitos de procedibilidad .....	44
4.1.1.1.- La denuncia .....	45
4.1.1.2.- La querrela .....	46
4.2.- Diligencias básicas para la integración de la Averiguación Previa .....	48
4.2.1.- Medidas y providencias que toma el Ministerio Público al tener conocimiento del hecho delictuoso .....	48
4.2.2.- Levantamiento del Acta .....	49
4.2.2.1.- Diligencias que debe tener el Acta de Averiguación Previa .....	50
4.3.- Determinaciones que pueden darse a las diligencias de Averiguación Previa .....	53
4.3.1.- Ejercicio de la acción penal .....	53
4.3.2.- No ejercicio de la acción penal .....	55
4.3.3.- La reserva .....	57

### CAPITULO TERCERO EL DELITO

1.- Noción de delito .....	60
1.1.- Noción de Delito en la Escuela Clásica .....	60
1.2.- Noción de Delito en la Escuela Positiva .....	61
1.3.- Noción de Delito en la Tercera Escuela .....	62
1.4.- Noción de Delito en la Escuela Sociológica .....	63
1.5.- Noción Jurídico-Formal del Delito .....	63
1.6.- Noción jurídico-Substantial del Delito .....	64
2.- Elementos del Delito .....	65
2.1.- Teoría Unitaria o Totalizadora .....	66
2.2.- Teoría Analítica o Estratificadora .....	67
3.- Análisis del Delito en el Sistema Causalista .....	69
3.1.- Causalismo Naturalista .....	69
3.1.1.- La Conducta .....	70
3.1.1.1.- La acción .....	71
3.1.1.2.- La omisión .....	72
3.1.1.3.- Ausencia de Conducta .....	73
3.1.2.- La Antijuridicidad .....	75
3.1.2.1.- Causas de justificación .....	76
3.1.3.- Imputabilidad .....	78
3.1.3.1.- Inimputabilidad .....	79
3.1.4.- Culpabilidad .....	80
3.1.4.1.- Inculpabilidad .....	82
3.1.5.- Condiciones objetivas de punibilidad .....	83
3.1.5.1.- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad .....	84
3.1.6.- Punibilidad .....	85
3.1.6.1.- Excusas absolutorias .....	85

3.2.- Causalismo Valorativo .....	86
3.2.1.- Conducta .....	86
3.2.2.- Antijuridicidad .....	88
3.2.3.- Culpabilidad .....	89
4.- Análisis del delito en el Sistema Finalista .....	92
4 1 - Acción Finalista .....	93
4.1.1.- Omisión finalista .....	95
4 1.2.- Ausencia de acción finalista .....	96
4 2 - Antijuridicidad e injusto .....	96
4 2 1.- Causas de justificación .....	98
4 3 - Culpabilidad .....	98
4 3 1 - Inculpabilidad .....	100

## CAPITULO CUARTO LA TIPICIDAD

1.- Noción de tipicidad .....	103
1 1 - Concepto de tipo .....	104
2 - La tipicidad en el sistema causalista y finalista .....	105
2 1 - La tipicidad en el sistema causalista .....	105
2.1.1.- Causalismo naturalista .....	106
2.1.2.- Causalismo valorativo .....	107
2 2 - La tipicidad en el sistema finalista .....	112
2 3 - La estructura del tipo penal .....	115
2 3 1 - La estructura del tipo penal en el sistema causalista .....	115
2.3.1.1.- Causalismo naturalista .....	115
2 3 1.2.- Causalismo valorativo .....	121
2 3 2 - La estructura del tipo penal en el sistema finalista .....	124
3 - Ausencia de tipicidad .....	129
3 1 - Noción de atipicidad .....	129
3 2 - La atipicidad en el sistema causalista .....	130
3 2.1.- Causalismo naturalista .....	130
3 2.2.- Causalismo valorativo .....	130
3 3 - La atipicidad en el sistema finalista .....	131
4 - Función del tipo penal .....	132
4 1 - Función de garantía .....	132
4 1.1 - Principio de legalidad .....	133
4 1 2 - Principio de seguridad jurídica .....	134
4 2 - Función sistemática .....	135
4.3.- Función seleccionadora .....	135
4 4 - Función procesal .....	136
4.5.- Función de determinación .....	136

**CAPITULO QUINTO  
EL CUERPO DEL DELITO**

1.- Noción del cuerpo del delito .....	138
1.1.- Breves antecedentes del cuerpo del delito .....	138
1.2.- El cuerpo del delito en la doctrina .....	140
1.3.- El cuerpo del delito en la jurisprudencia .....	145
1.3.1.- El cuerpo del delito en la jurisprudencia antes de las reformas de 1983 .....	145
1.3.2.- El cuerpo del delito en la jurisprudencia después de las reformas de 1999 .....	151
2.- Naturaleza jurídica del cuerpo del delito .....	155
2.1.- Naturaleza objetiva del cuerpo del delito .....	155
2.2.- Naturaleza subjetiva del cuerpo del delito .....	156
2.3.- Naturaleza adjetiva del cuerpo del delito .....	156
3.- Elementos del cuerpo del delito .....	157
3.1.- Elementos del cuerpo del delito en la doctrina .....	158
3.2.- Elementos del cuerpo del delito en la jurisprudencia .....	159
3.2.1.- Elementos del cuerpo del delito en la jurisprudencia antes de las reformas de 1983 .....	159
3.2.2.- Elementos del cuerpo del delito en la jurisprudencia después de las reformas de 1999 .....	160
4.- Comprobación del cuerpo del delito .....	161
4.1.- Regla genérica .....	162
4.2.- Regla específica .....	162
5.- El cuerpo del delito en el actual Código Federal de Procedimientos Penales .....	163
5.1.- Orígenes de la reforma de 1999 .....	164
5.1.1.- Reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal .....	164
5.2.- Noción del cuerpo del delito en el artículo 168 del C. F. P. P. ....	167
5.3.- Elementos del cuerpo del delito conforme al artículo 168 del C. F. P. P. ....	168
5.4.- Comprobación del cuerpo del delito conforme al artículo 168 del C. F. P. P. ....	170
5.5.- El cuerpo del delito y el artículo 134 del C. F. P. P. ....	171
6.- Crítica y propuesta de reformar los artículos 168 y 134 del C. F. P. P. ....	173
6.1.- Crítica y propuesta de reformar el artículo 168 del C. F. P. P. ....	173
6.1.1.- Crítica al artículo 168 del C. F. P. P. ....	174
6.1.2.- Propuesta de reformar el artículo 168 del C. F. P. P. ....	176
6.2.- Crítica y propuesta de reformar el artículo 134 del C. F. P. P. ....	177
6.2.1.- Crítica al artículo 134 del C. F. P. P. ....	177
6.2.2.- Propuesta de reformar el artículo 134 del C. F. P. P. ....	180
 CONCLUSIONES .....	 183
 BIBLIOGRAFIA GENERAL .....	 186

## INTRODUCCION

A finales del año de 1998 comentaban algunos maestros penalistas en las aulas del Campus, que la figura del tipo penal iba a ser sustituida por la figura del cuerpo del delito, lo anterior implicaba, según los comentarios, el retorno de la sistemática causalista a la dogmática jurídico penal mexicana, desde ese momento, llamaron poderosamente mi atención dichos rumores. Para ese entonces, había visto ya las meterías de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, basado principalmente en la sistemática finalista, por tal motivo, me di a la tarea de investigar profundamente todo lo relativo al tema y de estar al pendiente de dichas reformas.

Mientras tanto, algunos compañeros hablaban del finalismo y sobre todo de el teutón Hans Welzel, como si hubiera sido lo último en Derecho Penal, cuando la realidad, era que en Alemania esta sistemática estaba siendo superada, ya desde los setenta por el funcionalismo, que tiene como principales expositores, a Claus Roxin y a Günther Jakobs.

Del primer Código que supe que introdujo la figura del cuerpo del delito en su articulado fue, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al leerlo note que el mismo identificaba el cuerpo del delito con la totalidad de los elementos del tipo penal. A pocos días, me informe que también el Código Federal de Procedimientos se había apegado a la reforma constitucional, es decir, este ordenamiento legal había introducido en sus normas la figura del cuerpo del delito, pero a diferencia del primero, este concebía de manera distinta el cuerpo del delito

Observe de inmediato, que la reforma en torno a la inserción del cuerpo del delito en la legislación penal adjetiva federal, mostraba algunas incongruencias, por lo que, de esta forma, el presente trabajo lo dedicare a demostrar mediante el análisis critico realizado a los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como del estudio de los conceptos jurídicos fundamentales de la averiguación previa, el delito, la tipicidad y el cuerpo del delito, la obligación por parte del Ministerio Público de ceñirse a la acreditación de la conducta y del tipo, con todos y cada uno de sus elementos descritos en la figura típica, al momento de ejercitar acción penal mediante la consignación.

Para cumplir con el objetivo planteado con anterioridad, tomaremos como punto de partida el análisis a las legislaciones y reformas que le anteceden al actual Código Federal de Procedimientos Penales, en concreto y haciendo especial referencia a los artículos 168 y 134, toda vez, que en base en ello, tendremos una noción de los requisitos que tenia que cumplir el Ministerio Público para ejercitar la acción penal.

A partir de lo anterior, hacemos un análisis, de la etapa del procedimiento penal, denominada averiguación previa, en virtud, de que en la misma, es donde, se llevan al cabo todas y cada una de las actividades realizadas por el Ministerio Público, a fin de averiguar si en el caso concreto se a llevado al cabo un delito o no; y, en su momento ejercer la acción penal

Consideramos importante también, entrar al estudio del delito, toda vez, de que el mismo, es la materia fundamental de investigación durante la averiguación previa, y en base a los conocimientos que se tengan de el se podrá determinar la sistemática adoptada por las reformas llevadas al cabo al Código Federal de Procedimientos Penales.

De la misma forma, se hará el análisis de la tipicidad y fundamentalmente del tipo penal, para que con ello se tengan los elementos para determinar si la reforma de 1999 a los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales es benéfica en un Estado democrático de Derecho.

Por tanto, para cumplir cabalmente con el objetivo planteado en el presente trabajo se tratara, lo relativo a la concepción, naturaleza, elementos y comprobación de la figura jurídica del cuerpo del delito tanto en la doctrina, como, en la jurisprudencia y en el actual Código Federal de Procedimientos Penales

CAPITULO PRIMERO

## CAPITULO PRIMERO

### ANTECEDENTES HISTORICOS A LA REFORMA

Mario Bunge señala que: "Mientras los animales inferiores sólo están el mundo, el hombre trata de entenderlo",<sup>1</sup> de ahí que, para que este pueda comprender el presente es indispensable que analice y entienda su pasado, y para el caso que nos ocupa en el presente trabajo es necesario hacer referencia a todos aquellos antecedentes de los actuales artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, para tal efecto analizaremos los códigos que en materia procesal estuvieron en vigor en el siglo XIX y XX, así mismo de las reformas realizadas a tales artículos.

#### 1.- Siglo Diecinueve:

A principios y mediados del Siglo Diecinueve siguieron observándose en México las Leyes de las Partidas, diversas pragmáticas cédulas y disposiciones acordadas por el Consejo de Indias aun y cuando los indios habían proclamado su libertad a través de la guerra de Independencia.

Como consecuencia de los constantes cambios de gobierno que se sucedían, las revoluciones y cuartelazos que ocurrieron en la República, así como de la lucha sostenida contra la Intervención y el Imperio, dieron como resultado un estado letárgico de las instituciones procesales sin que pudiera lograrse con ello una efectiva labor de codificación.

En el año de 1880 con cierta razón Juan Rodríguez de San Miguel señalaba: "Ojalá que aunque hubiese sido por el purito de imitación que ha caracterizado a los mexicanos, se hubiera llevado a debido efecto la formación premeditada, tiempo ha, de un Código Criminal; pero desgraciadamente en más de treinta años que llevamos de emancipados de la metrópoli española, ese pensamiento ni se ha realizado, ni probablemente se realizará con brevedad. Leyes insuficientes, parciales y de circunstancias son las únicas que hemos visto sancionarse; leyes que en lugar de hacer más expedita la administración de la justicia en este ramo tan importante, la han obstruido, la han embarazado más y la han complicado de un modo asombroso; leyes, en fin, que por su mala redacción, por falta de precisión y por celeridad con que se han dictado, han venido a producir justamente el efecto que quisieron evitar".<sup>2</sup>

Las Leyes Españolas en vigor ya no se ajustaban ni respondían a las necesidades de la época, ni mucho menos a las aspiraciones de la población que luchó precisamente con el pueblo español para consolidar su libertad, por eso la imperiosa necesidad de una labor de codificación era palpable; de ahí que Juan José González Bustamante manifieste lo siguiente: "La falta de codificación originaba que los jueces dirigiesen el proceso a su

---

<sup>1</sup>Bunge Mario, *La ciencia su método y su filosofía*, Ed. Siglo XX, Buenos Aires, 1981, p. 9.

<sup>2</sup> González Bustamante Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Décima edición, Ed. Porrúa, México, p.19

modo, invocando preceptos varios; y es común encontrar en las sentencias pronunciadas en los juicios criminales a fines del siglo pasado, disposiciones contenidas en las Leyes de Partidas".<sup>3</sup>

### 1.1.- Código de Procedimientos Penales de 1880:

El primer código procesal que tuvo nuestro país fue el de 1880. Nace como resultado de la expedición del Código Penal del 7 de diciembre de 1871, también conocido como Código Penal de Martínez de Castro; fue, "La manifestación lógica y bien coordinada del Estado de los conocimientos científicos de la época acerca de la función punitiva del Estado"<sup>4</sup>, al decir, de Don Antonio Ramos Pedrueza.

Al expedirse dicho código penal el Estado se ve en la necesidad de crear paralelamente un código procesal mediante el cual se pudiera aplicar aquél, es así como el Congreso de la República, por decreto de 1 de junio de 1880, autorizó al ejecutivo para expedir el Código de Procedimientos Penales y para organizar la administración de justicia en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California.

Para tales efectos se conformó desde el 4 de febrero de 1871 una comisión para estudiar las reformas al procedimiento penal. En un primer término dicha comisión estuvo compuesta por los Licenciados Manuel Dublán, Manuel Ortiz de Montellano y Luis Méndez. Más tarde se integraron los Licenciados José Linares, Manuel Siliceo, fungiendo como Secretario el Licenciado Pablo Macedo.

El objetivo de la comisión era seguir los lineamientos del Código Penal de 1871, lo que trajo como resultado, el proyecto de Código de Procedimientos Penales de fecha 18 de Diciembre de 1872. Con motivo de la muerte de Don Benito Juárez ese mismo año, y de los disturbios internos la ley procesal no pudo ser publicada; por otro lado en varias ocasiones el entonces presidente en funciones ordenó que se revisara y modificara dicho proyecto; así mismo se mandó a imprimir para tener en cuenta las observaciones hechas por los diversos sectores interesados.

Con fecha 15 de diciembre de 1880 se logró promulgar para que entrara en vigor el 1 de Noviembre del mismo año. Por fin todos aquellos que habían trabajado con mucho esfuerzo en la elaboración del primer código de procedimientos penales vieron logrados sus objetivos

"El código de procedimientos penales de 1880 adopta la teoría francesa, al disponer que los jueces son los funcionarios de más alta jerarquía de la policía judicial."<sup>5</sup>, así en el Libro Primero De la policía judicial y de la instrucción, Título primero. De la Policía Judicial, Capítulo primero Organización de la Policía Judicial, los artículos 12, 13 y 16 corroboran dicha afirmación al disponer que:

---

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 20.

<sup>4</sup> Ramón Pedrueza Antonio, *La Ley Penal en México*. 1911. p18.

<sup>5</sup> González Bustamante Juan J., *Principios . . . , obr. cit.*, p.22.

Artículo 12.-"La policía Judicial se ejerce en la ciudad de México:

I.- Por los inspectores de Cuartel;

II.- Por los comisarios de policía;

III.- Por el inspector general de policía;

IV.- Por el Ministerio Público;

V.- Por los Jueces correccionales;

VI.- Por los Jueces de lo criminal".<sup>6</sup>

Artículo 13.- "La policía judicial, fuera de la ciudad de México y en el Territorio de la Baja California, se ejerce:

I.- Por los jueces auxiliares o de campo;

II.- Por los comandantes de fuerzas de seguridad rural;

III.- Por los jueces de paz;

IV.- Por los jueces menores;

V.- Por los prefectos y subprefectos políticos;

VI.- Por el Ministerio Público;

VII.- Por los jueces del ramo penal".<sup>7</sup>

Artículo 16.- "Cuando varios funcionarios de la policía judicial tomen simultánea o sucesivamente, conocimiento de un delito, tendrán preferencia para practicar las primeras diligencias el que fuere superior en grado, según el orden inverso de colocación que tienen los artículos 12 y 13".<sup>8</sup>

De la lectura de dichos artículos se desprende que en la ciudad de México el funcionario judicial con más alta jerarquía lo eran los jueces de lo criminal, mientras que en los Estados y en el Territorio de la Baja California lo eran los jueces del ramo penal.

---

<sup>6</sup> *Código de Procedimientos Penales de 1880*, Imprenta de Comercio de Dublan y Compañía, México. 1880. p 9

<sup>7</sup> *Ibid.*, p.10.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. p. 10-11.

Las funciones de la policía judicial al saber que se había cometido o se estaba cometiendo un delito eran las siguientes (arts. 18,19 y 30, Código de Procedimientos Penales de 1880):

Dictar las providencias necesarias para:

I.- Tomar conocimiento de las revelaciones o querellas,

II.- Aprender a los culpables,

III.- Impedir que se pierdan o destruyan los vestigios del hecho,

IV.- Impedir que se pierdan o destruyan los instrumentos o cosas objeto o efecto del delito,

V.- Impedir que se dificulte la averiguación,

VI.- Formar las actas de descripción e inventario,

VII.- Dar parte inmediatamente al juez competente para iniciar la instrucción,

VIII.- Comunicar verbalmente o por escrito (actas de descripción, inventarios, revelaciones o querellas) de los datos recogidos.

Cualquiera de los funcionarios de la policía judicial estaba facultado para que en un principio llevara acabo todas aquellas diligencias cuyo objeto y fin era el de conocer, proteger y aportar todos aquellos elementos necesarios para la iniciación del procedimiento, tal como lo establece el artículo 35 del multicitado ordenamiento legal

Artículo 35.- "La ley sólo autoriza dos medios de iniciar el procedimiento en materia penal el de oficio y el de querella"<sup>9</sup>

Otro requisito elemental para la persecución del procedimiento es la comprobación del cuerpo del delito, contemplado en el Título Segundo denominado de la Instrucción, Capítulo Cuarto llamado de la Comprobación del Cuerpo del Delito, Libro Primero, donde se establecen las reglas para su comprobación a partir de los artículos 121 al 157

El primero de los artículos mencionados con anterioridad nos da una idea general de lo que es el Cuerpo del Delito, además de afirmar que es el antecedente del actual artículo 168, al disponer aquél que:

Artículo 121.- "La base del procedimiento penal criminal es la comprobación de la existencia de un hecho o la de una omisión que la ley reputa delito; sin ella no puede haber procedimiento ulterior".<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p.17.

Analizando y haciendo uso de la hermenéutica al contenido del precepto invocado encontramos que el valor procesal que se le da a la confirmación de la existencia de un delito es el de presupuesto sine qua non para proceder a la incoación. Ello implicaba necesariamente que la policía judicial al tener conocimiento de un delito tenía la obligación legal de practicar todas aquellas diligencias para comprobar la existencia de un hecho o una omisión calificadas como delictuosas, y en caso de no lograrse no podía pasarse a la etapa procesal subsecuente, es decir, pareciera que había una etapa independiente y anterior al procedimiento en la cual se debía comprobar el cuerpo del delito, cuando la realidad era que esto debía suceder en el procedimiento mismo.

Por otro lado, se hace mención de tres términos del Derecho Penal Sustantivo, a saber, hecho, omisión y delito, pero ¿Qué debemos entender por tales términos?, en concreto por la palabra delito, para dar respuesta a tal interrogante tenemos que acudir al Código Penal vigente de la época, es decir, al Código de 1871, el cual en el artículo 4to. nos habla de la definición de delito.

Artículo 4º.- "Delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".<sup>11</sup>

De la simple lectura del artículo, tenemos que hacer mención a los caracteres del delito, es decir, de la conducta, antijuridicidad y culpabilidad. Luego entonces lo que se tiene que comprobar es el delito en su totalidad y para ser más exactos una conducta antijurídica con culpabilidad dolosa, esta afirmación la podemos corroborar con el contenido del entonces artículo 9º del código penal de aquella época, y que establece:

Artículo 9º.- "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal se presumirá que obro con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario; o que la ley exige la intención dolosa para que haya delito".<sup>12</sup>

Aun cuando el Código Penal de 1871 hace la clasificación de los delitos en intencionales y de culpa, establece de igual forma que toda conducta delictuosa es realizada de manera dolosa, por lo que en este caso corresponde a la defensa destruir esta presunción iuris tantum y a la policía judicial antes de incoar el proceso tiene como premisa fundamental comprobar la totalidad del delito

De esta guisa, si lo que se tenía que comprobar es el delito en su totalidad, luego entonces, el cuerpo del delito se le identifico con el delito.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p 37.

<sup>11</sup> *Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871. s/e*, México, 1871, p 7.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p 8

## 1.2.- Código de Procedimientos Penales de 1894:

Con fecha 6 de julio de 1894 se promulga el segundo Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, fungiendo como Secretario de Justicia el Licenciado Don Joaquín Baranda; este nuevo código derogó al anterior.

Aun cuando su expedición fue con motivo de mejorar la ley anterior, se siguió conservando la doctrina francesa al establecer que los jueces son los funcionarios con más alta jerarquía dentro de la policía judicial (arts. 8, 9 y 12).

De manera genérica el artículo 7º nos señala que la policía judicial tiene por objeto la investigación de todos los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores.

En tratándose de delitos perseguibles por querrela la ley establece en los artículos 71 y 72 las primeras diligencias que debe practicar la policía judicial al tener conocimiento del hecho delictuoso:

Artículo 71.- "Siempre que algún agente de la policía judicial tuviere conocimiento de la existencia de un delito, y se hayan llenado los requisitos que exigen los artículos 54, 59 y 60, si se tratare de los que en ellos se mencionan, procederá sin pérdida de tiempo a practicar las primeras diligencias".<sup>13</sup>

Artículo 72.- "Estas comprenderán precisamente la declaración del querellante, si lo hubiere; la del inculcado si fuere detenido o se hallare presente por cualquier motivo; la inspección ocular del lugar en que el delito se cometió, si fuere de aquellos que pueden dejar huellas materiales de su existencia; la descripción de las huellas que el delito haya podido dejar en la persona ofendida, excepto en los casos en que esta descripción pueda ofender el pudor, pues entonces se hará por partes, como lo previene el artículo 86; el reconocimiento pericial de los detenidos, cuando estuvieren ebrios o si dijeren estarlo; y el aseguramiento de la cosa materia del delito".<sup>14</sup>

En este sentido el código es más específico y casi podemos afirmar que es el primer antecedente de la averiguación previa, al señalar de forma similar y concreta las diligencias que se llevan a cabo en un inicio en esta etapa procedimental, esto implicaba también que el actuar de la policía judicial se veía limitado por las formalidades establecidas en la ley. En los delitos perseguibles por oficio el código no establece cuales son las diligencias que se deben practicar al tener conocimiento de un delito, por lo que considero que son aplicables las mismas reglas que señalan para el caso de los delitos perseguibles por querrela.

No es sino hasta la instrucción en donde se toman en consideración las primeras diligencias junto con las restantes que practica la policía judicial con el fin de comprobar el delito e investigar las personas que puedan ser responsables de ellos (art. 51); en esta etapa

<sup>13</sup> Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales. Imp. Y Lit. de F. Díaz de León Sucesores. Sociedad Anónima. México. 1894. p.20.

<sup>14</sup> *Ibid.*

se faculta al querellante para aportar la pruebas que crea conveniente para la comprobación del cuerpo del delito (art. 67).

En relación con el cuerpo del delito y su comprobación el artículo 82 señala que:

Artículo 82.- "El agente de la policía judicial que practicase las primeras diligencias, y el juez que tome conocimiento del negocio, deberá ante todo procurar comprobar el cuerpo del delito como base de la averiguación".<sup>15</sup>

A la comprobación del cuerpo del delito se le asigna una etapa procesal y a la policía judicial y el juez el deber de practicar todas aquellas diligencias para cumplir con tal fin, tal y como lo señala el artículo 51:

Artículo 51.- "La Instrucción comprende todas las diligencias practicadas para la comprobación de los delitos , investigación de las personas que en cualquier grado puedan ser responsables de ellos, desde que se comienza el proceso hasta que se dicte el auto a que se refieren los artículos 240 y 251".<sup>16</sup>

Para efectos de los artículos anteriores se debe de tener presente en que consiste el cuerpo del delito, para ello, debemos de ocurrir a lo preceptuado por el artículo 104.

Artículo 104 - "Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificaran 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 9º".<sup>17</sup>

Para González Bustamante: "esto equivalía a comprobar no solamente el cuerpo el cuerpo del delito sino el mismo delito, y además, la intención dolosa, que forma parte integrante de la culpabilidad, porque al referirse la Ley Procesal Penal al artículo 9º del Código Penal para que se tuviere presente, no hacia otra cosa que imponer a los jueces la obligación de valorizar la prueba en función del dolo, como formando parte integrante del Cuerpo del Delito"<sup>18</sup>, luego entonces el cuerpo del delito lo constituía el delito mismo, verbigracia, en el caso de la comprobación del delito de robo, el código establece que una de las formas de averiguar su existencia es mediante la comprobación de los elementos del delito (art. 97 frac. I).

En la exposición de motivos del proyecto de reformas, en la página X y XI, se señala que: "El art. 139 del código vigente (1880) esta ampliado por el 90 del proyecto, a fin de hacer más fácil la averiguación de un homicidio en los casos de que no pueda encontrarse el cadáver. Para los que creen que en el homicidio el cadáver es el cuerpo del delito y no el acto de privar de la vida a otro no habría delito cuando el cadáver no pueda encontrarse, como cuando no llega a averiguarse el lugar en que se enterró, cuando se

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>18</sup> González Bustamante Juan J., *Principios* , *obr. cit.*, p162.

quemó, cuando fue ahogado en el mar y en otros casos semejantes. Por fortuna, todos los tratadistas, sin excepción, convienen en que el cuerpo del delito es la ejecución del mismo delito".<sup>19</sup>

A parte de la realización de la conducta (negativa o positiva), el juez tenía que comprobar la antijuridicidad, y la culpabilidad dolosa para poder dar por cerrada la instrucción, sin embargo, para ese entonces la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo que: "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 o externos que constituyen 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".<sup>20</sup>

No coincido con esta opinión, toda vez, que en el código procesal se establece que aquellos delitos que no tengan una forma especial de comprobación, se hará esta, a través, todos los elementos que lo constituyen, tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 9º del código sustantivo, luego entonces, se deben comprobar elementos subjetivos y objetivos del delito.

## 2.- Siglo Veinte:

Durante el Siglo Veinte se han expedido en materia procesal penal dos códigos, el de 1908 y el de 1934, aun vigente; durante las primeras décadas del siglo la estabilidad económica, social y política del país no se hallaba aun establecida, además de los constantes cambios de regimenes dio como resultado que se modificaran las reglas del procedimiento, con esto no podía valorarse la eficacia de una ley ya que en muy poco tiempo eran derogadas

### 2.1.- Código Federal de Procedimientos Penales de 1908:

Expedido durante el periodo presidencial de Porfirio Díaz, por decretos del 24 de mayo de 1906 y 13 de febrero de 1907.

Este código conserva los lineamientos del de 1880, ya que aún los jueces forman parte de la policía judicial, tal como lo señala el artículo segundo:

Artículo 2º.- "Ejercen la policía judicial de la federación:

I.- Los cónsules y vicecónsules mexicanos en el extranjero,

<sup>19</sup> *Exposición de Motivos al Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales*. Imp. Y Lit. de F. Díaz de León Sucesores S.A.. México. 1894. p.p. X y XI.

<sup>20</sup> *Semanario Judicial de la Federación*. Tomos XXVIII. XXIX.

II.- Los capitanes, maestros y patrones de embarcaciones mexicanas;

III.- Los administradores de aduanas, los comandantes de la gendarmería fiscal y los jefes de las secciones aduaneras;

IV.- Los pilotos mayores de los puertos,

V.- Los empleados públicos que en el distrito y territorios federales; o en los Estados desempeñen la función de policía judicial en el fuero común, quienes obraran como auxiliares de la federal;

VI.- Los representantes del Ministerio Público Federal;

VII.- Los jueces de Distrito;

VIII.- Los magistrados de circuito cuando a ellos corresponda la instrucción de un proceso; y

IX.- Todos los funcionarios á quienes por disposición de la ley esté encomendada la instrucción".<sup>21</sup>

A dichos funcionarios judiciales les correspondía la investigación de los delitos del fuero federal, la reunión de las pruebas, el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores, (art. 1º), de tal forma, que cualquiera de ellos que conociera de la comisión de un delito tenía la obligación de poner en conocimiento inmediatamente al juez de distrito o magistrado de circuito para poder proceder a la incoacción (art 3º)

Por lo que se refiere al cuerpo del delito el artículo 107 establece lo 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 que constituyen el hecho delictuoso, según lo define la ley penal, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito".<sup>22</sup>

De la lectura del artículo antes citado se puede decir, en primer lugar, para que pueda haber procedimiento debe haberse advertido la existencia del delito, esto se confirma con lo establecido en el Título Segundo De la Instrucción, Capítulo Primero de la Instrucción del Procedimiento, artículo 86:

Artículo 86 - "El procedimiento del orden penal tiene dos periodos; el de instrucción, que comprende las serie de diligencias que se practican con el fin de averiguar la existencia del delito y determinar las personas que en cualquier grado aparezcan

<sup>21</sup> Código Federal de Procedimientos Penales de 1908, s/e, México, 1908, p 522.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 554.

responsables; y el del juicio propiamente tal, que tiene por objeto definir la responsabilidad del inculpado o inculpados y aplicar la pena correspondiente".<sup>23</sup>

De esta guisa, es precisamente en la etapa de instrucción donde se debe verificar la existencia del delito. En segundo lugar para poder comprobar el cuerpo del delito, se debe atender para ello a los elementos que conforman el hecho delictuoso según lo define la ley penal, lo cual equivalía equiparar el cuerpo del delito con el tipo penal

Lo anterior implica que se debe atender a lo preceptuado en cada delito en particular y de acuerdo a ello determinar que elementos lo conforman para que estos puedan ser confirmados por el juez; pero, en el caso de los delitos que los códigos penales de 1871, 1929 y 1931 no eran definidos, verbigracia la embriaguez habitual, ¿Cómo le hacia el juez para determinar dichos elementos?, considero que el juez debía tomar en cuenta la definición que de delito daban los códigos o en su caso apoyarse en la jurisprudencia, para que, el juez determinara que elementos constituyen cada delito en particular de acuerdo a ella; aunque de antemano el máximo tribunal ya se había pronunciado en este sentido en términos generales, es decir, había tomado como elemento de todos los delitos la materialidad de los mismos, agregando además que el juez gozaba de las más amplia libertad para la comprobación del cuerpo del delito, siempre que esta no estuviera reprobada por la ley (art 128)

## 2.2.- Código Federal de Procedimientos Penales de 1934:

Con fecha 23 de Agosto de 1934 es promulgado el Código Federal de Procedimientos Penales, esto implicaba la abrogación del Código de 1908, tal como lo establece el artículo 2º transitorio de aquél código; intervinieron en su redacción el Licenciado Emilio Portes Gil, entonces procurador general de la República, los Licenciados Ángel González de la Vega, Ángel Carvajal, Alberto R. Vela, Macedonio Uribe, Télesforo A. Ocampo Jr., Ezequiel Burguete, José Ángel Ceniceros, Adolfo Desentis, Fernando Ortega y Javier Piña y Palacios.

En palabras de Juan José Gonzáles Bustamante "Podemos afirmar, sin hipérbole, que el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, es el producto de una meditada labor científica en que se trato de incluir las observaciones que la experiencia y la doctrina aconsejan, de acuerdo con la realidad mexicana y con los recursos disponibles".<sup>24</sup> Surge como una necesidad de acoplarse a los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como, del Código Penal de 1931, además, como se sabe, dicho código procesal esta aún vigente en el país junto con sus múltiples reformas que se han llevado a cabo, de ahí que en este apartado y para el tema que nos ocupa hablaremos desde su vigencia, hasta la reformas de 1994.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 546.

<sup>24</sup> González Bustamante Juan J., *Principios* . . . *obr. cit.*, p. 25.

### 2.2.1.- Artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales de 1934:

En el Título Quinto, Disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción, Capítulo Primero, Comprobación del Cuerpo del Delito, así como, en el Título Segundo, Averiguación Previa, Capítulo Tercero, Consignación ante los tribunales, encontramos el texto original del artículo 168 y 134 respectivamente, de tal forma que en este apartado se procederá al análisis de cada uno de ellos.

#### 2.2.1.1.- Artículo 168:

Este precepto establece que:

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 este justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial" <sup>25</sup>

El artículo en cita, señala en términos generales los aspectos en torno al cuerpo del delito, de tal forma, que cada párrafo se analizara por separado.

a) Párrafo Primero: en este acápite se señala quienes son las autoridades a las que les corresponde comprobar el cuerpo del delito, así como la fase en la cual se debe cumplir con dicho fin.

En un principio corresponde a los funcionarios de policía judicial comprobar el cuerpo del delito, es decir, al Ministerio Público o a la Policía Judicial Federal, ya que el código así lo establece en sus artículos 2 y 3 que a la letra dicen:

Artículo 2º.- "Dentro del periodo de averiguación previa la Policía Judicial Federal deberá en ejercicio de sus facultades:

I.- Recibir las denuncias y querellas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos de orden federal;

II.- Practicar la averiguación previa;

III.- Buscar las pruebas de la existencia de los delitos del orden federal y de la responsabilidad de quienes en ellos hubieren participado".<sup>26</sup>

Artículo 3º.- "Dentro del mismo periodo el Ministerio Público Federal deberá:

<sup>25</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 30 de agosto de 1934. p.6.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.1.

I.- Ejercitar por sí mismo, en caso necesario, las funciones expresadas en el artículo anterior, teniendo bajo su dirección y mando a todas las autoridades que conforme a la ley ejerzan funciones de policía judicial;

II.- Ejercitar acción penal".<sup>27</sup>

Es así, como al Ministerio Público de la Federación y a la Policía Judicial Federal les correspondía practicar todas las diligencias necesarias tendientes a reunir pruebas y comprobar el cuerpo del delito

La segunda autoridad señalada al efecto de comprobar el cuerpo del delito, es el tribunal, concretamente el juez de distrito competente

Ahora bien, la etapa procesal dentro de la cual se debía comprobar el cuerpo del delito considero que es, durante la Averiguación Previa, ya que el código señala que debe hacerse todo lo posible para lograr dicho fin como base del procedimiento penal, siendo la base del procedimiento precisamente la Averiguación Previa, tal y como lo señala el artículo 1º, fracción primera del código adjetivo federal:

Artículo 1º - "El procedimiento penal federal tiene cuatro períodos:

I - El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la acción penal".<sup>28</sup>

Sin embargo, si el Ministerio Público Federal no pudiese comprobar el cuerpo del delito, esta facultad pasaría automáticamente al juez de distrito, de tal forma, que esto se llevaría a cabo dentro del período de Instrucción, siendo así el papel de los funcionarios de policía judicial de recabadores de pruebas

b) Párrafo segundo: en este párrafo se manifiesta el momento en el cual se tendrá por comprobado el cuerpo del delito, su contenido y las reglas para su comprobación

Por lo que se refiere al contenido del cuerpo del delito, el código se adhiere a lo que ya había establecido con anterioridad la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esto es, el cuerpo del delito es la materialidad del hecho delictuoso, implicaba darle a esta figura un valor estrictamente objetivo, por lo que al probar la existencia de la materialidad, se daba por comprobado el corpus delicti, para ello, el código maneja la regla general y las reglas especiales, la primera tenía lugar cuando se comprobaba la materialidad del hecho delictuoso, la segunda cuando hacía falta la materialidad del hecho delictuoso o apoyándose en otros medios de convicción, verbigracia, la falta de corpus criminis, inspección ocular, confesión.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Idem.*

Aún cuando, el código indica los lineamientos a seguir para el caso de comprobaciones especiales, considero que no era necesaria dicha convicción, ya que el mismo en el artículo 180 faculta al Ministerio Público y al tribunal para emplear los medios de investigación no reprobados por la ley que ha su juicio sean necesarios para cumplir con dicho fin.

Artículo 180.- "Para la comprobación del cuerpo del delito, los funcionarios de policía judicial y los tribunales gozaran de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que esos medios no sean reprobados por ella".<sup>29</sup>

#### 2.2.1.2.- Artículo 134:

Este artículo establece lo siguiente:

Artículo 134.- "Tan luego, como aparezca de la averiguación previa que se han llenado los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución General de la República para que pueda procederse a la detención de una persona, se ejercitara la acción penal señalando los hechos delictuosos que la motivan

No será necesario que se llenen los requisitos que exige el precepto constitucional citado, cuando el delito no merezca pena corporal o el Ministerio Público estime conveniente ejercitar desde luego la acción.

También hará consignación el Ministerio Público, ante los tribunales, siempre que de la averiguación resulte necesaria la práctica de un cateo".<sup>30</sup>

Este precepto establece los momentos en que el Ministerio Público debe ejercitar acción penal y consignar, además de los requisitos que debe reunir para tal efecto.

Así las cosas, para que pueda procederse a la detención de una persona, era necesario reunir los requisitos establecidos en el artículo 16 de la Constitución Federal y ejercitar acción penal, de ahí que el precepto señale lo siguiente:

Artículo 16.- "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, dicha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata."<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>31</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, s/c, México, 1917, p. 12.

Lo anterior significaba, que el Ministerio Público Federal, tenía que reunir la respectiva denuncia, acusación o querrela, que se tratara de un delito sancionado con pena privativa de libertad, apoyado con la declaración de un testigo, al efecto de ejercitar acción penal y proceder a la detención, sin embargo, podía no reunir los requisitos cuando se tratara de delitos que no ameritaran pena corporal o cuando lo estimare conveniente.

En tratándose de la realización de un cateo el Ministerio Público podía consignar la Averiguación Previa al tribunal siempre que fuere necesario, siendo esto podía o no reunir los requisitos enunciados en el artículo 16 constitucional.

De ésta guisa, podemos deducir, que si el Ministerio Público estaba facultado para no reunir los requisitos dentro de la Averiguación Previa, mucho menos estaba obligado a comprobar el cuerpo del delito en esta etapa procedimental, sin embargo, al dictar el auto de formal prisión debía de estar ya comprobado el cuerpo del delito, según lo establece el artículo 19 constitucional.

Artículo 19.- "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresaran: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado".<sup>32</sup>

#### *2.2.2.- Reformas de 1983-1984 a los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales:*

Tuvieron que pasar más de cuarenta años para que los artículos 168 y 134 del código adjetivo en materia penal federal fueran reformados, así por decreto de 1983 quedan como sigue:

##### *2.2.2.1.- Artículo 168:*

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 se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene el código".<sup>33</sup>

Este artículo en comento únicamente fue reformado en su párrafo segundo, es decir, el cambio substancial lo sufrió en sí, el contenido del cuerpo del delito; ya no sólo debían

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>33</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 27 de diciembre de 1983. p.36.

comprobarse solamente elementos con un carácter exclusivamente objetivos, sino que debían tomarse en cuenta otro tipo de elementos, los cuales debían ser buscados en la descripción típica hecha por el legislador, por lo que estos podían ser objetivos, subjetivos o normativos, según el hecho delictuoso realizado por el activo, así las cosas el Licenciado Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz manifestó lo siguiente: "El cuerpo del delito se definió como el conjunto de elementos típicos del injusto: objetivos, subjetivos y normativos. Partiendo de esa idea la comprobación del cuerpo del delito debe hacerse comparando la conducta o hecho concreto con la descripción hecha por el legislador para lograr su identidad, examinando cada uno de sus elementos integrantes del tipo, los cuales reunidos en su totalidad lo comprueban, pues de lo contrario, si falta alguno, no habrá tipicidad y, en consecuencia tampoco cuerpo del delito".<sup>34</sup>

Esto significaba que cuerpo del delito y tipo eran considerados sinónimos, es decir, para tener por comprobado el cuerpo del delito, se debía confirmar la existencia de los elementos que integran el tipo y ello se lograba cuando la conducta concordaba con la descripción típica, concretamente cuando había tipicidad

#### 2.2.2.2 Artículo 134.

Este precepto fue reformado en su totalidad para quedar en un sólo párrafo como sigue

Artículo 134 - "Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se ha comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en los términos de la primera parte del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción ante los tribunales. Para el libramiento de orden de aprehensión, estos se ajustaran a lo previsto en el artículo 16 constitucional y en el 195 del presente código".<sup>35</sup>

Para que el Ministerio Público pudiera ejercitar acción penal debía comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en los términos del artículo 168 párrafo primero, esto es, el funcionario de policía judicial debía hacer todo lo posible para cumplir con dicha obligación, en caso de no lograrlo la responsabilidad pasaba a ser del tribunal, en estos casos la actividad de la autoridad administrativa se reducía a ser simple recopiladora de pruebas, así las cosas, el cuerpo del delito se podía comprobar en la averiguación Previa o durante la Instrucción. Cabe aclarar que el artículo 168 del código adjetivo no hace mención de los términos en que se debe comprobar la probable responsabilidad, sin embargo, considero que estos deben de ser en los términos antes transcritos

<sup>34</sup> Gutiérrez Cruz Juan W., *El Cuerpo del Delito*, Revista Michoacana de Derecho Penal, nums. 26 y 27, México, 1992, p. 204.

<sup>35</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 27 de diciembre de 1983, p33

Para que el tribunal obsequiara la orden de aprehensión debía atender a los requisitos establecidos en los artículos 16 constitucional y 195 del código adjetivo, que en términos generales son los siguientes:

- La presentación de una denuncia, querrela o acusación.
- Que el hecho delictuoso se castigue con pena corporal.
- Declaración bajo protesta de testigo digno de fe
- Otros datos que hagan probable la responsabilidad.

Lo anterior implicaba que el Ministerio Público al hacer el pedimento, tenía que haber hecho todas las gestiones necesarias para reunir los requisitos antes enunciados y concretamente, para comprobar el cuerpo del delito, en su defecto el tribunal negara la orden de aprehensión

#### *2.2.3.- Reformas de 1994 a los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

Con motivo de las reformas llevadas a cabo en 1993 a los artículos 16 y 19 de la constitución federal, el código adjetivo en materia penal federal se tuvo que ceñir a las mismas, concretamente los artículos 168 y 134 del ordenamiento legal citado.

Los artículos constitucionales ya no hablaban del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, sino que ahora, se hacía mención de otros conceptos, es decir, de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad, en efecto, el artículo 16 constitucional establece en su párrafo segundo:

Artículo 16 - "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"<sup>36</sup>

El artículo 19 constitucional en la primera parte de su párrafo inicial alude a que:

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 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 este".<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 112 edición. Ed. Porrúa, México, 1996, p 13.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 16.

Los motivos de la reforma obedecen principalmente a:

- a) Establecer cuales son los elementos de fondo que deben llenarse para que el juez obsequie la orden de aprehensión.
- b) La substitución del concepto del cuerpo del delito por la de los elementos que integran el tipo penal.
- c) Precisar los extremos de prueba que se tienen que acreditar para motivar la afectación de la libertad del gobernado.
- d) Precisar los extremos de prueba para dictar el auto de formal prisión.
- e) Fortalecer la seguridad jurídica de los gobernados, al establecer la obligación al juez de verificar la existencia del hecho delictuoso y de la probable responsabilidad.

Así las cosas, con fecha 10 de Enero de 1994 se publicaron en el diario oficial de la federación las reformas llevadas a cabo a los artículos 168 y 134 del Código federal de Procedimientos Penales para quedar como siguen.

#### *2.2.3.1.- Artículo 168.*

En el Título Quinto, Disposiciones comunes a la Averiguación Previa y a la Instrucción, Capítulo Primero, Comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado se encuentra el artículo 168 que a la letra dice:

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:

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.

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

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá decretar sino existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable responsabilidad.

Los elementos del tipo de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley".<sup>38</sup>

De la lectura del precepto invocado observamos los siguientes puntos:

- a) La función del Ministerio Público y del juez para efectos de la comprobación del tipo penal y la probable responsabilidad.
- b) La enunciación y los elementos que integran el tipo penal.
- c) Los elementos integrantes de la probable responsabilidad.
- d) Los medios probatorios empleados para la acreditación del tipo penal y la probable responsabilidad.
- e) El sistema penal acogido por la reforma.

a) En tratándose de las funciones que les corresponde al Ministerio Público Federal y al Juez Penal el legislador fue tajante al precisar cual le corresponde a cada uno de ellos, así la función que le corresponde al Ministerio Público Federal es la de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, esto implica saber el concepto de la palabra acreditar, que de acuerdo con el diccionario significa:

"Hacer digno de crédito o reputación; dar fama o crédito; dar seguridad de que una cosa o persona es lo que representa o parece; demostrar algún derecho o título".<sup>39</sup>

De los significados antes transcritos se debe tomar en cuenta para determinar la función del Ministerio Público el siguiente:

Demostrar algún derecho o título.

Este concepto considero que es el más viable, es decir, el Ministerio Publico Federal al ejercitar acción penal tuvo que haber probado de un modo evidente los elementos que integran el tipo penal, así como la probable responsabilidad, máxime si se toma en cuenta de que al realizar esta actividad, y para efectos de la orden de aprehensión y del auto de término constitucional, esta en juego la libertad personal, por lo que en este sentido, no coincido con la opinión del Dr. Raúl Salas González Campos: "Es absurdo considerar que en las fases pre-procesales, se pueda probar en forma definitiva en todos lo casos, el dolo o la culpa, o la forma de intervención de los sujetos activos, o bien el peligro a que ha sido

<sup>38</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 10 de enero de 1994, p. 18.

<sup>39</sup> García-Pelayo y Gross Ramón. *Pequeño Larousse Ilustrado*, Ediciones Larousse, México, 1964, p. 11.

expuesto el bien jurídico protegido, pues si así fuese, prácticamente se violarían las garantías procesales de defensa y de presunción de inocencia que todo procesado tiene".<sup>40</sup>

Al Dr. Raúl González le asistiría la razón siempre y cuando el legislador al reformar el artículo en comento hubiera utilizado otro término, sin embargo, hay que recordar que uno de los principales factores que motivaron la reforma fue la de fortalecer la seguridad jurídica de los gobernados.

Por otro lado, al juez penal corresponde examinar que tanto los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad estén acreditadas; así las cosas, considero que las palabras a examinar debe ser entendida como la "observación atenta"<sup>41</sup>, es decir, el juez penal debe de observar atentamente, para efectos de la legal detención, de la orden de aprehensión o del auto de término constitucional que se han probado de manera indubitable los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

b) Siguiendo con las observaciones hechas al artículo 168 notamos que el mismo establece cuales son los elementos del tipo que el Ministerio Público Federal y el juez penal deben de tomar en consideración para acreditar y examinar respectivamente, de esta guisa, el legislador coloca en un primer plano a los elementos constantes y en segundo lugar a los llamados contingentes; los primeros son aquellos que son comunes a todo tipo penal y los segundos son aquellos que sólo se plantean de acuerdo a las exigencias del tipo, su presencia depende de los requerimientos específicos de tipo determinados

1.- Constantes:

- La existencia de una acción u omisión.
- La lesión o el peligro a que se expuso el bien jurídico protegido.
- La forma de intervención de los sujetos activos, y
- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

2.- Contingentes:

- La calidad del sujeto activo.
- La calidad del sujeto pasivo.
- El resultado y su atribuidad a la acción u omisión.
- El objeto material.

---

<sup>40</sup> Salas Campos Raúl G., *La Sustitución de las figuras procesales "El Cuerpo del Delito y la Presunta Responsabilidad . . ."*, Revista Jurídica de Posgrado, Año 1, julio, agosto y septiembre, México, 1995, p48.

<sup>41</sup> García-Pelayo y Gross Ramón, *Pequeño . . .*, obr. cit., p. 380.

- Los medios utilizados
- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión
- Los elementos normativos
- Los elementos subjetivos específicos
- Las demás circunstancias que la ley prevea

c) Corresponde saber ahora el contenido de la probable responsabilidad y ello se logra a través del análisis del párrafo cuarto del multicitado artículo 168, el cual exige dos requisitos para tener por probada la probable responsabilidad

1.- El primer requisito es que no exista acreditada a favor del activo una causa de licitud o causa de justificación, llamadas también normas permisivas, dentro de las cuales tenemos a la legítima defensa, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, estado de necesidad y que de alguna forma están contenidas en el artículo 15 del Código Penal Federal, esto es, concretamente la antijuridicidad

2 - El segundo requisito es acreditar la probable culpabilidad, en este caso el artículo en comento nos señala cuales son los requisitos que el Ministerio Público Federal debe acreditar para determinar la culpabilidad del activo, para esto es necesario recurrir a la teoría de la culpabilidad que más se acomoda a la reforma

En virtud de que a la culpabilidad se le deja desprovista del dolo y la culpa considero que la teoría aplicable a este caso en particular es aquella que considera a la culpabilidad como juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica, en virtud de haber actuado en contra de las exigencias de la norma, pudiendo actuar de diversa manera.

Con esta definición encontramos las bases para determinar el contenido de la culpabilidad, así las cosas, el primer elemento para poder saber si el activo es culpable es analizar si es imputable, esto es, si al momento de realizar la conducta tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de la misma, así como la capacidad de motivarse para actuar de acuerdo a esa comprensión, es decir, si el sujeto al momento de realizar el hecho no padecía algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado de acuerdo con el artículo 15 fracción VIII del Código Penal Federal

El segundo requisito consiste en saber si el activo tuvo la conciencia de la antijuridicidad del hecho ilícito, es decir, la necesaria posibilidad de conocer la prohibición del hecho, la cual deducimos a contrario sensu de lo preceptuado en la fracción octava inciso (b) del multicitado artículo 15 del Código Penal Federal que a la letra dice;

Artículo 15 - "El delito se excluye cuando

VIII.- Se realice la acción u omisión bajo un error invencible

b) Respecto de la licitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que esta justificada su conducta".<sup>42</sup>

De tal manera que si el activo conoce la existencia de la norma, o bien, sabe que queda inmerso dentro del supuesto de la misma se puede afirmar que tenía conciencia de la antijuridicidad, de no ser así se estaría entonces en el supuesto de un error de prohibición de conformidad con el artículo antes citado.

El tercer elemento integrante de la culpabilidad lo constituye la exigibilidad de otra conducta, esto es, que al sujeto dada las circunstancias en que actuó le era exigido un comportamiento diverso al realizado, el fundamento jurídico de este elemento está consignado en el artículo 15 del Código Penal Federal fracción IX que a la letra dice,

Artículo 15 - El delito se excluye cuando:

IX - Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho".<sup>43</sup>

Esto implica que el Ministerio Público debe analizar las circunstancias en que el activo actuó para ver si de acuerdo con ellas tuvo la posibilidad de ajustar su conducta a las exigencias de la norma, esto es, para ver si el sujeto tuvo otras opciones de acción y que en lugar de haber efectuado la acción contraria a derecho pudo haber realizado otra distinta

e) Por lo que se refiere a los medios probatorios para acreditar el tipo penal y la probable responsabilidad la ley señala que puede ser cualquiera, esto, lo confirmamos con lo preceptuado en el artículo 180 que a la letra dice:

Artículo 180 - "Para la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpaado, 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".<sup>44</sup>

Como es de observar, se establecen en dos preceptos la forma de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, en este caso considero que bastaba con uno sólo, por otro lado, en estos se establece la regla genérica para cumplir con dicho fin, aun y cuando seguían subsistiendo reglas especiales para algunos delitos, por lo que en este caso bastaba con la regla genérica, ya que como señala el Dr. Sergio García Ramírez: "El amplio alcance de este último precepto (art. 168) permite, sin problema, que en las

---

<sup>42</sup> *Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal*. Ed. Ediciones Fiscales ISEF. México. 1999. p. 6.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Código Federal de Procedimientos Penales*. Ed. Sista, México. 1997. p. 39.

especies concretas la acreditación se haga en la forma que estipularon los artículos derogados".<sup>45</sup>

f) De acuerdo con las reformas de 1994 al multicitado artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el sistema acogido por este es el finalista, en virtud, de que el legislador federal al precisar los elementos constitutivos del tipo penal hace mención expresa del dolo y de la culpa como partes integrantes de este, es decir, el contenido del tipo penal estaba estructurado básicamente por elementos objetivos y subjetivos

Alejandro Sosa Ortiz lo manifiesta de la siguiente manera: "Con la introducción expresa por parte del legislador de estos dos elementos (dolo y culpa) al tipo penal encontramos de manera indubitable su afiliación a la corriente de acción final, puesto que aparecen ya como adjetivos inseparables de la conducta (acción u omisión), dejando de figurar como especies o grados de la culpabilidad".<sup>46</sup>

#### 2.2.3.2 Artículo 134.

Este precepto se encuentra regulado en el Título Segundo Averiguación Previa, Capítulo Tercero Consignación ante los tribunales, a la letra dice:

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 acción penal ante los tribunales; los que para el libramiento de la orden de aprehensión, se ajustara a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional y en el 195 del presente Código

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretara la libertad con las reservas de ley"<sup>47</sup>

De la lectura de este precepto podemos manifestar los siguiente puntos:

- a) Requisitos y momento en el que el Ministerio Público ejercerá acción penal
- b) Requisitos para el libramiento de orden de aprehensión

a) Para que el Ministerio Público pueda ejercer acción penal, es necesario, probar de modo evidente en primer lugar los elementos esenciales o constantes según el tipo realizado por el activo y en segundo lugar la probable responsabilidad, en los términos del análisis del artículo 168 de este apartado, por lo que una vez acreditado estos requisitos se estará en aptitud de ejercer acción penal

<sup>45</sup> García Ramirez Sergio, *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. Ed Porrúa. México, 1994. p. 161

<sup>46</sup> Sosa Ortiz Alejandro, *Los Elementos del Tipo Penal*. Ed. Porrúa. México. 1999. p. 161

<sup>47</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 10 de enero de 1994, p. 16.

En este sentido el Licenciado Hernández Pliego manifiesta lo siguiente:

"Legalmente el Ministerio Público una vez practicada la averiguación previa, deberá hacer una valoración del material probatorio que recabo en dicho procedimiento penal y a la luz de lo dispuesto por el artículo 16 constitucional determinar si están satisfechos los requisitos, que doctrinalmente se conocen como los presupuestos generales de la acción penal. Esos presupuestos cuya satisfacción procurará el Ministerio Público son: 1) La existencia de una denuncia, acusación o querrela, 2) Que dicha denuncia, acusación o querrela se refiera a hechos que la ley señala como delitos, 3) Que esos delitos tengan señalada en la ley cuando menos pena privativa de libertad, 4) Que existan datos suficientes que acrediten los elementos que integran el tipo penal, y 5) Que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado".<sup>48</sup>

b) En el artículo que se está analizando se hace mención también a los requisitos que se deben reunir para obsequiar una orden de aprehensión, estas se deducen, de lo preceptuado en los artículos 195 del código y 16 constitucional los cuales a continuación se transcribirán:

Artículo 195.-"Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el tribunal librará orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público"<sup>49</sup>

Artículo 16 - "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".<sup>50</sup>

Al momento de ejercitar acción penal el Ministerio Público mediante la consignación, cuando es sin detenido, debe solicitar al juez la orden de aprehensión, el cual a su vez deberá constatar que se reúnan los requisitos establecidos concretamente en el artículo 16 constitucional, que a saber son

- 1.- La existencia de una denuncia o querrela
- 2.- Que la denuncia o querrela se refiera a un delito.
- 3.- Que el delito este sancionado cuando menos con pena privativa de libertad
- 4.- Que haya datos que acrediten el tipo penal y la probable responsabilidad
- 5.- Que solicite la orden el Ministerio Público

---

<sup>48</sup> Hernández pliego Julio A. *Programa de Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Ed Porrúa, México, 1998, p111.

<sup>49</sup> *Código Federal de Procedimientos Penales*, Ed. Sista, México, 1997, p. 44

<sup>50</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 112 edición, Ed. Porrúa, México, 1996, p. 13.

En caso de que no se constate alguno de los requisitos señalados el juez debe de abstenerse de librar la orden de aprehensión.

CAPITULO SEGUNDO

## CAPITULO SEGUNDO

### LA AVERIGUACION PREVIA

Al vulnerarse algún precepto de la ley penal por la comisión de un hecho delictuoso, nace el derecho a castigar del Estado, de la misma forma el Ministerio Público al enterarse de este, tiene la obligación de ejercitar la acción penal y para ello necesita saber en cada caso en particular si esta en aptitud de llevarla acabo o no, esto solamente se logra cuando analiza la situación jurídica que se le presenta al momento de que se le da a conocer la existencia de un delito y en los momentos sucesivos, es decir, durante la averiguación previa, de ahí que en este capítulo y para el tema central del presente trabajo lo dediquemos al análisis de esta figura procesal.

#### 1.- Concepto de Averiguación Previa.

Para poder tener presente que se debe entender por averiguación previa, es necesario, que se aclaren los conceptos de las palabras Averiguación y Previa.

Por la palabra averiguación vamos a entender lo siguiente: "acción y efecto de averiguar"<sup>1</sup>

Como observamos esta definición únicamente nos dice que se trata de una actividad, de un hacer, de la realización de un hecho, concretamente, el hecho de averiguar, por eso, y para entender un poco mejor esto, es necesario también saber el significado del término averiguar

Averiguar: "del latín ad, a, y verificare; de verum, verdadero, y de facere, hacer, inquirir la verdad hasta descubrirla; indagar, investigar".<sup>2</sup>

Así pues, la averiguación consiste en la actividad tendiente a investigar la verdad de una cosa o hecho hasta descubrirlo.

Por otro lado, el diccionario nos indica que la palabra previa tiene el siguiente significado

Previa: "del latín praeivus; anticipado; que sucede primero o va delante".<sup>3</sup>

Haciendo entonces, uso del lenguaje común, podemos decir, que la averiguación previa, es la actividad anticipada tendiente a investigar la verdad de una cosa o hecho hasta descubrirlo.

---

<sup>1</sup>García-Pelayo y Gross Ramón, *Pequeño Larousse Ilustrado*, Ediciones Larousse. p. 95.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p.784.

Desde el punto de vista jurídico y doctrinario tenemos, que hay un sin numero de definiciones de la averiguación previa, por lo que a continuación transcribiremos algunas.

Cesar Augusto Osorio y Nieto nos dice que la averiguación previa es la: "etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar en su caso los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".<sup>4</sup>

A su vez Colín Sánchez señala que: "la Averiguación Previa en un procedimiento encaminado a investigar los delitos, para, en su oportunidad, ejercitar acción penal." "Etapa procedimental en el que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad".<sup>5</sup>

Leopoldo de la Cruz Agüero entiende por averiguación previa: "lo que denomina la prefase del procedimiento penal, un procedimiento sumario administrativo desahogado por el Ministerio Público, ahora con intervención del inculcado y su defensor, etapa en que se deben aportar pruebas necesarias tendientes a la comprobación del delito y la probable responsabilidad del inculcado".<sup>6</sup>

Dice Franco Villa que la averiguación previa: "es la primera etapa del procedimiento penal desarrollada por el ministerio Público, durante la cual practica las diligencias legalmente necesarias para comprobar en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quienes en ella participan a fin de proceder al ejercicio de la acción penal correspondiente a los tribunales competentes".<sup>7</sup>

El Diccionario Jurídico Mexicano nos dice que la averiguación previa es: "la fase que comprende desde la denuncia o querrela (que pone en marcha la investigación) hasta el ejercicio de la acción penal, con la consignación, o en su caso el acuerdo de archivo con la conclusión de la averiguación, o la determinación de reserva, que solamente suspende la averiguación".<sup>8</sup>

Del análisis de las definiciones vertidas con anterioridad observamos que los elementos comunes en todas ellas son las siguientes.

a) A la averiguación previa se le considera como la primera etapa del procedimiento penal,

<sup>4</sup> Osorio y Nieto Cesar A., *La Averiguación Previa*, Séptima edición, Ed. Porrúa, 1994, p. 2.

<sup>5</sup> Colín Sánchez Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Décimo segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 232.

<sup>6</sup> Cruz Agüero Leopoldo de la, *El Término Constitucional y la Probable Responsabilidad*, Ed. Porrúa, México 1999, p 148

<sup>7</sup> Franco Villa José, *El Ministerio Público*, Ed. Porrúa, 1985, p. 150.

<sup>8</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo I, Ed. Porrúa, México, 1998, p.94.

- b) Se inicia con la denuncia o querrela y puede finalizar con el ejercicio de la acción penal, o con el acuerdo de archivo o reserva,
- c) Es llevada a cabo por el Ministerio Público,
- d) En ella se practican una serie de diligencias, y
- e) En esta se acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad

Con esto, estamos en aptitud, ya de dar nuestra propia definición y la cual es la siguiente:

Averiguación Previa etapa del procedimiento penal, base del mismo, durante la cual el Ministerio Público y sus auxiliares al tener conocimiento de un hecho delictuoso mediante la denuncia o la querrela llevan a cabo todas las diligencias tendientes acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para, estar en aptitud de ejercitar acción penal al través de la consignación y en su defecto reservando o archivando el expediente

Considero que esta definición es más completa y actual, toda vez, que como es de observar, en ella se enuncian todos los elementos y requisitos constitutivos de la averiguación previa, así mismo, se emplean términos acordes a la legislación nacional, verbigracia la palabra acreditar

Cabe mencionar que la etapa de averiguación previa ha recibido diversos nombres, tal y como lo señala Jorge Alberto Silva Silva: "para ello se ha considerado su naturaleza jurídica, o las especiales concepciones de sus autores:

Instrucción Administrativa	Sergio Garcia Ramirez
Preparación de la acción	Rivera Silva
Preproceso	González Bustamante
Averiguación fase A	Código Poblano
Fase Indagatoria	Briceño Sierra
Procedimiento Preparatorio y gubernativo	Alcalá Zamora
Indagación preliminar	Florián
Precaución policial	Argentina". <sup>9</sup>

Nosotros, nos acogemos al término de averiguación previa, en virtud, de que es el empleado por el Código Federal de Procedimientos Penales y además de que este cuerpo legal sirve de base para sustentar el presente trabajo.

<sup>9</sup> Silva Silva Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Harla, Mexico, 1990, p. 250.

## 2.- Fundamentos de la Averiguación Previa.

Al ser la averiguación previa una actividad realizada por una autoridad, es decir, por el Ministerio Público, así mismo, tomando en consideración que la ley es el único instrumento que establece derechos y obligaciones tanto para los gobernantes como para los gobernados, mismos que hacen posibles las funciones y relaciones entre ambos, se hace necesario saber en que preceptos legales se establece dicha actividad.

### 2.1.- *Fundamento Constitucional de la Averiguación Previa.*

La base constitucional de la averiguación previa la encontramos dentro de los artículos 16, 19 y 20, por lo que en este apartado es necesario hacer un análisis de los mismos

El artículo 16 constitucional, establece en su segundo párrafo que

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".<sup>10</sup>

Este párrafo hace referencia a los requisitos que se deben reunir para que el juez pueda obsequiar una orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público y que a saber son:

- a) La existencia de una denuncia o querrela,
- b) Que la denuncia o querrela se refieran a un hecho señalado por la ley como delito,
- c) Que el delito sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, y
- d) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Considero que este precepto constitucional, es uno, de los que tiene contemplado el periodo del procedimiento penal llamado averiguación previa, en virtud, de que hace mención expresa en primer lugar a la denuncia y querrela figuras jurídicas que sólo se pueden dar dentro de ella. En segundo lugar el precepto exige como requisito indispensable para poder librarse la orden de aprehensión que haya datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, estos datos, sólo pueden ser conseguidos dentro de la averiguación previa, aunado a esto y tomando en consideración que el Ministerio Público al solicitar la orden de aprehensión tuvo que haber ejercitado la acción

---

<sup>10</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 135 edición. Ed. Porrúa, México, 2001. p. 14.

penal y consecuentemente consignado el expediente, esto implica que debió de haberse agotado la primera etapa del procedimiento penal federal.

Por su parte el artículo 19 constitucional establece lo siguiente:

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 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 bastante para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado".<sup>11</sup>

Este precepto establece, que una vez que el indiciado es puesto a disposición del juez, este, tiene la obligación de resolver su situación jurídica en un plazo de 72 horas a través del auto de término constitucional, mismo que deberá de tener los siguientes requisitos, 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 probable responsabilidad del indiciado, en esta última parte, es donde a nivel constitucional se le reconoce a la averiguación previa como una etapa del procedimiento penal, en virtud, de que para que el juez pueda dictar el auto de término, debe de tomar en cuenta los datos vertidos y actuados en la averiguación previa, esto es, tuvo que haber existido una etapa anterior en la cual se recabaron los datos necesarios (acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad) para que una vez que el juez penal al tener conocimiento (ejercicio de la acción penal y consignación) analizara y confirmara si existe o no el hecho delictuoso

Continuando con el análisis del artículo 19 constitucional, el párrafo tercero establece:

Artículo 19 -"Todo proceso se debe seguir forzosamente por el delito o delitos señalado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deber ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente"<sup>12</sup>

Una vez que ha quedado confirmado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el juez tiene la obligación al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, de señalar el delito o delitos según sea el caso, y si después surgiera que se ha realizado otro delito diferente al señalado en los autos antes mencionados, este deberá ser objeto de otra averiguación es decir, se deduce que el artículo hace alusión de nueva cuenta a la averiguación previa, y es que como señala el artículo, ese nuevo delito ya no podrá ser materia del proceso, en virtud de que ha quedado establecido cual es el delito o delitos por los que se seguirá el proceso y esto implica que la aparición del nuevo hecho delictuoso sea materia de otra averiguación previa.

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>12</sup> *Ibid.*

El Artículo 20 constitucional, a su vez, establece los beneficios de que goza todo procesado, que en términos generales son los siguientes:

- a) El beneficio de obtener la libertad bajo caución,
- b) El beneficio de no ser obligado a declarar en su contra,
- c) La garantía de poder defenderse, para ello tendrá que observarse los siguientes puntos:
  - 1.- Se le hará saber el nombre de su acusador y la naturaleza, y causa de la acusación,
  - 2.- Podrá solicitar ser careado con quienes depongan en su contra,
  - 3.- Le serán recibidas todas las pruebas que ofrezca,
  - 4.- Le serán proporcionados todos los datos que solicite,
  - 5.- Será informado de los derechos que establece a su favor la Constitución, y
  - 6.-Tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza
- d) El beneficio de ser juzgado en audiencia pública, por un juez o jurado,
- e) El beneficio de ser juzgado antes de cuatro meses o un año,
- f) La garantía de no prolongarse la prisión o detención por deudas de carácter civil,  
y
- g) La garantía de computar el término de la detención

Algunos de los beneficios transcritos con anterioridad a favor del inculcado, deberán ser observados en otra etapa del procedimiento penal, tal y como lo establece el artículo 20 constitucional párrafo cuarto, el cual nos permitimos transcribir a continuación.

Artículo 20.- "Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la Averiguación Previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no está sujeto a condición alguna".<sup>13</sup>

Como se observa, este artículo reconoce que dentro del procedimiento penal existe la etapa llamada averiguación previa, al señalar que dentro de ella deberán ser reconocidas las garantías de obtención de libertad bajo caución, el beneficio del indiciado de ofrecer

---

<sup>13</sup> *Ibid.*

pruebas, la garantía de proporcionarle los datos que solicite para su defensa, así cómo, informarle de los derechos que consigan la Constitución a su favor, y por último no podrá ser obligado a declarar en su contra

## *2.2- Fundamento Legal de la Averiguación Previa.*

En tratándose del fundamento de la averiguación previa en la legislación secundaria, es aplicable para el tema que nos ocupa, el Código Federal de Procedimientos Penales, el cual en su articulado contiene un sin número de referencias en torno a esta etapa del procedimiento penal

Así, de manera inmediata el código adjetivo, nos da la base de la averiguación previa en su articulado primero, el cual a la letra dice

Artículo 1 -" El presente código comprende los siguiente procedimientos

I -El de Averiguación Previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción.

II -El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de estos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar.

III -El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que se hubiere cometido y las peculiares del inculpado, así cómo la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.

IV -El de primera instancia, durante la cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva.

V -El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectuarán las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos.

VI -El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas, y

VII -Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos"<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, Ed. Sista, México, 2000, p. 1

Como es de observar, este precepto, establece cuales son las etapas que conforman el procedimiento penal federal, así, en su fracción primera señala que el mismo se inicia y lo conforma la averiguación previa, es decir, este es el fundamento primordial de esta etapa, en virtud, de que a la misma se le reconoce ese rango y dentro del cual el Ministerio Público además debe ceñir sus actividades.

El artículo segundo del mismo ordenamiento legal después de señalar quien es el titular de la averiguación previa, indica cuales son las actividades que debe desempeñar dentro de dicha etapa procedimental, verbigracia, determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal

El artículo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales, establece, cuales son las obligaciones de la Policía Judicial dentro del periodo de la averiguación previa, además de señalar que esta supeditada su actividad al Ministerio Público.

Dentro del Título Primero, Capítulo Segundo, se señalan las formalidades que se deben observar durante todo el procedimiento penal, incluyendo en ella a la averiguación previa; en este capítulo, el único artículo que hace mención expresa de la averiguación previa es el artículo 16 que en su segundo párrafo señala lo siguiente,

Artículo 16 - "A las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculcado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si lo hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetar al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda".<sup>15</sup>

Considero que este artículo enuncia la garantía que tiene el inculcado, la víctima o el ofendido de tener acceso al expediente, para los fines que cada uno crea conveniente, durante la averiguación previa

Para el caso de que durante el procedimiento penal se encontraran con personas que no hablan o entienden el idioma castellano les serán nombrados un traductor a petición de parte o de oficio, lo cual, también es aplicable en la averiguación previa, tal y como lo señala el artículo 28 del Código Federal de Procedimientos Penales

Otro fundamento de la averiguación previa lo encontramos en el Capítulo Cuarto relativo al Despacho de los asuntos, en el cual se menciona que los gastos originados en las diligencias de averiguación previa, las efectuadas por los tribunales a solicitud del Ministerio Público o las decretadas por aquellos de oficio, serán cubiertas por el erario federal, a menos de que las mismas sean solo citadas por el inculcado, porque de ser así los gastos correrán a cargo de él

En el Capítulo Quinto del Título en comento, se establecen, cuales son las correcciones disciplinarias y medios de apremio, que deben ser observados en el procedimiento penal, y para el caso específico de la averiguación previa, el artículo 44

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 11.

señala cuales son esos medios de apremio, empezando por la multa, prosiguiendo con el auxilio de la fuerza pública y finalizando con el arresto hasta por treinta y seis horas.

Por lo que respecta al Capítulo Sexto, relativo a las requisitorias y exhortos, el artículo 45, indica lo siguiente,

Artículo 45.-"Las diligencias de averiguación previa que deban practicarse fuera del lugar en que se esté tramitando alguna averiguación, se encargaran a quien toque desempeñar esas funciones en el lugar donde deban practicarse enviando la averiguación original o un oficio con las inserciones necesarias".<sup>16</sup>

Esto significa que lo relativo a requisitorias y exhortos, es aplicable a la averiguación previa, toda vez, que también en este se le reconoce como etapa del procedimiento penal.

El último precepto que de manera expresa hace alusión a la averiguación previa en este Título, es el artículo 61, que se refiere a la practica del cateo dentro de dicha etapa procedimental, para llevar a cabo esta diligencia el Ministerio Público tiene que acudir a la autoridad judicial competente al efecto de que le sea autorizada dicha actividad

El Título Segundo del Código Federal de Procedimiento Penales, esta dedicado, a la averiguación previa, tan es así, que el mismo lleva este nombre.

El Capítulo Primero del Título en referencia, es relativo a la iniciación del procedimiento, del artículo 113 al 122 se establecen las formas a través de las cuales el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictivo, es decir, por medio de la denuncia o querrela, así mismo indica cuando procede cada una de ellas y en su caso quien es el facultado para presentarlas.

El Capítulo Segundo del Título en comento, enuncia cuales son las reglas para la practica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa, así en los artículos 123 al 133 bis, se establece la forma en la cual el Ministerio Público o los funcionarios auxiliares deben ceñir su actuación, en tratándose de el levantamiento de actas y la practica de las diligencias, verbigracia, el Ministerio Público tiene la facultad de citar a la persona o personas que participen en la averiguación de los hechos o tengan datos sobre los mismos (art. 125 C.F.P.P.).

El Capítulo Tercero, del mismo Título, en sus artículos 134 al 135 bis, trata de la Consignación ante los tribunales, esto implica que una vez que se ha integrado la averiguación previa, es decir, que se hayan acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el Ministerio Público debe estar en aptitud de ejercitar acción penal, la cual será según sea el caso con detenido o sin él

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 16.

Otro Título del Código Federal de Procedimientos Penales que hace mención expresa de la averiguación previa, es el Título Quinto, relativo a las Disposiciones Comunes a la Averiguación Previa y a la Instrucción.

El Capítulo Primero hace referencia a la como probación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado, es decir, se establecen las bases al través de las cuales el Ministerio Público determinara si el indiciado a o no cometido un hecho delictuoso, apoyándose para este fin en las reglas genéricas y específicas, de determinados delitos, verbigracia el delito de lesiones.

El Capítulo Segundo del mismo Título, hace mención a la Huellas del Delito, Aseguramiento de los Instrumentos y objetos del mismo, considero que en este apartado el código haga mención de lo que en la doctrina se conoce como corpus criminis, corpus instrumentorum y corpus probatorium, y de los cuales el Ministerio Público Federal se apoya para integrar el cuerpo del delito.

El Capítulo Tercero, nos habla de la atención médica que deben de recibir los lesionados, esto, para efectos de tener presente en su momento las lesiones a que fue expuesta la víctima, así como para saber su clasificación conforme al Código Penal Federal.

El Capítulo Cuarto del mismo Título es relativo al aseguramiento del inculpado, es decir, se refiere a las formas en que una persona puede ser detenida durante la averiguación previa, a saber son, la flagrancia, la cuasiflagrancia y en casos urgentes.

El Título Sexto, nos habla de la prueba, así en el Capítulo Primero se nos indica cuales son los medios de prueba que pueden ser admitidos, tomando en consideración para estos efectos, lo establecido en el artículo 20 fracción V de la Constitución Federal, es decir, esto, puede ser aplicado por el juez y por el Ministerio Público durante la averiguación previa, ya que este precepto constitucional así lo establece en líneas más adelante, o sea el titular de la acción penal, puede emplear como medios de prueba a la confesión, inspección, pericial, testimonial, confrontación, los careos, la documental y cualquier otro medio de prueba que no este reprobado o sea contrario a la ley.

El Título Decimoprimeros relativo a los incidentes, Sección Primera, Incidentes de Libertad Provisional, ya que sea esta bajo caución o bajo protesta, mismas que pueden ser solicitadas también durante la averiguación previa.

En tratándose de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el artículo octavo de la misma indica que,

Artículo 8 -"La persecución de los delitos del orden federal a que se refiere la fracción V del artículo 2º de esta ley, comprende:

1 - En la Averiguación Previa. . .<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Ed Ediciones Fiscales ISEF. 2000. p. 5.

Al señalar el artículo 2º de la ley la facultad que tiene el Ministerio Público de la Federación de perseguir los delitos y en concordancia con el artículo 8º que precisa las etapas durante las cuales puede desempeñar esta actividad, encontramos que una de ellas es durante la averiguación previa, es decir, este ordenamiento jurídico también es considerado como un fundamento de la misma.

### 3.- La Averiguación Previa y su Titular.

Se ha dicho que la averiguación previa, es una etapa del Procedimiento Penal, al través de la cual se toma conocimiento de un hecho delictuoso para en su oportunidad investigar y acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad para poder así ejercitar acción penal mediante la consignación, pero ¿A quién le esta encomendada esta labor?, el Estado mexicano cuenta para esto con una institución de rango constitucional denominada Ministerio Público, así en este apartado trataremos lo relativo a la misma.

#### 3.1.- Concepto de Ministerio Público.

La palabra Ministerio proviene del latín: "ministerium, que significa cargo, empleo, oficio, profesión".<sup>18</sup> Por su parte el término público deriva del latín: "publicus que significa notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos, aplicase a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, común del pueblo o ciudad"<sup>19</sup>, así, en su acepción gramatical significa cargo ejercido por una autoridad facultada para ello, que es común y sabida por todos.

Desde el punto de vista jurídico, no hay unanimidad con relación al concepto del Ministerio Público, en virtud, de ello pasaremos al análisis de los diferentes conceptos que dan los tratadistas. Así, Franco Villa nos dice: "la Institución del Ministerio Público es una dependencia del Poder Ejecutivo, que tiene a su cargo la representación de la ley y de la causa del bien público que esta atribuida al fiscal ante los tribunales de justicia"<sup>20</sup>

El profesor Marco Antonio Díaz de León, define al Ministerio Público como: "El órgano del Estado encargado de investigar los delitos y ejercitar la acción penal ante el juez o tribunal de lo criminal".<sup>21</sup>

Por su parte, Héctor Fix Zamudio nos indica que el Ministerio Público: "es la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de

<sup>18</sup> *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, Tomo VIII, Ed. Selecciones del Reader's Digest, México, 1978, p. 2465.

<sup>19</sup> *Ibid.*, Tomo, IX, p. 3076.

<sup>20</sup> Franco Villa José, *El Ministerio . . . obr. cit.*, p. 150.

<sup>21</sup> Díaz de León Marco A., *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1986, p. 86.

ausentes, menores e incapacitados, y finalmente como consultor y asesor de los jueces y tribunales".<sup>22</sup>

Colín Sánchez, define al Ministerio Público como: "una institución dependiente del Estado (poder ejecutivo), que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes".<sup>23</sup>

Garduño Garmendia, señala al Ministerio Público como: "el órgano al cual el Estado ha facultado para que, a nombre de éste realice la función persecutoria de los delitos cometidos y en general vigile el estricto cumplimiento de las leyes, en todos, los casos que las mismas le asignan".<sup>24</sup>

Rafael de Pina define al Ministerio Público como el: "Cuerpo de funcionarios que tiene como actividad característica, aunque no única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción, en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el cumplimiento de esta función estatal".<sup>25</sup>

Miguel Fenech señala al Ministerio Público "como una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y resarcimiento, en su caso, en el proceso penal".<sup>26</sup>

De todas las definiciones transcritas con anterioridad podemos decir que los elementos comunes a todas ellas son

- a) Se trata de una institución u órgano del Estado, dependiente del ejecutivo, y
- b) Su función radica en la investigación y persecución de los delitos. en el ejercicio de la acción penal, vigilar el estricto cumplimiento de las leyes, asesora a los jueces y tribunales,

Como es de observarse, estos elementos comunes hacen especial referencia a las funciones del Ministerio Público, por lo que si atendiéramos a todas ellas, nos percataríamos que no son las únicas, toda vez que el mismo realiza otras, por ejemplo, representa al gobierno federal en la celebración de convenios de colaboración a que se refiere el artículo 119 de la Constitución Federal, por eso, considero pertinente emitir una definición que contenga cuando menos las funciones esenciales, de tal manera. que por Ministerio Público vamos a entender lo siguiente:

Ministerio Público, órgano del Estado, dependiente del poder ejecutivo, cuyas funciones consisten en investigar, perseguir los delitos, ejercitar acción penal, velar por el

<sup>22</sup> Fix Zamudio Héctor, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo III, Ed. Porrúa, México, 1998, p 2128.

<sup>23</sup> Colín Sánchez Guillermo, *Derecho Mexicano* . . . obr cit., p 77.

<sup>24</sup> Garduño Garmendia Jorge, *El Ministerio Público en la Investigación de los Delitos*, Primera edición, Ed Limusa, México, 1991, p. 23.

<sup>25</sup> Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, Vigésimo primera edición, Ed. Porrúa, México, 1995, p. 372.

<sup>26</sup> Fenech Miguel, cit. pos., Castillo Soberanes Miguel A., *El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México*, Segunda edición, I IJ. UNAM, México, 1993, p13.

estricto cumplimiento de las leyes, intervenir en negocios judiciales en representación del Estado, de menores, incapaces, ausentes, todo ello, en virtud de su carácter de representante social.

Por lo que respecta, al período de la averiguación previa, el Ministerio Público, es la autoridad dependiente del ejecutivo, que junto con sus auxiliares investiga los delitos de que tiene conocimiento y ejercita acción penal.

Se considera pertinente dar una definición de Ministerio Público durante el período de averiguación previa, toda vez, que las funciones y características del mismo son específicas, por ejemplo, durante esta etapa se auxilia muchas veces de la policía judicial y de los servicios periciales, cosa que no sucede en otras funciones más genéricas

Cabe hacer mención, que lo que en México se conoce con el nombre de Ministerio Público, en otros países, según los distintos sistemas jurídicos reciben varias denominaciones, verbigracia fiscal, ministerio fiscal, procurador fiscal, promotor fiscal, etc.

### *3.2.- Funciones del Ministerio Público.*

Las funciones del Ministerio Público se deducen de lo manifestado por los artículos 20, 21 y 102 de la Constitución Federal, así tenemos, que el Ministerio Público realiza funciones dentro del procedimiento penal y fuera de este, por ende, a continuación pasaremos al estudio de cada una de ellas

#### *3.2.1.- Funciones del Ministerio Público dentro del Procedimiento Penal Federal.*

El artículo 21 de la Constitución Federal establece que

Artículo 21.-"La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato" <sup>27</sup>

Por su parte el artículo 102 constitucional señala:

Artículo 102.-"Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y que por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos". <sup>28</sup>

De la interpretación de estos artículos se deduce que las funciones del Ministerio Público dentro del procedimiento penal en términos generales son dos, la investigación y la persecución de los delitos

---

<sup>27</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, obr. cit., p. 20.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 88.

La función de investigación se da dentro de la etapa de la averiguación previa y la de persecución dentro del proceso penal federal.

Luego entonces, son funciones que corresponden al Ministerio Público Federal dentro de la averiguación previa, las siguientes:

I.- Recibir las denuncias acusaciones o querellas que le presenten en forma oral o, por escrito sobre hechos que puedan constituir delito,

II - Investigar los delitos del orden federal con la ayuda de sus auxiliares,

III.- Practicar las diligencias necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, así como la reparación de daños y perjuicios causados,

IV.- Ordenar la detención, y en su caso, retener a los probables responsables de la comisión de delitos,

V.- Realizar el aseguramiento y tramitación del destino de los instrumentos, objetos y productos del delito,

VI.- Restituir provisionalmente al ofendido en el goce de sus derechos,

VII.- Conceder la libertad a los indiciados,

VIII.- Solicitar al órgano jurisdiccional las órdenes de cateo, las medidas precautorias de embargo, el aseguramiento o el embargo precautorio de bienes, que resulten indispensables para los fines de la Averiguación Previa,

IX - Determinar el no-ejercicio de la acción penal o la reserva, y

X - Acordar y notificar al ofendido o víctima el no-ejercicio de la acción penal.

Por lo que respecta a la etapa del proceso penal federal, al Ministerio Público le corresponde:

I.- Ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional competente,

II - Solicitar al órgano jurisdiccional las ordenes de cateo, las medidas precautorias de arraigo, de aseguramiento o embargo precautorio de bienes,

III.- Solicitar los exhortos,

IV.- Solicitar la constitución de garantías para los efectos de la reparación de los daños y perjuicios, salvo que el inculpado los hubiere garantizado previamente,

V.- Poner a disposición de la autoridad judicial, a las personas detenidas y aprehendidas,

VI.- Aportar pruebas y promover las diligencias conducentes para la debida comprobación de la existencia del delito, las circunstancias en que hubiere sido cometido y las peculiares del inculpado, de la responsabilidad penal, de la existencia de los daños y perjuicios, así como para la fijación del monto de su reparación,

VII.- Formular conclusiones,

VIII.- Solicitar la imposición de las penas y medidas de seguridad que correspondan,

IX.- Impugnar las resoluciones,

X - Prestar asesoría jurídica a la víctima u ofendido,

XI.- Promover que se garantice y haga efectiva la reparación de los daños y perjuicios, y

XII.- Propiciar la eficaz coadyuvancia en el proceso penal.

### 3.2.2.- *Funciones del Ministerio Público fuera del Procedimiento Penal Federal.*

Aun cuando se pudiera pensar que el Ministerio Público tiene como únicas funciones las de investigación y persecución de los delitos, esto no es así, ya que al mismo le están encomendadas otras, el artículo 102 de la Constitución Federal nos indica alguna de ellas.

Artículo 102 - "Incumbe al Ministerio Público de la Federación hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita, intervenir en todo los negocios que la ley determine

El Procurador General de la República intervendrá personal mente en la controversias y acciones a que se refiere al Artículo 105 de esta Constitución.

En todos los negocios en que la Federación fuese parte, en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás en los que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General lo hará por sí o por medio de sus agentes

La función de consejero jurídico del Gobierno, estar a cargo de la dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto establezca la ley"<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> *Ibidem.*

Estas funciones se establecen en forma más detallada en el artículo segundo de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Artículo 2.-"Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I.- Vigilar la observancia de la constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas,

II.- Promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia,

III.- Velar por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia,

IV.- Intervenir ante las autoridades judiciales en todos los negocios en que la Federación sea parte, cuando se afecten sus intereses patrimoniales o tenga interés jurídico, así como en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales,

V.- . . . . .

VI.- Intervenir en el Sistema Nacional de Planeación Democrática, en lo que hace a las materias de su competencia,

VII.- Participar en el Sistema Nacional de Seguridad Pública de conformidad con lo establecido en la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, este ordenamiento y demás disposiciones aplicables,

VIII.- Dar cumplimiento a las leyes así como a los tratados y acuerdos internacionales en los que se prevea la intervención del Gobierno Federal en asuntos concernientes a las atribuciones de la Institución y con la intervención que, en su caso, corresponda a las dependencias de la Administración Públicas Federal,

IX.- Representar al Gobierno Federal en la celebración de convenios de colaboración a que se refiere el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

X.- Convenir con las autoridades complementos de las entidades federativas sobre materias del ámbito de su competencia, y

XI.- Las demás que las leyes determinen".<sup>30</sup>

De esta guisa, podemos señalar que el ministerio Público tiene funciones en el área de Derecho Penal, Derecho Civil, Juicio de garantías, Derechos Humanos, Derecho Familiar, Derecho Internacional Público, así como de consejero, auxiliar y representante del Ejecutivo Federal.

---

<sup>30</sup> Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. *obr. cit.*, p 1.

### 3.2.3.- Principios que rigen las funciones del Ministerio Público.

Las actuaciones del Ministerio Público dentro y fuera del Procedimiento Penal deben ser desarrolladas bajo la observación de determinados principios, los cuales le son inherentes y cuya observancia es indispensable para su buen funcionamiento.

En este sentido Jorge Alberto Silva Silva indica que: "No existe hasta el momento una lista de verdaderos principios científicos, pues los que se han enunciado sólo arrancan de la nueva ley positiva y, por tanto tienen la desgracia de ser tan cambiantes como la ley misma. En este sentido, la lista de principios conocidos responde a la forma de estar organizado y estar funcionando el Ministerio Público en un país determinado, y en un momento dado"<sup>31</sup> Así para este autor considera como principios que atañen al funcionamiento el de Unidad o Jerarquía, Indivisibilidad, Independencia y el de Insustituibilidad

Sergio García Ramírez dice: "Cinco son los principios que la doctrina suele desprender de la ley en cuanto a la fisonomía y actuación del Ministerio Público. De este se dice que es único o jerárquico, indivisible, independiente irrecusable e irresponsable".<sup>32</sup>

Por su parte Colín Sánchez señala al respecto: "En relación con el funcionamiento del Ministerio Público en México, de la doctrina y de la ley se desprenden los siguientes principios esenciales que lo caracterizan es: a) jerárquico, b) indivisible; c) independiente; d) irrecusable"<sup>33</sup>

Franco Villa maneja como principios el de "Unidad, Indivisibilidad, Irrecusabilidad, Imprescindibilidad, de Buena Fe, Oficiosidad, y Legalidad".<sup>34</sup>

Haciendo una labor de recopilación tenemos que son diez los principios que rigen el funcionamiento del Ministerio Público: unidad o jerárquico, indivisibilidad, independencia, insustituibilidad, irrecusabilidad, irresponsabilidad, imprescindible, buena fe, oficiosidad y legalidad.

a) Principio de Unidad o Jerarquía: principio tomado del derecho francés, Le Ministère Public est un, el cual significa que todas las personas físicas que componen la Institución se consideran como miembros de un sólo cuerpo, bajo una sola dirección, es decir, las personas que lo integran no son más que la prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan órdenes de éste. La titularidad en este caso recae en el Procurador.

b) Principio de Indivisibilidad: este principio al igual que el anterior es tomado del derecho francés, Le Ministère Public est indivisible, esto es, cuando el Ministerio Público

<sup>31</sup> Silva Silva Jorge A., *Derecho Procesal* . . . obr. cit., p. 164.

<sup>32</sup> García Ramírez Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Quinta edición. Ed. Porrúa, México, 1989. p. 269.

<sup>33</sup> Colín Sánchez Guillermo, *Derecho Mexicano* . . . obr. cit. p. 96.

<sup>34</sup> Franco Villa José, *El Ministerio* . . . obr. cit., p. 20

actúa no lo hace en nombre propio, sino a nombre de la institución, por tal motivo si cualquiera de ellos se separa o es substituido en su cargo en nada afecta a lo actuado.

c) Principio de Independencia: aunque dentro de la institución hay dependencia entre unos y otros funcionarios de acuerdo al principio de jerarquía, esto no sucede con la institución propiamente dicha, es decir, la independencia se refiere a la autonomía que tiene la misma para desarrollar su labor frente a otros órganos del Estado, verbigracia con el poder judicial.

d) Principio de Insustituibilidad: en palabras de Jorge Alberto Silva Silva este principio significa lo siguiente: "Esta nota o principio se opone al de sustituibilidad o recusabilidad de la institución, que implica la posibilidad de reemplazar o permutar a la institución del Ministerio Público por otra institución diversa".<sup>35</sup> En México no es posible substituir la institución del Ministerio Público, toda vez, de que esta tiene el mando del ejercicio de la acción penal.

e) Principio de Irrecusabilidad: este principio consiste al decir de Franco Villa: "es prerrogativa acordada por la ley al Ministerio Público, porque de no ser así su acción que es incesante, e interesa a la Sociedad, podrá ser frecuentemente entorpecida si al inculpado se le cediera el derecho de recusación; sin embargo los agentes tienen el deber de excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan, cuando exista alguna de las causas de impedimento que la ley señala para la excusa de los Magistrados y jueces".<sup>36</sup>

f) Principio de Irresponsabilidad: la finalidad de este principio es la de proteger al Ministerio Público contra los individuos que el persigue durante el juicio, ya que a estos no se les concede ningún derecho contra los funcionarios que ejercen la acción penal, aun en el caso de que sean absueltos. Sin embargo, ello no significa que su actuar sea llevado a su antojo, ya que de ser así se estará en el supuesto de caer en alguna forma de responsabilidad.

g) Principio de Imprescindibilidad: significa este principio la necesaria presencia o intervención del Ministerio Público en todos y cada uno de los tribunales del ramo penal, lo que trae como consecuencia que todos y cada uno de los actos llevados a cabo le deben ser notificados, en caso de no ser así trae como consecuencia la nulidad de actuaciones.

h) Principio de Buena Fe: se dice que el Ministerio Público es una institución de buena fe. en virtud de que a esta institución le esta conferida la función de investigar y perseguir los delitos, dentro del marco legal de las garantías individuales y los derechos humanos

i) Principio de Oficiosidad: este principio impone la obligación al Ministerio Público de realizar todas y cada una de las diligencias necesarias tendientes a investigar y perseguir los delitos una vez que ha tenido conocimiento del hecho delictuoso a través de la denuncia o querrela.

<sup>35</sup> Silva Jorge A., *Derecho Procesal* . . . obr cit . p. 167.

<sup>36</sup> Franco Villa José, *El Ministerio* . . . obr cit . p. 23

j) Principio de Legalidad: otro principio a través del cual el Ministerio Público debe ajustar sus actuaciones, es el de legalidad, es decir, que las mismas deben de estar apegadas a lo preceptuado en las leyes, lo que implica, que no debe haber otro tipo de intereses que puedan perjudicar y alterar su normal desarrollo.

#### 4.- Desarrollo de la Averiguación Previa.

En este apartado realizaremos el estudio y análisis de la forma a través del cual la averiguación previa se desarrolla, desde su inicio, pasando por las diligencias que se deben practicar, hasta el momento en que finaliza.

##### 4.1.- Inicio de la Averiguación Previa.

La averiguación previa inicia en el momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso, es decir, al través de la noticia criminis, la cual puede ser en forma directa, por medio de los particulares, por la policía, por los servidores públicos, o por medio de la acusación o querrela, esto es, para que la averiguación previa pueda iniciarse, es necesario que se cumplan con ciertos requisitos comúnmente llamados requisitos de procedibilidad.

##### 4.1.1.- Requisitos de procedibilidad.

Para García Ramírez los requisitos de procedibilidad son las "condiciones o supuestos que es preciso llenar para que inicie jurídicamente el procedimiento penal"<sup>37</sup>

Colín Sánchez nos dice que: "los requisitos de procedibilidad son condiciones que legalmente deben de satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma determinada de Derecho Penal".<sup>38</sup>

Manuel Rivera Silva manifiesta, lo siguiente: "La iniciación de la investigación, esta regida por lo que bien podría llamarse Principios de requisitos de iniciación, en cuanto no se deja a la iniciativa del órgano investigador el comienzo de la misma investigación sino que para que dicho comienzo, se necesita la reunión de requisitos fijados en la ley"<sup>39</sup>

Cesar Augusto Osorio y Nieto indica que: "Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal en contra del responsable de la conducta típica"<sup>40</sup>

<sup>37</sup> García Ramírez Sergio, *Curso . . . , obr. cit., p. 336.*

<sup>38</sup> Colín Sánchez Guillermo, *Derecho Mexicano . . . , obr. cit., p. 238.*

<sup>39</sup> Rivera Silva Manuel, *El Procedimiento Penal*, Vigésimo quinta edición, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 42.

<sup>40</sup> Osorio y Nieto Cesar A., *La Averiguación . . . , obr. cit., p. 7.*

Del artículo 16 de la Constitución Federal se deducen como requisitos de procedibilidad para que se pueda dar inicio a la averiguación previa, a la denuncia y la querrela

#### 4.1.1.1.- La Denuncia.

Para Osorio y Nieto la denuncia: "Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio"<sup>41</sup>

Nos dice Silva Silva que la denuncia consiste: "en dar a conocer o informar acerca de un hecho que supuestamente es delictuoso o de quién es su autor"<sup>42</sup>

Según Julio A Hernández Pliego: "La denuncia, constituye la llamada noticia criminis, que es la forma más usual por la que llega a conocimiento del Ministerio Público, la existencia de un hecho posiblemente delictivo, cuya investigación oficiosa, entonces se vuelve obligatoria".<sup>43</sup>

Franco Villa establece que: "La denuncia es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que esta tenga conocimiento de ellos".<sup>44</sup>

En opinión de Carlos Franco Sodi: "la denuncia es el modo, obligatorio para toda persona de poner en conocimiento de la autoridad competente la existencia de los delitos de que sepa y serán perseguibles de oficio".<sup>45</sup>

Por su parte Manuel Rivera Silva nos indica que: "La Denuncia es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos".<sup>46</sup>

Leopoldo de la Cruz Agüero señala que: "la denuncia constituye un acto por medio del cual se hace saber a la autoridad, ya sea por escrito o por comparecencia personal, de la existencia de un hecho delictuoso para que la autoridad correspondiente proceda a su investigación"<sup>47</sup>

De las diferentes definiciones transcritas con anterioridad deducimos que los elementos que integran la denuncia son los siguientes:

- a) Se trata de un acto comunicativo o informativo,

---

<sup>41</sup> *Ibidem*

<sup>42</sup> Silva Silva Jorge A., *Derecho Procesal* . . . , obr. cit., p. 246.

<sup>43</sup> Hernández Pliego Julio A., *Programa de Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Ed Porrúa, México, 1998, p. 91

<sup>44</sup> Franco Villa José, *El Ministerio* . . . , obr. cit., p. 162.

<sup>45</sup> Franco Sodi Carlos, *El Procedimiento Penal Mexicano*, Tercera edición, Ed. Porrúa, México, 1946, p. 126.

<sup>46</sup> Rivera Silva Manuel, *El Procedimiento* . . . , obr. cit., p. 98.

<sup>47</sup> Cruz Agüero Leopoldo de la, *El Término* . . . , obr. cit., p. 151.

- b) El contenido de la información es la de un posible hecho delictuoso,
- c) El acto de información puede ser llevada a cabo por cualquier persona.
- d) Puede ser formulada de manera escrita o verbal,
- e) La autoridad investigadora es la que toma conocimiento de los hechos delictuosos, y
- f) El hecho delictuoso debe tratarse de los que se persiguen de oficio

Se dice que es un acto comunicativo o informativo, toda vez, que al través de él se da la noticia del delito. El contenido de la noticia debe de ser de un posible hecho delictuoso, y no de cualquier hecho

Esta información puede ser llevada a cabo por cualquier persona, es decir, por la víctima, el ofendido, o un tercero, en este sentido el código no maneja una calidad específica en relación con el denunciante

La denuncia puede ser formulada de manera verbal o escrita, ya que así lo establece el artículo 118 del Código Federal de Procedimientos Penales

La autoridad que toma conocimiento de la denuncia puede ser directamente el Ministerio Público o en su defecto los auxiliares de este o cualquier otra autoridad, los cuales están obligados a comunicar inmediatamente aquél de la probable existencia del delito, de conformidad con lo señalado por los artículos 2, Fracc I, 3 Fracc I, 117 del Código Federal de Procedimientos Penales

Que el hecho delictuoso deba de ser de aquellos que son perseguibles de oficio, significa que el Ministerio Público una vez que tiene conocimiento del mismo, tiene la obligación de investigar y perseguir el hecho, toda vez, que dada la propia naturaleza del delito a la sociedad lo que le interesa es que el mismo sea castigado o como dice García Ramírez y Adato de Ibarra "Se considera que la persecución mediante denuncia o sea de oficio constituye el dato contemporáneo en la evolución jurídica, como efecto de la continuada asunción de las tareas persecutorias por parte del Estado".<sup>48</sup>

#### 4.1.1.2.- *La Querrela.*

Otro de los requisitos de procedibilidad al través del cual se puede dar inicio la Averiguación Previa es el denominado querrela

<sup>48</sup> García Ramírez Sergio, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Octava edición, Ed Porrúa, México, 1999, p. 34.

Carlos Franco Sodi nos dice que la querrela: "es el medio legal que tiene el ofendido para poner en conocimiento de la autoridad, los delitos de que ha sido víctima y que sólo pueden perseguirse con su voluntad y, además, dar a conocer su deseo de que se persiga".<sup>49</sup>

Arilla Bas Fernando define a la querrela; "como la imputación de la perpetración de un delito hecha por el ofendido a personas determinadas, pidiendo se les sancione penalmente".<sup>50</sup>

Osorio y Nieto señala que: "La querrela puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la Averiguación Previa correspondiente y en su caso ejercite acción penal".<sup>51</sup>

En opinión de Franco Villa: "La querrela se puede definir, como la relación de hechos, expuesta por el ofendido ante en Órgano Investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito".<sup>52</sup>

Según Colín Sánchez: "La querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido".<sup>53</sup>

De estos conceptos podemos señalar como elementos comunes en todos ellos los siguientes.

- a) Es un acto comunicativo o de información,
- b) El contenido de la información debe referirse a un hecho delictuoso,
- c) El acto de información debe ser llevado a cabo por la víctima u ofendido,
- d) Puede ser formulada de manera verbal o escrita,
- e) La autoridad investigadora es la que toma conocimiento de los hechos delictuosos, y
- f) El hecho delictuoso debe tratarse de los que se persiguen a petición de parte

Por lo que respecta a los incisos a, b, d y e es aplicable lo manifestado en torno a la denuncia

---

<sup>49</sup> Franco Sodi Carlos. *El Procedimiento* . . . obr. cit., p. 127

<sup>50</sup> Arilla Bas Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, Cuarta edición. Ed. Mexicanos Unidos, México. 1973 p. 59

<sup>51</sup> Osorio y Nieto Cesar A. *La Averiguación* . . . obr. cit. p. 7

<sup>52</sup> Franco Villa José. *El Ministerio* . . . obr. cit., p. 173.

<sup>53</sup> Colín Sánchez Guillermo. *Derecho Mexicano* . . . obr. cit., p. 240.

Que el acto de información sea llevado a cabo por la víctima u el ofendido, significa, que la ley exige en estos casos una calidad específica en la persona que ha de dar a conocer la existencia de un delito, esto es, no puede ser cualquier persona, sino aquella que directa e indirectamente sufre una lesión o un peligro por el delito perpetrado; así verbigracia, en tratándose en el caso de personas morales, la ley exige que la persona que interponga la querrela sea apoderado general y tenga un poder para pleitos y cobranzas con cláusula especial para formular querellas (artículo 120 del C.F.P.P.).

Los hechos delictuosos deben de ser aquellos que se persiguen a petición de parte, es decir, la ley deja al arbitrio de la víctima o el ofendido la investigación y persecución de los delitos, y esto es así, toda vez que la ley los faculta a que en determinado momento si así lo desea otorgue el perdón al delincuente y con esto se extinga la acción penal, en estos casos predomina el interés particular sobre el interés general.

#### *4.2.- Diligencias Básicas para la Integración de la Averiguación Previa.*

En este apartado se toca lo relativo a las diligencias que realiza el Ministerio Público desde que tiene conocimiento del hecho delictuoso, hasta que culmina su labor en esta etapa procesal.

##### *4.2.1.- Medidas y providencias que toma el Ministerio Público al tener conocimiento del hecho delictuoso.*

Las primeras diligencias que realiza el Ministerio Público Federal están plasmadas en el primer párrafo del artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales

Artículo 123.-"Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictaran todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas, impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber que personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante" <sup>54</sup>

Es lógico que al tener conocimiento el Ministerio Público Federal de la comisión de un hecho delictuoso, tome las medidas y providencias necesarias para que en su momento integre debidamente la averiguación previa, si esto no fuera así, la averiguación previa no tendría razón de ser, por eso el legislador impuso la obligación al Ministerio Público para que de manera inmediata al tener conocimiento del hecho delictuoso tome las medidas y providencias necesarias. por eso Briseño Sierra al tratar este punto manifiesta lo siguiente:

---

<sup>54</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, *obr. cit.*, p. 27.

"Todas las medidas tienen el común denominador de la precautoriedad"<sup>55</sup>, insisto esto es con el fin de que más adelante el Ministerio Público integre bien la averiguación previa.

Así las medidas y providencias que el Ministerio Público de tener en cuenta al tener conocimiento del hecho delictuoso son las siguientes:

- a) Proporcionamiento de seguridad y auxilio a las víctimas,
- b) Medidas para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efecto del mismo,
- c) Saber que personas fueron testigos,
- d) Medidas para evitar que se sigan cometiendo el delito, y
- e) Medidas y providencias para proceder a la detención de las personas que intervinieron en la comisión del delito, cuando este sea flagrante

Cabe aclarar que estas medidas y providencias, no son aplicables, únicamente para delitos que se persiguen de oficio, sino que también deben ser tomadas en cuenta para aquellos que se persiguen a petición de parte, ya que así lo manifiesta el artículo en comento en su segundo párrafo

#### 4.2.2.- Levantamiento del Acta.

Una vez que se han dictado las medidas y providencias necesarias, se procederá a levantar el acta correspondiente, así lo manifiesta el artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Artículo 124 -"En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos, el nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos de cuyos dichos sean más importantes y la del inculpado, si se encontrase presente, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenece, en su caso: la descripción de lo que haya sido de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar, el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellas intervengan, las medidas y providencias que en ellas se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar"<sup>56</sup>

La diligencia que se establece en este precepto consiste en el acto formal de plasmar en el acta las diligencias básicas practicadas por el Ministerio Público Federal y sus

<sup>55</sup> Briseño Sierra Humberto, *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*, Ed. Trillas, México, 1991, p. 134.

<sup>56</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, *obr. cit.* p. 27

auxiliares, esto, se hace con la finalidad de que quede constancia por escrito de dichas diligencias y así se tengan los fundamentos para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

En este sentido Osorio y Nieto manifiesta que la averiguación previa: "En tanto que expediente es definible como el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador tendiente a comprobar en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal".<sup>57</sup>

No comparto esta idea, toda vez, que la averiguación previa, es una etapa del procedimiento penal, la actividad consistente en averiguar y acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, que dentro de ella se tenga que hacer constar por escrito las diligencias practicadas por el Ministerio Público y sus auxiliares, no significa que la averiguación por este hecho deba de ser tomada como documento, por eso, el legislador empleo acertadamente los términos levantar el acta, que en el lenguaje común significan hacer constar por escrito en un papel

#### *4.2.2.1.- Diligencias que debe contener el Acta de Averiguación.*

El artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, una vez que nos indica el levantamiento de acta correspondiente, nos dice también que diligencias deben quedar plasmadas en dicha acta, estas diligencias son las que comúnmente efectúa el Ministerio Público para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, es decir, son aplicables a los delitos en general. Por otro lado es preciso señalar que una cosa es el levantamiento del acta y otra las diligencias que deben constar en la misma, ambas son diligencias, pero para que la segunda pueda constar en la primera, es necesario que aquella se efectúe, por eso, a continuación trataremos de explicar cada una de ellas

a) La hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos.

La primera diligencia que se le impone al Ministerio Público Federal, consiste en que debe tomar en consideración el tiempo y el modo al tener conocimiento del hecho delictuoso, esto es, el acta de averiguación previa debe iniciar con la hora en que se tuvo conocimiento del hecho, así como la forma al través del cual se tuvo conocimiento del mismo, es decir, por medio de la querrela o denuncia, esto debe ser así, ya que en el acta se debe observar una estructura ordenada y coherente a fin de la debida integración de la misma.

Por otro lado es de observarse que el código no exige como requisito para el inicio el factor espacio, aun y cuando esto sea así, el Ministerio Público tiene la obligación de asentar el lugar en donde este haya tomado conocimiento del hecho, que por lo regular es aquel donde se encuentran ubicadas las subdelegaciones regionales.

b) Declaración del denunciante o querellante.

---

<sup>57</sup> Osorio y Nieto Cesar A., *La Averiguación* . . . , obr. cit., p. 2

Otra diligencia que debe llevar a cabo el Ministerio Público Federal consiste en tomar la declaración a la persona que dio aviso del hecho delictuoso, para esto Cesar Augusto Osorio y Nieto nos dice que la declaración: "Es la relación que hace una persona acerca de determinados hechos, personas o circunstancias vinculadas con la averiguación y que se incorpora a la misma".<sup>58</sup>

La persona que deba declarar puede ser la víctima, el ofendido o un tercero de acuerdo a la forma en que se persigue el delito, es decir, sea de oficio o por querrela. Antes de que la víctima, ofendido o tercero empiecen a declarar, se les debe tomar protesta de conducirse con verdad en las diligencias en que intervendrán, esto se hace, en virtud de que mucha gente denuncia o se querrela, cuando realmente no hay hechos constitutivos de delito, originando con ello una afectación al presunto responsable y cargando de trabajo a los funcionarios de la persecución y administración de justicia. En seguida se le tomaran sus generales comenzando por su nombre, lugar de nacimiento, edad, estado civil, domicilio, instrucción, ocupación, vicios, religión, teléfono, una vez hecho esto, se le invitara a que narre los hechos de manera concreta.

#### c) Declaración de testigos.

Muchas veces al efectuarse un hecho delictuoso, hay personas que presencian el mismo, a estas personas se les conoce con el nombre de testigo. Para Colín Sánchez. "testigo es toda persona física que manifiesta ante los órganos de justicia lo que consta (por haberlo percibido a través de los sentidos), en relación con la conducta o hecho que se investiga".<sup>59</sup>

Al igual que la declaración del denunciante o querellante al testigo se le protestara haciéndole saber las personas en que incurren los que declaran falsamente, para que estas se conduzcan con verdad en las diligencias en que tengan intervención. Posteriormente se les tomaran sus generales, comenzando con el nombre, lugar de nacimiento, edad, estado civil, domicilio, ocupación, vicios, religión, teléfono, inmediatamente se le invitara a narrar los hechos

Cabe hacer mención por último que todo testigo esta obligado a declarar en relación con los hechos que se investigan (art. 242 del C.F.P.P.)

#### d) Declaración del Inculpado.

En orden cronológico nos sigue diciendo el artículo 124 del multicitado código procesal que corresponde ahora tomarle la declaración al inculpado, esto es así, cuando al inculpado se le ha detenido en flagrancia, casos urgentes, o en tratándose de la cuasiflagrancia, cuando es citado a declarar ante la mesa de trámite, en virtud, de que el mismo no fue detenido en ninguna de las formas antes mencionadas.

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>59</sup> Colín Sánchez Guillermo. *Derecho Mexicano . . . obr. cit .* p. 347.

Para que el imputado pueda declarar considero que se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 128 del código de referencia, así como, lo preceptuado por el artículo 20 de la Constitución Federal, esto es antes de declarar, el Ministerio Público le hará saber, la imputación que existe en su contra, el nombre del denunciante, o querellante, no declarara si así lo desea, tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, en caso contrario se le designara defensor de oficio, que su defensor debe comparecer en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación; que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa que constan en el acta de averiguación previa; que le serán recibidas todas las pruebas que ofrezca; que se le conceda su libertad inmediatamente, cuando así lo solicite, siempre y cuando caucione, y no se trate de delitos graves así calificados por la ley, que le será designado un traductor cuando así se requiera, ya sea porque esté sea indígena o extranjero, o no entienda bien el castellano.

Una vez que se le ha hecho saber esto al inculpado se le exhortara para que se conduzca con verdad en las diligencias en que intervendrá, no se le protesta, ya que el inculpado podrá hasta mentir en favor de su defensa. en otras palabras y de ser así, su conducta no será típica del delito de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, ya que insisto, todo hombre por naturaleza y ante una situación así busca todas las formas de defenderse al grado de mentir.

En seguida se le tomaran sus generales, nombre, alias (si tiene), lugar de nacimiento, edad, estado civil, domicilio, instrucción, ocupación, vicios, religión, teléfono, y una vez hecho esto se le invitara a que narre los hechos, lo cual puede o no hacer según como ya a quedado manifestado anteriormente, en caso de no hacerlo el Ministerio Público hará constar dicha situación en el acta.

#### e) Inspección ocular.

De conformidad con al lectura del artículo 124 del código en mención, corresponderá al Ministerio Público Federal practicar la diligencia de inspección ocular, para esto, nos dice Julio A. Hernández Pliego "Podemos definirla (la inspección) como la percepción, examen y descripción, directamente por parte de la autoridad, de personas, cosas, lugares, huellas y otros efectos materiales del delito, considerando que la ley procesal autoriza inspeccionar todo aquello que pueda ser apreciado por la autoridad que conozca del caso".<sup>60</sup>

En este sentido, cabe hacer la observación, en relación a que una cosa es la inspección y otra la inspección ocular, esta es la que se lleva al través de la vista, aquella se efectúa por medio de los sentidos, es decir, puede ser a través del tacto, oído, etc

La inspección puede versar sobre todo aquello que pueda ser apreciado por la autoridad que conozca del asunto, en el caso de la averiguación previa, es a través, del Ministerio Público, en este sentido nos dice Osorio y Nieto al hablar de la Inspección Ministerial: "Es la actividad realizada por el Ministerio Público que tiene por objeto la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos, cadáveres y efectos de los

<sup>60</sup> Hernández Pliego Julio A. *Programa . . . obr. cit .* p. 221.

hechos, para obtener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o hecho, con el fin de integrar la averiguación".<sup>61</sup>

#### f) Diligencias efectuadas por la policía judicial y servicios periciales

Otras diligencias básicas para la debida integración de la averiguación previa son las efectuadas por la policía judicial y servicios periciales, ya sea porque se necesitan conocimientos técnicos en una área específica o porque se necesite localizar y presentar a las personas relacionadas con la averiguación.

#### 4.3.- Determinaciones que pueden darse a las diligencias de Averiguación Previa.

De la actividad investigadora efectuada por el Ministerio Público durante la averiguación previa, se puede arribar a diversas determinaciones, a saber, el ejercicio de la acción penal o el no ejercicio de la acción penal.

##### 4.3.1.- Ejercicio de la acción penal.

Una de las formas por medio de las cuales se puede concluir la etapa de averiguación previa es al través de la determinación del ejercicio de la acción penal, pero, ¿Qué debemos entender por acción penal?

En opinión de Cesar Augusto Osorio y Nieto: "La acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto".<sup>62</sup>

Para Julio A. Hernández Pliego la acción penal la conceptúa. "Como el poder deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público y que se manifiesta cuando este excita al órgano de la jurisdicción, para que en su caso concreto, resuelva el conflicto de intereses que se le plantea, mediante la aplicación de la ley. ello con la finalidad de lograr la permanencia del orden social".<sup>63</sup>

Franco Villa nos dice: "La acción penal es la función persecutoria desarrollada por el Ministerio Público, consistente en investigar los delitos buscando y reuniendo los elementos necesarios y haciendo las gestiones pertinentes para procurar que los autores de ellos se les aplique las consecuencias establecidas en la ley".<sup>64</sup>

Leopoldo de la Cruz Agüero señala: "Se considera a la acción penal como el derecho que incumbe al Ministerio Público en sus funciones como Representante de la Sociedad, derecho que ejercita ante los órganos jurisdiccionales, en la primera fase del

<sup>61</sup> Osorio y Nieto Cesar A., *La Averiguación* ... obr. cit. p. 14.

<sup>62</sup> *Ibid* . p. 23.

<sup>63</sup> Hernández Pliego Julio A., *Programa* ... obr. cit. p. 126.

<sup>64</sup> Franco Villa José., *El Ministerio* ... obr. cit. p. 79.

procedimiento penal, solicitando se radique la causa en contra de un presunto responsable y se decrete la correspondiente orden de aprehensión o captura, en su oportunidad el auto de formal prisión y seguida la secuela procedimental se le condene a la pena privativa de la libertad a que haya lugar y a la reparación del daño".<sup>65</sup>

De esta guisa consideramos a la acción penal como la facultad y obligación concedida e impuesta al Ministerio Público para solicitarle al juez se apliquen las penas correspondientes al autor del hecho criminoso.

Por otro lado, el ejercicio de la acción penal, es la determinación que toma el Ministerio Público, una vez que ha practicado todas las diligencias, y al través de estas se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado

Considero como presupuestos necesarios para poder dictar esta determinación los siguientes

- a) Que haya una denuncia o querrela,
- b) Que la denuncia o querrela se trate de un hecho delictuoso,
- c) Que se acredite el cuerpo del delito, y
- d) Que se acredite la probable responsabilidad.

Ahora bien, la acción penal se ejerce al través de la consignación, "Acto procesal (nos dice Colín Sánchez), a través del cual, el representante del Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo a disposición del juez las diligencias o al indiciado, en su caso, iniciando con ello el proceso penal judicial"<sup>66</sup>

Osorio y Nieto nos dice que: "La consignación es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que se efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso".<sup>67</sup>

En opinión de Franco Villa la consignación de la averiguación previa es "la determinación del Ministerio Público, a través de la cual ejercita la acción penal, teniendo como presupuesto la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, para que se aplique la ley a caso concreto y resuelvan si hay fundamento o no para seguir un proceso en su contra".<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Cruz Agüero Leopoldo de la. *El Término* . . . obr. cit . p. 166.

<sup>66</sup> Colín Sánchez Guillermo. *Derecho Mexicano* . . . obr. cit . p. 261.

<sup>67</sup> Osorio y Nieto Cesar A. *La Averiguación* . . . obr. cit., p. 26.

<sup>68</sup> Franco Villa José. *El Ministerio* . . . obr. cit . p. 238.

De estos conceptos podemos señalar como elementos característicos de la consignación los siguientes:

- a) Se trata de un acto procesal, es decir, de una determinación,
- b) Se efectúa una vez que esta integrada la Averiguación Previa,
- c) A través de él se ejercita la acción penal, y
- d) A través de él se pone a disposición del juez, las diligencias, las cosas, las personas relacionadas con el hecho criminoso.

Lo importante en esto, es que, la consignación se puede llevar al cabo con persona o sin ella.

La consignación con detenido, tiene lugar cuando, el sujeto activo del delito, es detenido, en el momento de estar cometiendo el delito, en el caso de la cuasiflagancia y en casos urgentes, en estos supuestos el Ministerio Público Federal, tiene un lapso de 48 horas y o de 96 para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ya que así lo establece el artículo 16 constitucional párrafo octavo que a la letra dice,

Artículo 16 -"Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal"<sup>69</sup>

La consignación sin detenido, tiene lugar cuando el sujeto activo no es detenido en flagrancia, cuasiflagancia o casos urgentes, sin embargo, el Ministerio Público, en tratándose de estos casos, tiene la obligación de practicar todas las diligencias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, cabe señalar que ni la Constitución Federal ni la ley secundaria manifiestan el tiempo dentro del cual el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal

Por otro lado, como no hay detenido el Ministerio Público Federal en el pliego de consignación solicitará al juez la orden de aprehensión o de comparecencia según sea el caso.

#### *4.3.2.- No ejercicio de la acción penal.*

El no ejercicio de la acción penal, es otra de las resoluciones que se dictan una vez que el Ministerio Público ha practicado las diligencias tendientes a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad

---

<sup>69</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *obr. cit.*, p. 14.

A) no ejercicio de la acción penal se le conoce también con el nombre de archivo.

En el artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales se establecen los supuestos por los cuales no se ejercita acción penal.

Artículo 137 -"El Ministerio Público no ejercitará la acción penal

I.- Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delitos, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal,

II.- Cuando se acredite plenamente que el imputado no tuvo participación en la conducta o hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél,

III.- Cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable,

IV - Cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal, y

V.- Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal".<sup>70</sup>

Analizando el precepto antes citado tenemos que el no ejercicio de la acción penal tiene lugar cuando.

a) La conducta del agente no encuadra dentro del tipo penal analizado por el Ministerio Público, esto es, cuando hay atipicidad.

b) El indiciado no participo en los hechos punibles, como autor o participe de acuerdo al artículo 13 del Código Penal Federal,

c) Resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos delictuosos por obstáculo material insuperable, se trata de una verdadera imposibilidad, no de una simple dificultad, de un obstáculo material y no jurídico, que no pueda ser superado en absoluto.

d) Se haya extinguido la responsabilidad penal, ya sea ,por muerte del indiciado, perdón del ofendido y por prescripción, y

e) Se verifique plenamente que el indiciado actuó en circunstancias que excluyen el delito, es decir, cuando, el hecho se realizo sin la voluntad del agente, se actuó con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, en el caso de la legitima defensa, en el estado de necesidad, en el cumplimiento de un deber, en el ejercicio de un derecho; en el caso de la inimputabilidad, en el caso del error invencible, cuando el resultado típico se realiza por caso fortuito, en los casos de no

---

<sup>70</sup> Código Federal de Procedimientos Penales. *obr. cit.* p. 32

exigibilidad de otra conducta, de acuerdo con el artículo 15 del Código Penal Federal

Cabe señalar que el no ejercicio de la acción penal es una determinación con carácter definitivo, es decir, una vez dictado, ya no se podrá investigar nuevamente sobre los hechos, así lo establece el artículo 139 del Código Federal de Procedimientos Penales

Artículo 139 -"Las resoluciones que se dicten en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, producirán el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que la motiven".<sup>71</sup>

### 1.3.3.- La reserva

Otra determinación que emite el Ministerio Público, es la denominada reserva, la cual tiene lugar cuando de las diligencias realizadas por el Ministerio Público, durante la averiguación previa, no se ha podido acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, en virtud de que faltan diligencias por realizar por causas materiales o jurídicas superables

"La reserva (nos dice Osorio y Nieto) de actuaciones tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar más diligencias y no se han integrado los elementos del tipo penal y por ende la probable responsabilidad, o bien cuando habiéndose integrado los elementos del tipo penal no es posible atribuir la probable responsabilidad a persona determinada".<sup>72</sup>

En este sentido el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que:

Artículo 131 -"Si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entretanto se ordenara a la policía que haga las investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos".<sup>73</sup>

Son elementos necesarios para que el Ministerio Público pueda dictar la resolución de reserva los siguientes

- a) Que se hayan dado los requisitos de procedibilidad,
- b) Que la denuncia o querrela se traten de hechos delictuosos.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>72</sup> Osorio y Nieto Cesar A *La averiguación* *obr cit.* p 22

<sup>73</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, *obr cit.* p 29

c) Que se hayan practicado las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad,

d) Que haya la probabilidad de allegarse de nuevos datos para la debida integración de la averiguación previa, y

e) Que no exista obstáculo insuperable para allegarse de los nuevos datos.

La resolución de reserva no posee efectos conclusivos, por eso, el Ministerio Público Federal debe reservar los expedientes, para ordenar, la reanudación de las investigaciones

CAPITULO TERCERO

## CAPITULO TERCERO

### EL DELITO

A partir de las primeras agrupaciones humanas, es decir, desde que la sociedad existe como tal, el ser humano conoce el fenómeno de la criminalidad. En todo los grupos sociales hubo, hay y habrá individuos que atenten o pongan en peligro valores que la mayoría considera fundamentales y dignos de respeto para mantener el orden social, a esas conductas atentatorias se les viene conociendo como delito o crimen. No hay sociedad que no este exenta de tal fenómeno, por eso, el mismo ha sido objeto de estudio de varias disciplinas científicas que lo analizan y tratan de entenderlo, y eso es precisamente lo que se hará en el presente capítulo.

#### 1.- Noción de Delito.

Nos dice Raúl Carranca y Trujillo. “estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independientemente de tiempo lugar. La ineficacia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y, épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico-política”<sup>1</sup>

Posiblemente no se pueda dar una definición de delito, pero ello no es obstáculo para poder saber la forma en que se concibe al delito en el pasado y en el presente.

#### 1.1.- Noción de Delito en la Escuela Clásica.

La Escuela Clásica concebía al delito como un ente jurídico, y es que su máximo exponente así lo manifestó al dar la definición del mismo, “La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”<sup>2</sup>, esto era lo que significaba para Francisco Carrara el delito.

Al analizar su propia definición Francisco Carrara dice “es la infracción a la ley, porque un acto se convierte únicamente en delito cuando choca contra ella; pero que no se

<sup>1</sup> Carranca y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Segunda Edición. Antigua Librería Robredo de Juan. México, México, p. 188

<sup>2</sup> Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Trigésima novena edición. Ed. Porrúa, México, 1998, p. 125.

confunda con el vicio que es el abandono de la ley moral, y con el pecado, que es la violación de la ley divina; se afirma que es la ley del Estado, promulgada a los ciudadanos, porque sin ello no sería obligatoria; se consigna que es para proteger la seguridad, para que resulte manifiesta la idea especial del delito que no esté en transgredir las leyes que protegen los intereses patrimoniales, violadas por el mero incumplimiento de una obligación civil; ni en el quebrantamiento de las que promueven la prosperidad del Estado, que originaría una trasgresión, pero no un delito, que reside en la agresión a la seguridad pública no menos que la privada (por eso se dice de los y no de un ciudadano), y para expresar suficientemente la idea de la tutela general que preside a la ley punitiva, necesaria para proteger el derecho; se considera resultante de un acto externo, porque las opiniones, deseos, y pensamientos se sustraen al dominio de la ley penal; se dice del hombre, porque sólo él puede ser sujeto activo del delito; figura en la definición que ese acto puede ser positivo o negativo, para abarcar acciones y omisiones; consta que ha de estimarse moralmente imputable, porque el hombre está sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral, y la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política; finalmente, se añade después de la fórmula políticamente dañosa, para explicar mejor la idea que ya se contiene en la definición de las palabras seguridad de los ciudadanos, y que consiste en la opinión de la seguridad, presentando así el daño mediato además del inmediato”.<sup>3</sup>

En términos generales podemos decir que la definición se compone de dos elementos, uno físico y uno moral

Orellana Wiarco nos dice que: “la fuerza moral para Carrara consiste en la voluntad inteligente del hombre. La fuerza física, o elemento externo, nace del movimiento corporal o de su ausencia que ser efectivo potencial”.<sup>4</sup>

Esto significa que en esta definición podríamos ver ya los aspectos positivos del delito como la conducta, la antijuridicidad, y la culpabilidad, toda vez, que se manejaban ya términos, como por ejemplo la acción u omisión, la contrariedad de la ley con el hecho y la capacidad del sujeto, es decir, elementos subjetivos y objetivos del delito.

## *1.2.- Noción de Delito en la Escuela Positiva.*

Como contrapartida a la Escuela Clásica surge la Escuela Positiva; consideraron que el fenómeno del delito, debía ser estudiado en forma muy distinta a como lo habían hecho

<sup>3</sup> Jiménez de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Quinta edición. Ed Losada, Buenos Aires. 1992. p. 43

<sup>4</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Teoría del Delito*. Tercera edición. Ed. Porrúa, México. 1996. p 5.

los clásicos, es decir, con apoyo del método inductivo para lograr un estudio real y positivo de dicho fenómeno.

Su máximo exponente lo fue Rafael Garofalo quien define al delito como: “la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad”.<sup>5</sup>

La definición de Garofalo parte del concepto de delito natural y esto es así, toda vez, de que llega a la conclusión después de una investigación de que los sentimientos que siempre han existido en toda sociedad son precisamente los de piedad y probidad, si uno o ambos se ven afectados en un individuo al realizar una conducta comete un delito natural.

De esta guisa, Garofalo fundamenta el delito natural en dos clases de sentimientos, los de piedad y los de probidad, surgiendo así, dos clases de delitos, los que ofenden los sentimientos de piedad y los que ofenden los sentimientos de probidad, los primeros se refieren a la afectación del ser humano, como pueden ser las lesiones, la desfloración, etc, los segundos a la afectación del patrimonio, por ejemplo el robo, abuso de confianza, etc.

### *1.3.-Noción de Delito en la Tercera Escuela.*

Esta escuela adopta una postura intermedia entre la Escuela Clásica y la Positiva, sus máximos representantes fueron Alimena, Carnevale, Vaccaro, Maggi, Puglia, Impallomeni, etc.

Para esta escuela el delito es concebido como un fenómeno individual y social Individual, en virtud, de que se debe tomar en cuenta al delincuente, es decir, este debe ser estudiado como elemento del delito. Social, toda vez que el delito afecta intereses colectivos y no nada más individuales.

Nos dice Rodríguez Manzanera que el “delito se considera como un fenómeno complejo, producto de factores endógenos y exógenos Se debe observar el delito como un fenómeno social naturalmente causado”.<sup>6</sup>

El delito se considera como un fenómeno social natural, porque la ley así lo establece como tal, según Vaccaro.

---

<sup>5</sup> Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos, obr. cit.*, p. 126.

<sup>6</sup> Rodríguez Manzanera Luis. *Criminología*. Décimo primera edición, Ed Porrúa, México. 1997. p. 246

#### *1.4.- Noción de Delito en la Escuela Sociológica.*

Esta escuela nace en Alemania; es conocida también con el nombre de Escuela Joven o del Causalismo Naturalista, su máximo representante lo fue Franz von Liszt.

En términos generales el delito es concebido como en fenómeno natural-causal.

Al respecto Gustavo Malo Camacho, nos dice, que “Para Liszt el delito es la conducta (en sentido naturalístico) que produce un resultado socialmente dañoso (antijuridicidad material) y que se estima culpable, en la medida en que implica la presencia de una relación psicológica entre la conducta del agente y el resultado producido, sea a título de dolo o culpa, y que, por lo mismo, se hace merecedor de una pena que debe ser aplicable por el Estado”.<sup>7</sup>

Como observamos la definición de Liszt de delito esta basada en elementos objetivos y subjetivos, conocidos hasta esa época, los cuales a saber son, la conducta, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, ello es así, toda vez, que Liszt empleo para ello una metodología sistemática, naciendo así la dogmática jurídico penal

El elemento material consiste entonces en el injusto objetivo, es decir, la conducta antijurídica; mientras que el elemento subjetivo esta dado por la relación psicológica del sujeto entre el resultado y la voluntad de obtenerlo

#### *1.5.- Noción Jurídico-Formal del Delito.*

La noción jurídico-formal del delito es extraída de la ley, en este caso, del artículo 7 del Código Penal Federal, a la letra dice en su párrafo primero.

Artículo 7.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”<sup>8</sup>

De la lectura de este artículo podemos señalar lo siguiente.

- a) Se trata de una definición formal, en virtud, de que la misma es extraída y se encuentra apegada a la ley,

---

<sup>7</sup> Gustavo Malo Camacho. *Derecho Penal Mexicano*, Segunda edición. Ed Porrúa. México, 1998. p. 249.

<sup>8</sup> *Código Penal Federal*, Ed Sista, México, 2000, p. 97.

- b) Se le da carácter de delito a una acción u omisión, cuando están descritas y sancionadas con una pena, por lo que no toda conducta puede ser delito, para ser tal, debe cumplir con estos requisitos (estar descrita y sancionada penalmente), y
- c) La definición que da el código se basa en los extremos del delito, es decir, con el extremo inicial llamado conducta y con el extremo final llamado pena, esto si partimos de que el delito esta compuesto de varios elementos.

En opinión de Miguel Ángel Cortes Ibarra al tratar la noción formal de delito, nos dice "Esta concepción prescinde incluir en la definición los elementos que constituyen le esencia misma del acto delictivo, funda su noción exclusivamente en el carácter punible".<sup>9</sup>

Por su parte Irma G. Amuchategui Requena, nos señala, que la noción jurídico formal de delito: "Se refiere a las entidades típicas que tienen aparejada una sanción; no es la descripción del delito en concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena".<sup>10</sup>

Si atendemos a las definiciones anteriores, ambas concuerdan en que el delito es toda conducta punible, es decir, para que una conducta sea delito se toma únicamente en cuenta a la punibilidad

#### *1.6.- Noción Jurídico-Substancial del Delito.*

La noción jurídico-substancial del delito es aquella que se basa en los elementos que lo conforman.

Para Irma G Amuchategui Requena, la noción jurídico substancial. "Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito".<sup>11</sup>

Nos dice Pavón Vasconcellos que "Un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal"<sup>12</sup>

De las definiciones que hacen referencia a los elementos del delito tenemos por ejemplo la que nos da Jiménez de Asúa: "vemos el delito como acto típicamente

---

<sup>9</sup> Cortés Ibarra Miguel A. *Derecho Penal*, Cuarta edición, Ed. Cárdenas editores. México. 1992. p. 128

<sup>10</sup> Amuchategui Requena Irma G. *Derecho Penal*. Ed Harla. México. 1997. p. 43.

<sup>11</sup> *Ibidem*

<sup>12</sup> Pavón Vasconcellos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Tercera edición, México. 1974. p.

141

antijurídico imputable al culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.<sup>13</sup>

Otra definición con estas características es la que nos da el propio Francisco Pavón Vasconcellos: “el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible”.<sup>14</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni nos dice que el: “delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden Jurídico (antijurídica) y que por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable)”<sup>15</sup>

Para González Quintanilla: “El delito es un comportamiento típico, antijurídico y culpable”.<sup>16</sup>

Notamos en todas estas definiciones, la referencia que hacen a los elementos del delito, unas haciendo mención a tres, otras a cinco, ello en virtud de que sus elaboradores consideran que esos elementos son los esenciales en el delito y por lo tanto deben constar en la definición de cada uno de ellos.

## 2.- Elementos del Delito.

El delito, señala López Betancourt: “tiene diversos elementos que conforman un todo”<sup>17</sup>, luego entonces, para entrar al estudio de esto, es indispensable saber cuales son esos elementos que lo constituyen.

Cabe señalar que la terminología usada para designar los componentes del delito es variada, se habla por ejemplo de elementos, aspectos, requisitos, caracteres, etc., nosotros nos adherimos al término elemento, toda vez, que consideramos que es el más apropiado para designar dichos componentes

---

<sup>13</sup> Jiménez de Asúa Luis. *Tratado...* obr. cit., p. 63.

<sup>14</sup> Pavón Vasconcellos Francisco. *Manual...* obr. cit., p. 141

<sup>15</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Segunda edición. Ed. Cárdenas editores. México, 1997. p. 343

<sup>16</sup> González Quintanilla José A.. *Derecho Penal Mexicano*. Quinta edición. Ed porrúa. México. 1999. p. 193.

<sup>17</sup> López Betancourt Eduardo. *Teoría del Delito*. Séptima edición, Ed Porrúa. México, 1999. p. 65.

En opinión de Porte Petit: "Elemento, del latín *elementum*, significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que concurre a formarlo"<sup>18</sup>, este autor reconoce que el término adecuado es el de elemento.

Partiendo de la anterior definición, consideramos que elemento del delito es todo componente necesario para la existencia del delito.

Dos son las corrientes que tratan el tema relativo a los elementos del delito, una la unitaria, la otra la estratificadora.

### *2.1.- Teoría Unitaria o Totalizadora.*

Esta corriente nos dice que el delito debe ser tomado como un todo, por lo tanto para su estudio no requiere de análisis.

"Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones"<sup>19</sup>

Malo Camacho nos señala que: "en el entendimiento de que el derecho penal es una parte o rama del derecho en general y que, en consecuencia, su análisis debe ser referido al carácter preceptivo de la norma en su conjunto y al de la coercibilidad, como un todo único, al que, aplicado al concepto de delito, lleva a entenderlo como un todo único, que no requiere de análisis o disorción que rompa esa unidad conceptual"<sup>20</sup>

Al tratar el tema Pavón Vasconcellos nos dice: "La concepción totalizadora o unitaria ve en él un bloque monolítico imposible de escindir en elementos, el delito es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia"<sup>21</sup>

El Dr Zaffaroni al hacer una crítica a esta teoría señala: "Las Teorías que han pretendido negar los planos o niveles analíticos fundándose en criterios formales, realistas o políticos, han demostrado su infundada o sus desastrosos resultados. La razón de su fracaso radica en que una teoría totalista o unitaria no puede brindar ninguna solución práctica y

---

<sup>18</sup> Petit Candauap Celestino P., *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Décimo sexta edición. Ed Porrúa, México, 1994. p. 215.

<sup>19</sup> Amuchategui Requena Irma G., *Derecho . . .*, obr. cit., p. 43.

<sup>20</sup> Gustavo Malo Camacho, *Derecho . . .*, obr. cit., p. 241.

<sup>21</sup> Pavón Vasconcellos Francisco, *Manual . . .*, obr. cit., p. 141.

por ende, puede brindar cualquiera, lo que significa que no sirve a la seguridad y la certeza en la aplicación del derecho”.<sup>22</sup>

Podemos señalar en relación con esta corriente los siguientes puntos:

- a) El delito es considerado en una sola pieza,
- b) El delito no puede ser analizado,
- c) El delito únicamente se basa en una norma de sanción, y
- d) El delito al ser un todo no tiene elementos.

## 2.2.- Teoría Analítica o Estratificadora.

Para esta corriente el delito es uno sólo conceptualmente, así debe ser entendido, sin embargo, esto no significa que no pueda ser analizado a través de los diversos elementos que lo conforman.

En este sentido nos dice Pavón Vasconcellos: “La concepción analítica o atomizadora lo estudia a través de sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, de manera que sin negar su unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento”<sup>23</sup>

Jiménez Huerta, nos señala: “El delito no es suma o adición de elementos diversos sino bloque monolítico, aunque polifacético. Y estas diversas facetas, que sin perder su unidad orgánica presenta la unidad delictiva, pueden ser estudiados anatómicamente y aisladamente”<sup>24</sup>

A su vez el Dr. Zaffaroni indica: “la explicación que damos del delito estratificado, queremos decir que se integra con varios estratos, niveles o planos de análisis, pero ello de ninguna manera significa que lo estratificado sea el delito: lo estratificado es el concepto que del delito obtenemos por vía del análisis”<sup>25</sup>

En relación a esta corriente podemos señalar los siguientes puntos:

---

<sup>22</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Ed. Cárdenas editores, México, 1988, p. 15.

<sup>23</sup> Pavón Vasconcellos Francisco, *Manual*, ... obr. cit., p. 141

<sup>24</sup> Jiménez Huerta Mariano, *El Delito*, Ed. Botas, Criminalia, Encro, 1944, México, p. 317.

<sup>25</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Manual*, ... obr. cit., p. 336

- a) El delito es un ente integrado por diversos elementos,
- b) El delito puede ser analizado en sus componentes, y
- c) El análisis representa una garantía para el individuo.

Por lo que se refiere a los elementos, nos dice, Amuchategui Requena: “Según esta corriente, algunos autores estiman que el delito se forma con un número determinado de elementos, otros consideran que el delito se constituye con dos elementos, otros más aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con siete elementos”.<sup>26</sup>

Tenemos, entonces, que el delito se conforma con los siguientes elementos:

Elementos Positivos	Elementos Negativos
1.- Actividad	1.-Falta de acción
2 -Tipicidad	2 -Ausencia de tipo
3.-Antijuridicidad	3 -Causas de justificación
4 -Imputabilidad	4 - Inimputabilidad
5.-Culpabilidad	5 -Causas de inculpatibilidad
6 -Condición objetiva	6-Ausencia de condición objetiva
7.-Punibilidad	7 -Excusas absolutorias

La doctrina mayoritaria señala que son los elementos positivos que conforman al delito; a cada elemento positivo le corresponde uno negativo

Los elementos positivos son aquellos que en su totalidad le dan vida al delito.

Los elementos negativos son aquellos que dan como consecuencia la inexistencia del delito

Es importante señalar que los elementos positivos, todos deben coexistir, pero si falta alguno de ellos trae como consecuencia la inexistencia del delito, en cambio con la

<sup>26</sup> Amuchategui Requena Irma G. *Derecho* . . . obr. cit., p. 43.

presencia de uno sólo de los elementos negativos del delito se da la inexistencia del mismo, nos es necesario en este caso que concurran todos a la misma vez.

### **3.- Análisis del Delito en el Sistema Causalista.**

Las diferentes formas de analizar al delito han venido históricamente influidas por algún tipo de pensamiento filosófico o científico. Se han elaborado cuatro sistemas que han estudiado al delito, a saber, el Causalismo, el Finalismo, el Modelo Lógico Matemático y el Funcionalismo. Todos ellos tienen en común querer perfeccionar los problemas que los anteriores sistemas no han podido solucionar, así pues, el finalismo trata de ver y solucionar desde un punto de vista diferente, cuestiones y problemas que el causalismo con su sistemática no ha podido hacer.

En este apartado trataremos, el análisis efectuado al delito por el sistema Causalista, para que en los subsecuentes tratemos lo relativo a los restantes; así mismo, por lo que respecta al segundo elemento del delito será tratado en el Capítulo Cuarto dada la importancia que reviste para el presente trabajo.

Al hacer el estudio del delito el Sistema Causalista, tenemos que partir de dos momentos, y esto es así, en virtud de que este sistema así se formó. A una de esas etapas se le ha llamado Causalismo Naturalista y a la otra Causalismo Valorativo.

#### *3.1.- Causalismo Naturalista.*

A este subsistema se le ha llamado también Primer Causalismo, o Esquema Clásico del delito, el cual consideramos que es la base del Sistema Causalista.

Nos dice Orellana Wiaraco "A fines del siglo XIX, Franz von Liszt expone en forma sistemática la concepción de la teoría del delito apoyada en la filosofía positivista (natural), y a esa sistemática se le conoce como sistema causalista naturalista".<sup>27</sup>

Luego entonces, se le llama causalismo naturalista, en virtud de que bajo la influencia de las ciencias de la naturaleza, que pregonaban que todo resultado tiene una causa que lo ha producido, y de la filosofía positivista del derecho, según la cual ésta debe resolver sus problemas atendiendo sólo a criterios jurídicos, desechando a los que no lo sean, como

---

<sup>27</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso de Derecho Penal*. Ed Porrúa. México. 1999. p. 153.

los valorativos, sociológicos, etc., el delito era considerado como un fenómeno causal natural, toda vez que este debía ser regido más que nada por las leyes de la naturaleza; o como dice Gregorio Romero Tequextle: “Se ha denominado sistema o escuela causalista, a la fundada por Franz von Liszt, debido a que hace un análisis sistemático del Derecho Penal y del Delito, partiendo de una explicación naturalística de la acción humana que genera el delito”.<sup>28</sup>

Pasemos ahora al análisis de los elementos del delito bajo esta sistemática.

### 3.1.1.- La Conducta.

El primer elemento del delito lo constituye la conducta, el cual, a su vez, es considerado como la base y el soporte del mismo.

Terminológicamente, a este elemento se le ha llamado, conducta, hecho, acción, etc. Liszt emplea los términos acto y conducta, Beling utiliza el término acción

Para Franz Von Liszt el: “Acto es la conducta (Verhalten) voluntaria o no impidente de un cambio en el mundo externo”<sup>29</sup>

De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

- a) Manifestación de voluntad,
- b) El resultado, y
- c) La relación del resultado con la manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad se entiende como toda conducta voluntaria. Esta voluntariedad no tiene contenido alguno, o como, señala Orellana Wiarco: “tal voluntariedad esta referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material”<sup>30</sup>, es decir, al analizar este elemento de la conducta, lo importante es saber si el sujeto ha querido algo, pero no lo que ha querido realmente, ya que el estudio de este último corresponde al elemento de la culpabilidad, no interesa la finalidad o el porque de la voluntad, sino sólo la manifestación corpórea del mismo

<sup>28</sup> Romero Tequextle Gregorio, *Cuerpo del Delito o Elementos de Tipo*, Editores S. A., México, 1999, p. 1.

<sup>29</sup> Liszt Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Segunda edición, Ed Reus, Madrid, 1927, p. 285.

<sup>30</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Teoría . . . , obr. cit.*, p. 10.

Nos dice, Liszt: "La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo".<sup>31</sup> Se debe entender, entonces, que la conducta reviste dos formas, la acción y la omisión, ambas tienen como elemento común, la manifestación de voluntad y el movimiento del cuerpo.

El otro elemento de la conducta según la definición de Liszt, lo constituye el resultado, "el cual consiste en un cambio en el mundo exterior"<sup>32</sup>, ese cambio debe ser perceptible por los sentidos.

El resultado nos dice Orellana Wiarco: "es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza".<sup>33</sup>

El último elemento de la conducta, es el llamado nexo causal, que debe existir entre la manifestación de la voluntad y el resultado, y a este respecto nos dice Liszt: "Esta relación existe objetivamente cuando el resultado es causado o no impedido (en contra de un deber) por la manifestación de voluntad, es decir, cuando entre ésta y aquél existe una conexión causal o una relación analógica".<sup>34</sup>

En este sentido la manifestación de voluntad debe ser considerada como la causa y el resultado como el efecto, entre la causa y el efecto debe haber un ligamen, es decir, una relación de causalidad

### 3.1.1.1. - La acción.

La acción es considerada como una de las formas de la conducta, concretamente, en el hacer, en el aspecto positivo de la misma.

Von Liszt llamaba a la acción como acto de comisión, y esto es así, toda vez que la manifestación de voluntad consistía según este penalista en un: "movimiento corporal voluntario".<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Liszt Franz Von. *Tratado...*, obr cit., p. 285.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>33</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Teoría...*, obr cit., p. 11

<sup>34</sup> Liszt Franz Von. *Tratado...*, obr. cit., p. 290.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 292.

En opinión de Orellana Wiarco la manifestación de voluntad: "consiste en la inervación voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal".<sup>36</sup>

Para que el ser humano pueda entonces causar un resultado necesita poner en movimiento alguna parte de su cuerpo, verbigracia una mano, para que dicho movimiento corporal tenga relevancia penal debe de estar libre de violencia física o psicológica.

Entre el resultado y movimiento corporal debe de haber una relación de causalidad y "existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado cuando este no hubiera tenido lugar sin aquél, es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido".<sup>37</sup> Los causalistas materialistas para poder establecer la relación entre el movimiento corporal y el resultado empleaban la fórmula de la conditio sine quanon, también llamada teoría de la equivalencia de las condiciones.

Esta teoría nos dice que la causa del resultado es la suma de todas las condiciones tanto positivas como negativas.

Pavón Vasconcellos nos dice al respecto: "la propia teoría afirma que cada una de estas condiciones causales es equivalente en su valor causal, es decir que todas las condiciones tienen el mismo valor entre sí; de esta manera, tan importante es para la producción del resultado la primera como la última o la intermedia de dichas condiciones".<sup>38</sup>

Ahora bien, para saber si una condición contribuyo a la producción del resultado, es necesario suprimir hipotéticamente dicha condición y al hacerlo el resultado no se produce; esto nos lleva a determinar si esa condición ha sido o no causa del resultado

### 3.1.1.2.- La omisión.

Otra forma de la conducta es la llamada omisión. Para Franz von Liszt: "La omisión consiste en no impedir, voluntariamente, el resultado".<sup>39</sup>

Los elementos de la omisión conforme a esta definición son los siguientes:

<sup>36</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Teoría* . . . obr. cit., *Ibidem*.

<sup>37</sup> List Franz Von. *Tratado* . . . obr. cit., p. 292.

<sup>38</sup> Pavón Vasconcellos Francisco. *La Causalidad en el Delito*, Ed Jus, México. 1977. p.43.

<sup>39</sup> List Franz Von. *Tratado* . . . obr. cit. p. 302.

- a) Manifestación de voluntad,
- b) Resultado, y
- c) Nexo causal

En relación con el primer elemento de la omisión, nos dice Liszt: “La manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (y que fuera realizable)”<sup>40</sup>.

A diferencia de la acción, en la omisión no hay movimiento corporal, es decir, el hombre para nada mueve alguna parte de su cuerpo.

Por lo que respecta al resultado consideramos que Liszt en su definición hace mención a la omisión impropia, esto es, a la que produce un resultado material, aunque hay que hacer la aclaración que para unos la omisión propia si produce resultado, concretamente un resultado jurídico.

Para establecer la relación de causalidad entre el resultado y la ausencia de movimiento corporal, los causalistas naturalistas aplicaron también la teoría de la *conditio sine qua non*, nada más que a la inversa, así lo manifestaba Liszt: “El concepto de la 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”<sup>41</sup>.

Eduardo Novoa Monreal, nos dice: “Von Liszt postula la equiparación de la evitación de un resultado con la producción de él, con tal que la omisión sea antijurídica, y muchos otros autores le siguen en su idea de asimilación de acción y omisión, sobre la base de la búsqueda de nexos causales de esta última con el resultado delictivo que se origina”<sup>42</sup>.

### 3.1.1.3.- Ausencia de Conducta.

Al tratar el tema relativo a los elementos del delito señalamos, que hay elementos positivos y negativos, estos últimos son los que no permiten que el delito se forme o se integre

---

<sup>40</sup> *Ibidem*

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>42</sup> Novoa Monreal Eduardo. *Fundamentos de los Delitos de Omisión*, Ed Depalma, Buenos Aires, 1984. p. 11.

El aspecto negativo de la conducta lo conforma la ausencia de la misma, es decir, cuando falta alguno de los elementos que la integran, ya sea la manifestación de voluntad, el nexa causal o el resultado.

En relación con la manifestación de voluntad nos dice Liszt que esta debe estar libre de violencia física y psicológica, luego entonces, si hay violencia este elemento no se conforma.

Dentro de la violencia física encontramos a la llamada fuerza física exterior irresistible o vis absoluta, Porte Petit nos dice: “la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad o inactividad voluntarias. De tal manera, que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutar”.<sup>43</sup>

En este supuesto el hombre lleva a cabo un movimiento corporal o la ausencia de este no porque él haya querido, sino porque por una fuerza externa se le impone el hacer o el no hacer.

Cabe también dentro de la violencia física la llamada vis maior, la cual consiste en una fuerza exterior proveniente de la naturaleza.

Por lo que respecta a la violencia psicológica, llamada así por Franz von Liszt, considero que dentro de ella caben como aspectos negativos de la manifestación de voluntad el sueño, sonambulismo, hipnosis y los actos reflejos, toda vez que afecta la psique humana y consecuentemente la manifestación de voluntad

Los actos reflejos son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de este a un nervio periférico

Se dice que el sueño es el: “Tiempo en el que la sensibilidad y la actividad se encuentran en un estado de aletargamiento caracterizado en el hombre por la pérdida de la conciencia del mundo exterior, la desaparición más o menos completa de las funciones los centros nerviosos y la disminución relativa de las funciones de la vida orgánica”<sup>44</sup>

El sonambulismo consiste en aquellos actos automáticos que realiza una persona durante el sueño.

---

<sup>43</sup> Petit Candaudap Celestino P.. *Apuntamientos . . . , obr. cit.*, p. 323.

<sup>44</sup> García-Pelayo y Gross Ramón. *Pequeño Larousse Ilustrado*. Ediciones Larousse. México. 1964, p. 923.

El hipnotismo consiste en producir el sueño a través del magnetismo por fascinación, o mediante el influjo personal.

La ausencia de conducta también se había dicho se da cuando falta el resultado ya sea este material o jurídico según sea el caso, así mismo cuando entre la manifestación de voluntad y el resultado no hay nexo de causalidad, es decir, cuando el resultado no puede ser imputado al supuesto agente activo.

### 3.1.2.- *La Antijuridicidad.*

A este elemento del delito terminologicamente se le ha denominado de diversas formas, se habla de ilicitud, injusto, antijuridicidad y antisocial.

Preferimos el término antijuridicidad, en virtud, de que los otros vocablos rebasan el ámbito que presenta este elemento, es decir, hacen alusión a lo contrario a la moral, social, justicia, da ahí que se diga que estos términos son conceptos de contenido matajurídico, prejurdico extrajurídico, sin embargo, como veremos, los términos más usados para designar este elemento del delito en la actualidad lo constituyen así la antijuridicidad y el injusto

La antijuridicidad en este subsistema aparece como pura relación objetiva entre la conducta y la norma, el juicio desvalorativo recae en la conducta (natural-causal)

Moisés Moreno Hernández, nos dice al respecto: "La antijuridicidad es concebida bastante formal. como una contraposición del hecho objetivo con el orden jurídico; concepción que concuerda con la consideración causal ciega, de la acción".<sup>45</sup>

Gómez Benítez señala. "Respecto a la antijuridicidad, esta es entendida como juicio de desvaloración jurídico formal del hecho en sus aspectos objetivos. Con la antijuridicidad se afirma, pues, que una acción causal descrita formalmente en sus aspectos objetivos en la Ley, es decir, típica, esta objetivamente desvalorada por el derecho penal, por no haber concurrido ninguna causa de justificación formalmente prevista por la ley penal. Antijuridicidad, es pues oposición formal a la ley"<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Moreno Hernández, Moisés. *Sobre el estado actual de la dogmática Jurídico Penal Mexicana*, Criminalia. México, 1992, p. 38

<sup>46</sup> Gómez Benítez, José M., *Teoría Jurídica del Delito*, Ed Civitas, España, 1992, p. 58.

La antijuridicidad consiste entonces en un juicio desvalorativo que recae sobre la conducta (causal-natural), toda vez que la misma se adecua a lo descrito objetivamente por un tipo, contrariando así el orden jurídico. La antijuridicidad debe ser entendida como un juicio objetivo, en virtud, de que para su existencia debe de tomar en cuenta únicamente aspectos objetivos del delito.

En este orden de ideas, la antijuridicidad debe de apegarse a la teoría de la antijuridicidad objetiva, al respecto nos dice Reyes Echandía: “Es antijurídico con esta teoría todo comportamiento humano que objetivamente considerado contraste con los fines del ordenamiento jurídico”.<sup>47</sup>

Se expresa de la misma forma Jiménez Huerta: “Para los defensores del primer criterio (Teoría objetiva) la determinación de lo antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta enjuiciada, toda vez, que lo antijurídico no es otra cosa que ofensa a las normas de valoración recogidas en el ordenamiento jurídico; con independencia absoluta de la situación en que actúe el agente”.<sup>48</sup>

Se aplica así en este subsistema la teoría objetiva para determinar la antijuridicidad de un hecho delictivo

### 3.1.2.1.- Causas de justificación.

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen la llamadas causas de justificación, a estas se les conoce también con el nombre de causas de exclusión del injusto, causas de exclusión de la ilicitud. La presencia de estas convierten en jurídico la conducta típica

El español Luis Jiménez de Asúa al definir a la causas de justificación, nos indica “Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídico, de contrarios al derecho, que es elemento más importante del crimen”.<sup>49</sup>

Irma G. Amuchategui Requena, nos dice: “La antijuridicidad es lo contrario al derecho. mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las

<sup>47</sup> Reyes Echandía Alfonso. *Antijuridicidad*. Cuarta edición Ed Temis. Colombia. 1997. p. 41.

<sup>48</sup> Jiménez Huerta Mariano. *La Antijuridicidad y Jurisprudencia*. Segunda edición. Ediciones Jurídicas del Norte. México. 1952. p. 28

<sup>49</sup> Jiménez de Asúa Luis. *Tratado . . . , obr. cit.*, p. 1035.

causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación, desaparece lo antijurídico, en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho”.<sup>50</sup>

Podemos señalar como nota importante del aspecto negativo de la antijuridicidad, que se da la conducta y la tipicidad, es decir, la manifestación de voluntad, el resultado el nexo causal, la adecuación de la conducta en sí, a la descripción objetiva del tipo, sin embargo, la contrariedad de la conducta típica es carente, toda vez, que hay dentro del orden jurídico un precepto que la permite, convirtiéndola así en jurídica

Las causas de justificación debían de entenderse objetivamente, esto es, sin hacer alusión a características subjetivas del autor, en efecto si para determinar la antijuridicidad, se deben de tomar en cuenta aspectos objetivos del delito, constantes en este caso, en la conducta causal natural y el tipo objetivo, es lógico, que al haber una causa que justifique tal conducta típica, se debe de tomar en consideración lo objetivo de dicha causa, o como dice el Dr. Raúl E. Zaffaroni: “a una teoría objetiva del tipo prohibitivo corresponde una teoría objetiva del tipo permisivo, a una teoría en la que el tipo se estructura sobre la norma prohibitiva, captando sólo la objetividad de la conducta que la contraviene, se agrega una teoría de la justificación que sólo capta la objetividad de la conducta que a ella se adecua”.<sup>51</sup>

Debemos entender entonces, que así como hay una norma que prohíbe conductas, hay normas que las permiten, entre una y otra, se debe de tomar en cuenta para efectos de la antijuridicidad o de la justificación de la conducta típica aspectos objetivos, que dan lugar a determinar cada una de ellas según sea el caso.

Podemos enunciar como las más importantes causas de justificación a las siguientes:

- a) Legítima defensa,
- b) Ejercicio de un derecho, y
- c) Cumplimiento de un deber

---

<sup>50</sup> Amuchategui Requena Irma G., *Derecho . . . obr. cit.*, p. 68.

<sup>51</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Tratado . . . obr. cit.*, p. 574.

### 3.1.3.- Imputabilidad.

El causalismo naturalista coloca a la imputabilidad dentro de los elementos subjetivos del delito, toda vez, que el mismo se fundamenta en características internas del autor.

Carmona Castillo al tratar el tema de la imputabilidad desde el punto de vista terminológico, nos indica: "la imputabilidad significa calidad de imputable; imputable, que se puede imputar; imputar atribuir a otro una culpa o acción, e imputación, acción de imputar o cosa imputada".<sup>52</sup>

Sergio Vela Treviño, nos dice: "Von Liszt sostiene que para poder llegar a la imputación de una conducta antisocial, es necesario que el sujeto tenga la capacidad de saber conducirse socialmente, entendiéndose por esto último que pueda observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres".<sup>53</sup>

Son presupuestos así para la imputabilidad los siguientes:

- a) Que la psiquis del sujeto posea las facultades necesarias de representación que le permitan una completa valoración social de sus actos, y
- b) Que la asociación de representaciones que como función psíquica se realiza, se produzca con normalidad.

En estos términos Liszt definía a la imputabilidad como: "la facultad de determinación normal".<sup>54</sup> Sólo podía ser imputable el hombre que tenga un desarrollo normal mental y sano a la vez.

Nos sigue diciendo Vela Treviño: "La determinación que debe ser normal y la normal fuerza motivadora de las representaciones son, afirma von Liszt, la esencia de la imputabilidad".<sup>55</sup>

Liszt toma una posición ecléctica respecto de la imputabilidad, toda vez, que como, nos dice, Carmona Castillo: "las llamadas posiciones intermedias o eclécticas, cuyo común

<sup>52</sup> Carmona Castillo Gerardo A., *La Imputabilidad Penal*, Segunda edición, Ed Porrúa, México, 1999, p. 1.

<sup>53</sup> Vela Treviño Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, Segunda edición Ed Trillas, México, 1990, p. 12.

<sup>54</sup> Liszt Franz, Von, *Tratado . . . , obr. cit.*, p. 385.

<sup>55</sup> Vela Treviño Sergio, *Culpabilidad . . . , obr. cit., Ibidem*.

denominador reside únicamente en buscar las bases fundamentales de la imputabilidad penal en un soporte distinto al de la libertad humana, o sea, al del libre albedrío pero sin llegar al determinismo radical y absoluto del positivismo. De esta forma se trata de construir algo que no es más imputabilidad moral, al modo clásico, ni tampoco responsabilidad social, al estilo positivista, sino pura imputabilidad psicológica”.<sup>56</sup> Luego entonces como habíamos dicho al principio de este acápite la imputabilidad debe ser entendida desde un punto de vista subjetivo.

En términos generales podemos decir, que la imputabilidad, del autor, se da con aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente, es decir, con la facultad que tiene el agente de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan éstas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia o a los dominios del Derecho

### 3.1.3.1.- *Inimputabilidad.*

El aspecto negativo de la imputabilidad lo constituye la inimputabilidad, también llamada ausencia de imputabilidad.

En el entendido, de que para que una persona pueda ser imputable, se necesita, en este subsistema, la capacidad de conducirse socialmente y la asociación de representaciones psíquicas normales, o mejor dicho, un desarrollo normal mental y una mente sana, no será imputable una persona que

- a) No tenga la capacidad de conducirse socialmente, b) La asociación de representaciones psíquicas no sean normales, c) Tenga un desarrollo anormal mental, y d) No tenga una mente sana

ESTA TESIS NO ESTÁ  
DE LA BIBLIOTECA

---

<sup>56</sup> Carmona Castillo Gerardo A., *La Imputabilidad* . . . , obr. cit. , p. 48.

Según Verónica Román Quiroz: “Dice Liszt que la misión del legislador no consiste en la definición positiva de la imputabilidad, sino en la descripción de aquellos estados que excepcionalmente hacen aparecer como imposible la imputabilidad”.<sup>57</sup>

### 3.1.4.- Culpabilidad.

“La separación del aspecto externo (injusto) con respecto al aspecto interno (culpabilidad) en el sistema de von Liszt, Beling y Radbruch, da lugar al llamado concepto psicológico de Culpabilidad”.<sup>58</sup>

Raúl Plascencia Villanueva, nos dice: “El delito existía como resultado de una doble vinculación: la relación de causalidad material, la cual daba lugar a la antijuridicidad, y la concepción de causalidad síquica, que contemplaba a la culpabilidad”<sup>59</sup>, de ahí que nos diga Moisés Moreno Hernández: “La culpabilidad era concebida puramente subjetiva, como una relación psíquica entre el autor y la parte externa del hecho (resultado producido)”.<sup>60</sup>

La relación entre el hecho y el autor, según Vela Treviño: “podía ser directa (dolo) o indirecta (culpa)”<sup>61</sup> En estos términos el dolo era la voluntad del sujeto dirigida a causar el resultado típico, mientras que en la culpa, la voluntad no era dirigida a causar el resultado típico. De acuerdo con esto el dolo y la culpa constituyen dos clases o especies de la culpabilidad.

El dolo debe ser concebido, como dolo valorado o dolo malo (dolus malus), al respecto, nos dice Díaz Aranda que “los elementos que lo conformaban eran los siguientes: a) el conocimiento y la voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho)”<sup>62</sup>

En opinión de la Dra. Olga Islas de Gonzalez Mariscal: “En el causalismo psicologista, el dolo se constituye exclusivamente con base en dos elementos: a) el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal; b) el querer esos hechos que previamente se han conocido.

<sup>57</sup> Román Quiroz, Verónica, *La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación*, Ed Porrúa, México, 2000, p.36.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>59</sup> Plascencia Villa Nueva Raúl, *Teoría de Delito*, III, UNAM, 1998, p. 163.

<sup>60</sup> Moreno Hernández Moisés, *Sobre...*, *obr. cit.*, p.38.

<sup>61</sup> Vela Treviño Sergio, *Culpabilidad...*, *obr. cit.*, p. 179.

<sup>62</sup> Díaz Aranda Enrique, *Dolo*, Ed Porrúa, México, 2000, p. 10.

Así von Liszt, por ejemplo, define: “el dolo como la representación del resultado que acompaña a la manifestación de voluntad”<sup>63</sup>

Para Liszt, nos indica Orellana Wiarco “el dolo se forma de los siguientes elementos: a) La representación de los hechos y circunstancias del acto, b) La previsión del resultado, y c) La representación de la causalidad del acto, en los delitos de comisión, y la representación del no impedimento en los delitos de omisión”.<sup>64</sup>

Se desprenden como elementos existenciales del dolo según estos autores los siguientes: a) El conocimiento de los hechos, b) La voluntad o el querer los hechos conocidos (resultado). c) La representación de los hechos y circunstancias del mismo, d) La previsión del resultado, e) La conciencia de su significación antijurídica, y f) Identidad entre lo querido y el resultado

Por lo que respecta a la culpa, el nexo psicológico entre el hecho y el autor consistía en la previsibilidad del posible resultado por parte del sujeto activo, quién sigue adelante con su conducta confiando en que no se producirá dicho resultado, sin embargo, esté si se verifica

Nos indica Verónica Roman Quiroz, que “En su teoría orgánica de la culpa, von Liszt resume que se requiere para su existencia: a) Falta de precaución en la manifestación de la voluntad, es decir, desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias b) Pero a la falta de precaución debe añadirse la falta de previsión, es decir, que debe haber sido posible al agente prever el resultado como efecto del movimiento corporal (aunque no sea más que en sus trazos generales) y reconocer la existencia de los restantes elementos esenciales del hecho c) Falta de sentido de la significación del acto, es decir, no haber reconocido, siendo posible hacerlo, la significación antijurídica del acto, a causa de la indiferencia del agente frente a las exigencias de la vida social”<sup>65</sup>

Añadiríamos además de estos elementos existenciales, que entre lo querido y el resultado no hay identidad

---

<sup>63</sup> Gonzalez Mariscal Olga I... *Análisis Logico de los Delitos contra la Vida*, Cuarta edición, Ed Trillas, México, 1998, p. 47

<sup>64</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Curso...* *obr. cit.*, p. 300

<sup>65</sup> Román Quiroz Verónica, *La Culpabilidad...* *obr. cit.*, p. 55

### 3.1.4.1.- Inculpabilidad.

Si partimos de que el dolo requiere del conocimiento y de la voluntad de los hechos, la representación de los hechos y el resultado, la falta de alguno de ellos trae como consecuencia la destrucción del dolo, al igual si en la culpa se exige de la previsión del resultado, de la precaución de la manifestación de voluntad y de la conciencia de la significación del acto. la ausencia de alguno de estos elementos impide que se forme la especie de culpa, en la culpabilidad psicológica

La falta de conocimiento puede estar integrada por la ignorancia o por el error, esto es, por la ausencia de un conocimiento o por la falsa apreciación de un objeto

El error, nos dice Fernández Doblado “es una causa de inculpabilidad, porque es un fenómeno que acontece en el ámbito interno del delito”<sup>66</sup>

Jiménez de Asúa refiere que: “Desde el Derecho romano se distingue entre error de derecho y el error de hecho”.<sup>67</sup>

Reyes Echandía, señala que: “Entiéndase por error de hecho la equivocación que recae sobre uno o varios de los elementos constitutivos de la conducta legalmente descritos en la ley penal, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material, hay error de derecho cuando la equivocación versa sobre la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilícita, o sobre su interpretación”<sup>68</sup>

El error de hecho se divide en error esencial e invencible y en accidental. Este último se divide en el golpe o en el acto y en la persona

El error de hecho esencial, nos indica Orellana Wiarco: “consiste en la representación equivocada de la realidad equivocación que incide en la esencia del hecho, no en sus accidentes, y que además el sujeto no puede superar porque excede al límite normal previsible”<sup>69</sup>. Esto es aplicable tanto para los delitos dolosos como para los culposos

<sup>66</sup> Fernández Doblado Luis. *Culpabilidad y Error*, s/e. Mexico, 1950, p. 53.

<sup>67</sup> Jiménez de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*. Tercera edición. Ed Sudamericana. Buenos Aires. 1958. p 392

<sup>68</sup> Reyes Echandía Alfonso. *Culpabilidad*. Tercera edición, Ed Temis. Colombia, 1997. p 165

<sup>69</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Curso obr cit.* p 325

Liszt al tratar el error como causa de exclusión del dolo, nos dice: "Como el dolo es el conocimiento de todos los elementos del hecho, queda excluido por el error de subsunción, es decir, por la no admisión errónea de un elemento esencial del hecho".<sup>70</sup>

Para que, el error excluya la culpabilidad debe tener como características principales, ser esencial e invencible, porque en caso contrario daría lugar a la culpa. El error accidental para nada afecta al dolo o a la culpa, por consiguiente la culpabilidad sigue existiendo

Por lo que respecta al error de derecho y a la ignorancia, se aplicaba para estos casos, el principio de que el error sobre la ley no excusa de su cumplimiento (*ignorantia legis non excusat*), esto daba lugar a que la culpabilidad no se destruyera

### 3.1.5.- *Condiciones objetivas de punibilidad.*

Orellana Wiarco, nos refiere, que "La mayoría de los penalistas concuerdan que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son de naturaleza dudosa y de escaso número, que obligan a considerar que no son esenciales para la existencia del delito".<sup>71</sup>

Se atribuye la creación de las condiciones objetivas de punibilidad a Ernest Beling, quién le asignaba el carácter de sexto elemento del delito

Jiménez de Asúa, nos indica, que Beling las define así: "Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad"<sup>72</sup>

Podemos señalar de la anterior definición lo siguiente de las condiciones objetivas de punibilidad

- a) No pertenecen al tipo de delito, b) No se requiere que sean abarcadas por el dolo, c) Nacen simplemente en el mundo externo, y d) Son diversas e independientes de la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad

Beling clasificaba a las condiciones objetivas de punibilidad de la siguiente forma:

---

<sup>70</sup> Liszt Franz. Von. *Tratado de Derecho Penal*, obr. cit., p. 405.

<sup>71</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso de Derecho Penal*, obr. cit., p. 423

<sup>72</sup> Jiménez de Asúa Luis. *La Ley Penal*, obr. cit., p. 417, cit a Liszt.

I.-De acuerdo a la forma de su aparición técnica legislativa:

- a) Forma positiva
- b) Forma negativa

II -De acuerdo a su extensión:

- a) Generales
- b) Especiales

### 3.1.5.1.- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

Respecto a la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, nos indica, Jiménez de Asúa: "Cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse"<sup>73</sup>

Celestino Porte Petit, nos dice, que: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad"<sup>74</sup>

López Betancourt, señala, que: "el incumplimiento de las condiciones de punibilidad, traerá consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente"<sup>75</sup>

Se menciona como ejemplo de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, la no apertura del concurso en la quiebra

En términos generales podemos decir que la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad trae como consecuencia la no punibilidad del hecho delictuoso.

---

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 425

<sup>74</sup> Petit Candaudap Celestino P. *Apuntamientos* . . . obr. cit., p. 226.

<sup>75</sup> López Betancourt Eduardo. *Teoría* . . . obr. cit . p. 257.

### 3.1.6.- Punibilidad.

Luis de la Barreda Solórzano, nos indica: “Es preciso distinguir claramente entre punibilidad, punición y pena. La punibilidad es uno de los componentes –al lado del tipo– de la norma jurídico penal. La punición es la medida de punibilidad impuesta por el juez al culpable de un delito. La pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el juez en su sentencia condenatoria”.<sup>76</sup>

Octavio A. Orellana, por su parte, nos indica, que: “La punibilidad resulta ser la pena en sentido abstracto, la que aparece en al ley; pena estricta sensu en estricto sentido, es la pena que el juez fija en su sentencia”.<sup>77</sup>

En este orden de ideas, refiere, Malo Camacho: “a principios del siglo XIX, Franz von Liszt recogió a la punibilidad como elemento del delito, lo cual fue entendible, en virtud de que la doctrina aún no descubría, el elemento de la tipicidad”.<sup>78</sup> Está es así, toda vez, que el delito era entendido como la conducta antijurídica culpable y punible.

Desde el momento en que aparece el concepto de tipo, esto es, el encuadramiento de la conducta al tipo, quedó superada y eliminada la necesidad de contemplar como elemento del delito a la punibilidad. A partir de ello hay polémica en torno al lugar que ocupa la punibilidad dentro del delito, ya sea como elemento o como consecuencia del mismo.

#### 3.1.6.1 - Excusas absolutorias.

Orellana Wiarco define a las excusas absolutorias como: “aquellas causas de carácter personal que el legislador regula expresamente donde un hecho o conducta típica, antijurídica y culpable, no resulta punible”.<sup>79</sup>

Irma G. Amuchategui Requena, nos señala, que las excusas absolutorias: “constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad carece de punibilidad”.<sup>80</sup>

Franz von Liszt, denominaba a las excusas absolutorias, como las causas personales que liberan de la pena. Por su parte Max Ernest Mayer en conjunción con Koler les dan el nombre de causas personales que excluyen la pena.

Tenemos entonces que las excusas absolutorias tienen su origen por razones de

<sup>76</sup> De La Barreda Solórzano Luis, *Culpabilidad y ius puniendi*, Criminalia, julio-septiembre, 1981, México, p. 99.

<sup>77</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso...*, obr. cit., p. 408.

<sup>78</sup> Gustavo Malo Camacho, *Derecho...*, obr. cit., p. 575.

<sup>79</sup> Orellana Wiarco octavio A., *Curso...*, obr. cit., p. 418.

<sup>80</sup> Amuchategui Requena Irma G., *Derecho...*, obr. cit., p. 92.

- a) Utilidad pública,
- b) Mínima peligrosidad, y
- c) Política criminal.

### 3.2.- *Causalismo Valorativo.*

Al causalismo valorativo también se le conoce con el nombre de sistema neoclásico o teleológico, escuela de Baden o como filosofía de los valores.

El denominado sistema neoclásico del delito pretendió subsanar algunas insuficiencias mantenidas por el sistema clásico del delito.

Moisés Moreno Hernández, nos refiere: “que en un proceso de transformación desde la primera década de este siglo por la dogmática posterior; que fue caracterizado como el sistema teleológico y que estuvo esencialmente determinado por la teoría del conocimiento de la escuela neokantiana sudoccidental alemán”.<sup>81</sup>

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, al respecto nos indica, que: “este análisis no altera fundamentalmente el sistema clásico, sino que se trata de nuevos argumentos para sostener una sistemática clásica: hay sólo un ropaje neoclásico”<sup>82</sup>. El Dr. Zaffaroni tal vez, nos diga esto, porque el sistema neoclásico, es tan sólo una forma de analizar el delito desde el punto de vista axiológico, que junto con el análisis naturalista del delito, dan lugar al sistema causalista y el cual no puede ser ignorado.

Los cambios originados en este subsistema los van a experimentar el tipo la antijuricidad y la culpabilidad, en este acápite, sólo haremos mención a los cuatro primeros elementos del delito.

#### 3.2.1.- *Conducta.*

“Si bien la transformación de la teoría clásica se centro en gran parte en el concepto de acción, porque ésta, con sus elementos naturalísticos, muy poco podía adecuarse a un sistema del Derecho penal que se relaciona a valores, no es en torno a ella que se dan los cambios decisivos”,<sup>83</sup> La conducta, entonces quedaba como se había concebido en el sistema naturalista, es decir, “la acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior”.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Moreno Hernández Moisés. *Sobre . . . . obr. cit.*, p. 39.

<sup>82</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Tratado . . . . obr. cit.*, p. 32.

<sup>83</sup> Moreno Hernández Moisés. *Sobre . . . . obr. cit.*, p. 39

<sup>84</sup> Jescheck Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal*. Tercera edición. Volumen I, Ed Bosch, España. 1978. p.292.

La consecuencia consistía en un puro movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior, dando lugar en este caso a los delitos de resultado.

Se adhiere a este pensamiento Rodolfo Monarque Ureña, para quien la conducta en este subsistema, es: “entendida como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad”.<sup>85</sup>

La conducta, nos indica, Malo Camacho es: “Aceptada por algunos como elemento independiente y, por otros, como un aspecto que debe ser analizado a la luz de la conducta típica”.<sup>86</sup>

Gonzalo Quintero, nos señala: “La acción, que hasta entonces se había convertido para los partidarios del causalismo naturalista en el sustento, lo teórico de todo el sistema dogmático del delito, dejó de revestir una trascendencia tal; los neokantianos no abogaron, en un primer momento, por una redefinición total del concepto de acción, lo cierto es que abrieron la vía para que tal elemento dejara de constituir el fundamento del sistema de la teoría jurídica del delito a favor del binomio injusto-tipicidad, como eje central de la estructura del delito”.<sup>87</sup>

Paradójicamente, Moisés Moreno Hernández, nos dice: “Con relación a las dificultades que planteaba el concepto causal o naturalístico de acción, se sugirieron durante este periodo del sistema teleológico tres caminos de solución: a) mediante la debilitación del concepto (a una conducta humana determinada por la voluntad); b) por el dejar absorber a la teoría de la acción por la del tipo (Radbruch) y, c) finalmente, por la introducción del concepto social de acción (E.B. Schmidt, Jescheck)”.<sup>88</sup>

En estos términos la conducta debía ser concebida de la siguiente forma:

- a) La conducta es concebida naturalísticamente (postura dominante),
- b) La conducta es un elemento independiente de los demás elementos del delito y por lo tanto la base del delito,
- c) La conducta debe ser analizada y subsumida a nivel tipo, dejando de ser así con esto la base del delito, y
- d) La introducción del concepto social de acción.

<sup>85</sup> Monarque Ureña Rodolfo. *Lineamientos Elementales de la Teoría del Delito*, Ed. Porrúa, México, 2000.

p. 14

<sup>86</sup> Malo Camacho Gustavo. *Derecho . . . obr. cit.*, p. 92.

<sup>87</sup> Quintero Olivares, Manuel G. *Manual de Derecho Penal*, Segunda edición. Ed. Arazandi, España, 2000, p. 249.

<sup>88</sup> Moreno Hernández Moisés. *Sobre . . . obr. cit., Ibidem*.

### 3.2.2.- Antijuridicidad.

La antijuridicidad ya no era vista objetivamente, es decir, como contradicción entre el hecho objetivo y la norma (antijuridicidad formal) Ahora debían de tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

- a) La lesión del bien jurídico,
- b) La aparición de los elementos normativos del tipo, y
- c) La aparición de los elementos subjetivos del injusto

Por lo que respecta al primer punto ya no sólo se tomaba en cuenta la antijuridicidad formal, sino que ahora debía tener relevancia la antijuridicidad material, es decir, es necesario que la conducta (naturalística) produzca una lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico

Ya Franz von Liszt, tomaba en cuenta esta dualidad (formal y material) para efectos de determinar la antijuridicidad, sin embargo, no es hasta el sistema neoclásico o valorativo donde se toma en cuenta su aportación

De la antijuridicidad formal y material podemos inferir los siguientes puntos en relación a este subsistema:

- a) Se tomaba en cuenta el desvalor del acto (contradicción de la conducta con la norma, acto calificado como desvalor jurídico), y
- b) Se toma en cuenta el desvalor del resultado (la antijuridicidad se fundamenta en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico)

En relación con el segundo y tercer punto, se nos dice, que la conducta también puede ser calificada como antijurídica si se toman en cuenta aspectos subjetivos y normativos contenidos en el tipo penal, entonces, para obtener lo injusto de una conducta era necesario tomar en cuenta la contradicción del hecho con las normas, así como, los elementos subjetivos y normativos contenidos en el tipo penal

Las primeras sugerencias sobre la teoría de los elementos subjetivos, nos dice Moisés Moreno Hernández, se deben "a H A Fischer, quien en 1891 manifestó -en el área del Derecho privado- que la determinación del injusto depende de la concurrencia de ciertos elementos subjetivos"<sup>89</sup>

Fischer decía: "El propósito, la intención reprochable del autor tiñe un tipo incoloro, o incluso el ejercicio de un derecho por parte del sujeto de tal suerte que este complejo de

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, p.41.

hechos que nace a la vida es desaprobado por el ordenamiento jurídico a causa del propósito que guiaba a su causante”<sup>90</sup>

En 1914 Hegler, señalaba que a parte del daño social objetivo se necesitaba de ciertos momentos subjetivos para determinar lo antijurídico en una conducta, basándose para ello, en la tendencia interna trascendente

Con posterioridad Max Ernest Mayer (1915) partiendo de la concepción objetiva de la antijuridicidad, señalaba que en la misma hay aspectos que tomar en cuenta subjetivos, los cuales no son coincidentes con los elementos de la antijuridicidad “Los elementos subjetivos de la antijuridicidad son propias características de lo antijurídico, pero no son características de la culpabilidad, ni propias ni impropias”<sup>91</sup> así para diferenciar unos de otros, nos dice que en la culpabilidad hay un motivo mientras que en el injusto hay un fin.

Eduardo Mezger en un primer lugar (1923) sostuvo que los elementos subjetivos eran exclusivos del injusto, pero, con posterioridad (1926) señala que dichos elementos pertenecen también a la culpabilidad, en sus palabras nos explica que el injusto es la “contradicción objetiva con las normas de derecho y las referencias anímicas subjetivas del infractor importan al menos normalmente, a la teoría de la culpabilidad; pero este principio tiene excepciones, y sería erróneo referir, en consecuencia, todo lo objetivo a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad concibiendo el primero sólo objetivamente y sólo subjetivamente la segunda”<sup>92</sup>

Entonces para obtener lo injusto de una conducta, era necesario tomar en cuenta la contradicción del hecho con las normas, así como, los elementos subjetivos del injusto

### 3.2.3.- Culpabilidad

En torno a este elemento del delito, nos dice, Moisés Moreno Hernández “fue cuestionado el problema que asignaba el concepto psicológico de culpabilidad, sobre todo al tratarse de la culpa, más aun de la culpa inconsciente; ya que todos los esfuerzos para demostrar aquí la relación psicológica entre autor y resultado, o de que hay dolo en el inimputable, habían sido ilusorias”<sup>93</sup>

El primero en tratar estos problemas lo fue Reinhard Frank en el año de 1907, al través de una teoría denominada Teoría Normativa de la Culpabilidad

Para este autor, nos dice Reyes Echandía “la culpabilidad no es un nexo psicológico entre el agente y su comportamiento, sino que un juicio que se emite sobre quien, habiendo podido comportarse conforme al deber que le era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber, trátase, pues de un fenómeno complejo de cuya estructura

<sup>90</sup> Sosa Ortiz Alejandro, *Los Elementos del Tipo Penal*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 233.

<sup>91</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado* , obr. cit. p. 828.

<sup>92</sup> *Ibid.* p. 829

<sup>93</sup> Moreno Hernández Moisés, *Sobre* , obr. cit., p. 39

forma parte el dolo, la culpa, la imputabilidad y la normalidad de la motivación, y puesto que en ella intervienen estos elementos, bien puede sintetizarse su esencia en la reprochabilidad".<sup>94</sup> Culpabilidad, se dice, es igual a reprochabilidad.

Son parte integrante de la culpabilidad de acuerdo con la teoría de Frank, los siguientes:

- a) La imputabilidad,
- b) El dolo y la culpa, y
- c) La motivación normal.

De esta guisa la imputabilidad ya no era considerada como presupuesto de la culpabilidad, sino como elemento; el dolo y la culpa ya no formaban especies de la culpabilidad, ahora también eran considerados elementos de la misma.

En estos términos Frank definió a la culpabilidad como: "Reprochabilidad de un comportamiento antijurídico según la libertad, el fin y el alcance conocido o conocible".<sup>95</sup>

Culpabilidad es solamente un juicio que a la conducta antijurídica, le sería reprochable, es decir, a estos hechos, así como a la libertad o a la dirección de los hechos, se le puede hacer un reproche cuando él podía haber actuado de otra forma.

Goldschmidt al tratar el tema, señala el Dr. Raúl E. Zaffaroni: "descarga a la culpabilidad de sus elementos de hecho, colocando a la imputabilidad, al dolo o a la culpa y a la motivación normal como presupuestos de la culpabilidad. En su teoría, la culpabilidad es sólo un juicio de reproche que se compone de la exigibilidad (deber de motivarse por la representación del deber indicado en la norma de derecho) y de la no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad".<sup>96</sup>

Para Mezger, la culpabilidad: "es una relación psicológica, que se determina como contraria al deber y reprochable, mediante la valoración jurídico penal".<sup>97</sup>

Son elementos de la culpabilidad para este autor los siguientes:

- a) La imputabilidad,
- b) El dolo y la culpa, y
- c) La existencia de causas excluyentes de culpabilidad.

<sup>94</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Culpabilidad*, obr. cit., p. 7.

<sup>95</sup> Márquez Piñero Rafael, *La Culpabilidad*, Criminología, enero-diciembre, México, 1981, p. 78.

<sup>96</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Ed. Cárdenas Editor, México, 1988, p. 22.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 24

La imputabilidad, entonces, implicaba capacidad de culpabilidad. En atención a esto nos dice Verónica Román Quiroz: “ se advierte la concurrencia de dos elementos en el concepto de imputabilidad; capacidad de entender y determinación de la voluntad”.<sup>98</sup>

Al respecto, nos indica, Castellanos Tena: “Querer es estar en condiciones (determinación de voluntad) de aceptar y realizar algo voluntariamente, y entender (capacidad de entender) es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa acción”.<sup>99</sup>

Por lo que se refiere al dolo, en opinión de Enrique Díaz Aranda, el mismo: “mantuvo su ubicación en ésta (culpabilidad) y siguió partiendo de una base ligada a la idea de *dolus malus*”.<sup>100</sup>

Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias se hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado. El dolo así se conforma de los siguientes elementos:

- a) La voluntad del hecho, entendido como lo querido por el autor, y
- b) El conocimiento del hecho, el cual abarca el conocimiento de las circunstancias del hecho y la conciencia de la antijuridicidad.

La Dra. Olga Islas de González Mariscal, refiere, que: “En el marco normativo-causalista, el dolo se define con tres elementos: a) conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal; b) conocimiento de la significación antijurídica de los hechos, y c) querer esos hechos”.<sup>101</sup>

En la culpabilidad culposa “el objeto que se reprocha en este punto es la conexión psíquica, que por cierto resulta imperfecta en relación con el hecho (en tanto no existe identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado), mientras que el reproche de ese objeto lo constituye (el elemento normativo) la exigencia por parte del orden normativo de una conducta diversa a la realizada, por el sujeto capaz que obró con culpa”.<sup>102</sup>

De esta guisa, en la culpabilidad culposa, el reproche era doble, objetivo y subjetivo, es decir, se acogía a la teoría de la culpabilidad mixta (sicológica-normativa)

Alexander Graf Zu Donha fundamenta el reproche de la culpa en la preexistencia de un deber, el cual de haberse cumplido hubiera impedido al autor obrar como lo hizo. “Son

---

<sup>98</sup> Román Quiroz Verónica, *La Culpabilidad* . . . , *obr. cit.*, p. 92.

<sup>99</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos* . . . , *obr. cit.*, p. 218.

<sup>100</sup> Díaz Aranda Enrique, *Dolo*, *obr. cit.*, p. 31.

<sup>101</sup> González Mariscal Olga I., *Análisis* . . . , *obr. cit.*, p. 48.

<sup>102</sup> Román Quiroz Verónica, *La Culpabilidad* . . . , *obr. cit.*, p. 115.

los deberes de diligencia, precaución y consideración cuya lesión reprochamos al autor, y que denominamos culpa”.<sup>103</sup>

Argumenta Orellana Wiarco, el reproche del activo es: “la obligación que tenía este de conducirse con prudencia, provisión, etc, a fin de no afectar a sus semejantes”.<sup>104</sup>

Podemos señalar con esto que los elementos que integran a la culpa son los siguientes:

- a) Una conducta voluntaria (acción u omisión),
- b) La previsión o falta de previsión del resultado,
- c) Violación del deber de cuidado (diligencia, Precaución y consideración), y
- d) La falta de intención delictiva (dolo).

La culpa es entonces “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres”<sup>105</sup>

#### 4.- Análisis del delito en el Sistema Finalista.

Frente al sistema causalista (naturalista y valorativo), se formuló el sistema finalista “Los sistemas causalista naturalista y valorativo tuvieron su auge en Europa en las tres primeras décadas del siglo XX, pero empezaron a perder terreno a partir de 1930 cuando surge una nueva sistemática, la finalista, propuesta por Hans Welzel, quién desechó la división de los elementos del delito, en objetivos y subjetivos”.<sup>106</sup> Tuvieron intervención en la formación de esta sistemática también, Von Weber, Zu Donha y H Mayer.

Moisés Moreno Hernández, señala que: “Para Welzel, los elementos del delito, es decir, las características que convierten a una acción en delictiva, son tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, tales elementos están relacionados lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior”<sup>107</sup>

El finalismo no abandona la tradicional tripartición, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad. No introduce o suprime datos, mantiene los mismos, pero los separa y los redistribuye de otro modo entre los estratos de la teoría del delito.

<sup>103</sup> Graf Zu Donha Alexander. *La Estructura de la Teoría del Delito*. Segunda edición, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, p.82.

<sup>104</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Curso . . . , obr. cit.*, p. 311.

<sup>105</sup> Pavón Vasconcelos Francisco. *Manual . . . , obr. cit.*, p. 371.

<sup>106</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Curso . . . , obr. cit.*, p. 155.

<sup>107</sup> Moreno Hernández Moisés. *Sobre . . . , obr. cit.*, p. 46.

La exposición de la teoría finalista, tiene sus raíces en la sicología del pensamiento, influenciadas principalmente según Welzel, por el filósofo Richard Honigswald, así como de las aportaciones y sugerencias de los psicólogos y fenomenólogos Karl Buhler, Theodor Erisman, Erich Jaench, Wilhem Peters, P.F. Linke y Alexander Pfander, entre otros, sin embargo, se atribuye el origen de la teoría finalista al pensamiento del filósofo Nicolai Hartmann .

Welzel expone su teoría en varios escritos publicados durante el primer lustro de los años treinta; entre ellos encontramos a: La causalidad y la acción (Kausalitat und Handlung), Naturalismo y filosofía de los valores en Derecho penal (Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht), Sobre las valoraciones en el Derecho penal (Über Wertungen im Strafrecht), El nuevo sistema del Derecho penal (Das neue Bild des Strafrechtssystems Eine Einführung in die finale Handlungslehre), La teoría de la acción finalista, La estructura fundamental de la acción delictiva, Derecho penal alemán, entre otros.

La teoría finalista se apoya para el estudio del delito en el método deductivo-axiomático o lógico-abstracto, también llamado método ontológico, el cual esta, a su vez, sustentado en la filosofía de la naturaleza de las cosas. La naturaleza de las cosas como filosofía del ser, entiende que en la facticidad ya encerrada ya cierta normatividad

“Las formaciones conceptuales de la ley y de la ciencia, no representarán pues una transformación metodológica de un material amorfo, sino una descripción de un ser ya conformado”.<sup>108</sup> La ontología es la estructura visible de lo existente del mundo.

En base a la ontología, el conocimiento de un objeto no da lugar a su creación, sino, que el mismo existe antes de todo conocimiento. Señala el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni: “Acto de conocimiento es el que se limita a proveer de datos al observador, sin alterar el objeto en cuanto material del mundo”.<sup>109</sup>

#### 4.1.- Acción finalista.

En la teoría finalista, “No es el Derecho el que produce las acciones, ni el encargado de darles estructura ni el que les da dimensión de sentido”.<sup>110</sup> El Derecho lo único que hace es desvalorar la acción, por lo tanto tiene que respetar el ser de la misma. La acción es entonces un concepto prejurídico, el cual existe antes de la valoración humana y que por lo mismo no puede ser cambiado.

El ser o categoría ontológica de la acción lo constituye la finalidad. Ello no significa que se ignore a la causalidad. Nos comenta Santiago Mir Puig. “Al concepto de acción

<sup>108</sup> Córdoba Roda Juan. *Una Nueva Concepción del delito*. Ediciones Ariel, Barcelona. 1963. p. 38

<sup>109</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Manual . . . , obr. cit.*, p. 355.

<sup>110</sup> Novoa Monreal Eduardo. *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*. Ed Juricentro. San José Costa Rica. 1980. p. 52.

pertenece no sólo el momento de causalidad, sino también ya desde un principio, el de la finalidad”.<sup>111</sup>

“La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal”.<sup>112</sup>

“Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento”.<sup>113</sup> La acción dirige el proceso causal, es decir, predetermina los cursos causales.

Con esto la conducta (acción) ya no solamente es vista como algo exclusivamente objetivo (causal-natural), sino que ahora, contiene elementos subjetivos, consistentes en este caso en la finalidad de autor, la voluntad con esto tiene un contenido.

En estos términos, nos dice Welzel, que la acción final: “se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines”.<sup>114</sup>

De esta guisa la acción finalista, se conforma de dos fases, una interna, la otra externa

La fase interna se lleva al cabo en la esfera del pensamiento y esta compuesta a su vez de los siguientes componentes.

- a) El objetivo o fin propuestos,
- b) La selección de los medios para su realización, y
- c) La consideración de los efectos concomitantes.

La fase externa, nos indica, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni: “es la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado”,<sup>115</sup> integrándose por lo tanto con los siguientes elementos

- a) La puesta en marcha del objetivo o fin,
- b) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes, y
- c) El nexo causal

---

<sup>111</sup> Mir Puig Santiago. *Derecho Penal*. Tercera edición. Ed P.P.U. Barcelona. 1990. p. 171.

<sup>112</sup> Welzel Hans. *La Teoría de la Acción Finalista*. Ed Depalma. Buenos Aires. 1951. p. 19.

<sup>113</sup> Welzel Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Ediciones Ariel. Barcelona. 1964. p. 25.

<sup>114</sup> Welzel Hans. *Derecho Penal Alemán*. Décimo primera edición. Ed Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1969. p. 39

<sup>115</sup> Zaffaroni Eugenio R. *Manual . . . , obr. cit.*, p. 362.

#### 4.1.1.- Omisión finalista.

Welzel señala que la: “Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción”.<sup>116</sup> La finalidad en la omisión es potencial, es decir, es un haber podido realizar una acción, pero que, sin embargo no se lleva a cabo.

Orellana Wiarco manifiesta: “En el sistema finalista el fin perseguido en la omisión, como el fin propuesto en la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una actividad en omisión”.<sup>117</sup>

“Por eso, la omisión no debe ser entendida como la simple negación de la existencia de una acción o como la simple negación de un movimiento corporal, sino como la no realización de una acción exigida, esto es, como omisión del ejercicio del poder final del hecho, ya que el elemento constitutivo de la omisión es el potencial dominio final del hecho”.<sup>118</sup>

En estos términos la omisión se fundamenta en:

- a) El dominio del hecho,
- b) La finalidad potencial,
- c) Deber de evitar el resultado, y
- d) Calidad de Garante.

No solamente se requiere para la configuración de la omisión del dominio del hecho y de la finalidad potencial, sino que, además se necesita que el activo evite el resultado, esto porque así se lo exige la ley penal. Se necesita, por otro lado, que el activo tenga una calidad respecto del bien jurídico, es decir, se le impone al activo la obligación de salvaguardar y conservar dicho bien.

Calidad de garante, nos indica la Dra. Olga Islas de González Mariscal: “es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien”.<sup>119</sup>

Las fuentes de la calidad de garante derivan de:

- a) La ley,
- b) De un contrato,

<sup>116</sup> Welzel Hans. *Derecho Penal*. . . , obr. cit., p. 238.

<sup>117</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Teoría*. . . , obr. cit., p. 93

<sup>118</sup> Moreno Hernández Moisés. *Sobre*. . . , obr. cit., p. 48

<sup>119</sup> González Mariscal Olga I. *Análisis*. . . , obr. cit., p. 40.

- c) Una aceptación efectiva.
- d) Una conducta anterior peligrosa, y
- e) Especiales comunidades de vida o de peligro

El nexo entre la omisión y el resultado, se da al través de la calidad de garante, el nexo es entonces un nexo normativo, derivado de las fuentes que anteriormente hemos mencionado

#### 4.1.2.- Ausencia de acción finalista

En relación con la ausencia de acción finalista, señala Orellana Wiarco "el sistema finalista considera que la ausencia de conducta se presenta cuando el sujeto no se plantea la realización de un fin típico, no ha seleccionado los medios para lograrlo; no ha considerado los efectos concomitantes y el resultado se produce como efecto de un mero proceso causal"<sup>120</sup>.

Son casos en donde el ser humano interviene como masa mecánica, es decir, sin una acción finalista y como consecuencia acarrear o destruyen a la misma los siguientes:

- a) Caso fortuito.
- b) La fuerza física exterior irresistible.
- c) El sueño, y
- d) El sonambulismo

Por lo que se refiere a la omisión esta no se integra cuando no se reúne la calidad que se exige al sujeto activo (calidad de garante), cuando no se tiene el dominio del hecho, cuando la finalidad no es potencial y cuando no se impone el deber de evitar el resultado

#### 4.2.- Antijuridicidad e injusto

Para Welzel, la antijuridicidad "es la contradicción de un tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada)"<sup>121</sup>

En el finalismo, el hecho, de que una conducta se adecue al tipo, no significa, que la misma sea antijurídica, se da un indicio de ser antijurídica, esto es, la contradicción con el

<sup>120</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Cursos* . . . obr cit p 212

<sup>121</sup> Welzel Hans, *El Nuevo* . . . obr cit . p. 47

ordenamiento se produce entretanto no haya una causa de justificación que la elimine, quién actúa adecuando su conducta al tipo, actúa, en principio antijurídicamente

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, nos señala: “que la antijuridicidad surge de la antinormatividad (tipicidad penal) y de la falta de adecuación a un tipo permisivo, es decir, de la circunstancia de que la conducta antinormativa no esté amparada por una causa de justificación”.<sup>122</sup>

Para determinar entonces si una conducta es antijurídica, se debe indagar, si en el ordenamiento jurídico, es decir, en el derecho penal, civil, mercantil, etc, no hay un permiso que convierta en jurídica dicha conducta

En estos términos, según Welzel: “La antijuridicidad es una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación; lo injusto, por el contrario, es algo sustancial, la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto forma parte de la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentra con el ordenamiento jurídico”.<sup>123</sup>

Gómez Benítez, comenta: “El injusto penal es la acción antijurídica (y por tanto, también típica) misma. Es un sustantivo que alude a un desvalor que se forma sumando el desvalor de la tipicidad y el de la antijuridicidad (aunque más simplificada mente suele aludirse a un desvalor de la antijuridicidad, porque, como se sabe, este desvalor implica ya el de la tipicidad)”.<sup>124</sup> En efecto, la antijuridicidad implica un desvalor, pero, ¿Qué es lo que se desvalora?

El juicio desvalorativo de la antijuridicidad recae sobre la acción típica (dolosa o culposa, de acción o de omisión); lo que prohíben las normas, no son los resultados, sino acciones, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no determina lo injusto en los delitos. “La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado) tiene relevancia en el Derecho penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción)”.<sup>125</sup>

El objeto de la desvaloración, señala Gómez Benítez: “es pues, la acción dolosa o imprudente (desvalor de la acción), dentro de la cual cobra sentido el resultado, que precisamente, por ser obra de una acción dolosa o imprudente se convierte en un resultado desvalorado por el derecho penal (desvalor del resultado)”.<sup>126</sup>

El resultado no es desvalorado en sí mismo, para ello necesita forzosamente de la desvaloración de la acción, al través de esta cobra sentido aquél

<sup>122</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Manual . . . , obr. cit.*, p. 407.

<sup>123</sup> Welzel Hans, *Derecho Penal . . . , obr. cit.*, p. 61.

<sup>124</sup> Gómez Benítez José M., *Teoría Jurídica . . . , obr. cit.*, p. 80.

<sup>125</sup> Welzel Hans, *Derecho Penal . . . , obr. cit.*, p. 75.

<sup>126</sup> Gómez Benítez José M., *Teoría Jurídica . . . , obr. cit.*, p. 82.

Orellana Wiarco, manifiesta: “el sistema finalista se apoya en el desvalor de la acción que incluye no sólo el resultado, sino el desvalor de toda la acción, abarcando la finalidad de la acción sea esta dolosa o culposa”<sup>127</sup>

Por lo tanto, “La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto referido al autor, es injusto personal”<sup>128</sup>

#### 4.2.1.- Causas de justificación.

Indica Welzel, que: “A las normas prohibitivas se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto, y que permiten, por eso, la realización típica. Tales disposiciones permisivas se denominan causales de justificación”<sup>129</sup>

Las causas de justificación no permiten que se forme la antijuridicidad, aun cuando, la acción finalística es típica, es decir, se adecue a un tipo, la misma no puede considerarse como antijurídica, hay respecto de ella un indicio, pero, nada más. Entre el indicio y la antijuridicidad misma puede presentarse un precepto que permita dicha acción, en caso de ser así, la conducta es típica, pero no antijurídica

En este sistema las causas de justificación no eliminan a la tipicidad (tal y como piensan los seguidores de la teoría de los elementos negativos del injusto), sino a la antijuridicidad

Para que operen las causas de justificación es necesario que se tomen en cuenta elementos objetivos y subjetivos. A este respecto nos señala Gómez Benitez: “la exclusión del injusto, es decir, la efectividad excluyente del juicio de antijuridicidad de cualquier causa de justificación, depende no sólo de la existencia objetiva de la situación de justificación, sino, sobre todo, de la constatación de un elemento subjetivo o finalidad positivamente valorable. Esta finalidad se denomina elemento subjetivo de la justificación y se define como dirección de la acción hacia la justificación, hacia una meta socialmente estimable”<sup>130</sup>

Se considera como causas de justificación al igual que en el sistema causalista la legítima defensa, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, entre otras

#### 4.3.- Culpabilidad.

La culpabilidad en la teoría finalista no es ya una relación psicológica entre hecho y autor, sino que se trata de una culpabilidad normativa, que a diferencia del sistema

<sup>127</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso...* obr. cit., p. 280.

<sup>128</sup> Welzel Hans, *Derecho Penal...* obr. cit., p. 74

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>130</sup> Gómez Benitez José M., *Teoría Jurídica...* obr. cit., p. 83.

neoclásico excluye al dolo y la culpa; es por lo tanto una culpabilidad normativamente pura.

Culpabilidad, nos dice Welzel: “es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad”<sup>131</sup>, ya que, “el autor había podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica –tanto si esta se dirige a la realización dolosa del tipo, como si no se aplica la dirección final mínima exigida- una resolución de voluntad conforme a la norma”<sup>132</sup>

El Dr Eugenio Raúl Zaffaroni, nos indica, que la culpabilidad “es la reprochabilidad del injusto al autor”<sup>133</sup> lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigirsele que no lo realizara.

Moisés Moreno Hernández, comenta: “La culpabilidad es entendida acentuadamente normativa, como juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica, en virtud de haber actuado en contra de las exigencias de la norma pudiendo haberlo hecho de otra manera”<sup>134</sup>

Para Gómez Benítez: “La culpabilidad es, pues, puro reproche por haber realizado un injusto cuando el sujeto podía haber actuado conforme al Derecho”<sup>135</sup>

De esta guisa, se reprocha al autor el no haber actuado correctamente, el haber optado por el delito, a pesar de estar en posibilidad de obrar de conformidad a las exigencias del derecho. El autor pudo obrar de modo distinto y a pesar de ello se decidió por la conducta típica y antijurídica, por ello, le es reprochable

La culpabilidad en el sistema finalista, se conforma así de los siguientes elementos:

- a) La imputabilidad,
- b) La posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad, y
- c) La exigibilidad de una conducta conforme a derecho

Para poder determinar si un sujeto es culpable se debe analizar primero si es imputable, esto es, que al momento de realizar la acción tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta así como la capacidad de motivarse para actuar de acuerdo a esa comprensión

La imputabilidad debe ser entendida, entonces, “como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma”<sup>136</sup>

<sup>131</sup> Welzel Hans. *El Nuevo...*, obr. cit., p. 80

<sup>132</sup> *Ibidem*.

<sup>133</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Manual...*, obr. cit., p. 543.

<sup>134</sup> Moreno Hernández Moisés, *Sobre...*, obr. cit., p. 47.

<sup>135</sup> Gómez Benítez José M., *Teoría Jurídica...*, obr. cit., p. 86.

<sup>136</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Teoría...*, obr. cit., p. 118.

La capacidad de culpabilidad, nos indica Welzel: “tiene por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo)”<sup>137</sup> El momento cognoscitivo lo conforma la capacidad de comprender el injusto del hecho, el momento volitivo, lo conforma, a su vez, la capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión.

Otro elemento, que junto con el de la imputabilidad, se debe analizar para determinar la culpabilidad de un sujeto, lo es la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad.

Orrellana Wiarco, señala, que el conocimiento de la antijuridicidad “es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, es el hecho concreto, a la motivación de la norma”<sup>138</sup>.

Gómez Benítez, comenta: “El conocimiento de la antijuridicidad que forma, efectivamente, parte esencial del reproche de culpabilidad, es pues, un conocimiento potencial; es intrascendente para la culpabilidad si el sujeto conoció, o no, la antijuridicidad de lo que hacía en el momento de su acción. Lo que importa a efectos del reproche es si podía conocerlo o no”<sup>139</sup>.

Esto significa que aun cuando el sujeto sabe que su conducta es contraria al orden jurídico, no la modifica, en el sentido de ajustarse a la norma penal

Como último requisito se requiere considerar las diversas circunstancias en que el sujeto actuó para ver si de acuerdo con ellas tuvo la posibilidad de ajustar su conducta a las exigencias de la norma, esto es, para ver si el sujeto tuvo alternativas de acción y que, en lugar de realizar la acción contraria a derecho pudo haber realizado otra distinta

#### 4.3.1.- *Inculpabilidad.*

La inculpabilidad en el sistema finalista tiene lugar, cuando se ven afectados los elementos de la culpabilidad, es decir, la imputabilidad, la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

Se da la Imputabilidad por

- a) Incapacidad de comprensión de la antijuridicidad, y
- b) Incapacidad para autodeterminarse conforme a la comprensión de la antijuridicidad

---

<sup>137</sup> Welzel Hans, *Derecho Penal . . . , obr. cit.*, 182

<sup>138</sup> Orrellana Wiarco Octavio A., *Teoría . . . , obr. cit.*, p. 121.

<sup>139</sup> Gómez Benítez, José M., *Teoría Jurídica . . . , obr. cit.*, p. 87.

La posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad se destruye, al través del error de prohibición. El error de prohibición, nos dice, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni: es “el que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta”.<sup>140</sup>

El error de prohibición puede ser vencible e invencible, si es vencible, da lugar a la disminución de la culpabilidad, si es invencible, trae consigo la inculpabilidad.

El último elemento de la inculpabilidad lo constituye la inexigibilidad de la conducta conforme a derecho, en este caso, al sujeto no puede exigírsele que su conducta se adecue al derecho, toda vez, nadie esta obligado a lo imposible. “El caso más importante de no exigibilidad de la conducta conforme a derecho es el estado de necesidad exculpante”.<sup>141</sup>

El estado de necesidad exculpante es el que se da cuando entran en colisión males, no evitándose una mayor que el que se causa.

---

<sup>140</sup> Zaffaroni Eugenio R. *Manual . . . , obr. cit.*, p. 577.

<sup>141</sup> Welzel Hans. *Derecho Penal . . . , obr. cit.*, p. 211.

CAPITULO CUARTO

## CAPITULO CUARTO

### LA TIPICIDAD

En el capítulo anterior tratamos lo relativo al delito y en particular a los elementos que lo conforman, sin embargo, en tratándose del segundo elemento consideramos que era necesario dedicarle un capítulo entero, en virtud, de que el conocimiento del mismo, es de suma importancia, al grado de señalar que este capítulo y el que le sigue son la columna vertebral del presente trabajo

#### I.- Noción de tipicidad

La tipicidad, nos dice Orellana Wiarco "es a su vez el encuadramiento de la conducta concreta (acción u omisión) al tipo, a la fórmula legal".<sup>1</sup>

En opinión de Castellanos Tena: "La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".<sup>2</sup>

Nos dice Jiménez de Asúa: "la tipicidad en cuanto carácter del delito, se emplea aquí como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen expresada en la ley especie de infracción".<sup>3</sup>

Mariano Jiménez Huerta al tratar el tema de la tipicidad, nos indica: "La adecuación típica supone la conducta del hombre vivificando activamente el tipo en virtud de su subordinación o vinculación con la descripción recogida en la ley. La adecuación típica es un concepto dinámico y funcional, ya que presupone la existencia de una conducta ajustada o vinculada a un tipo y en él directamente subsumible a él legalmente ligada por un nexo de personal o temporal de dependencia".<sup>4</sup>

Por su parte Miguel Angel Carlos Ibarra, nos dice que la: "Tipicidad es la adecuación exacta y plena de la conducta al tipo".<sup>5</sup>

De estas definiciones observamos que para darse la tipicidad como elemento del delito se requiere lo siguiente:

- a) Que se haya constatado la existencia de la conducta,
- b) Que dicha conducta este descrita en la ley penal, es decir, en un tipo, y

<sup>1</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 216.

<sup>2</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Trigésima Primera edición, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 167.

<sup>3</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Quinta edición, Ed. Losada, Buenos Aires, 1992, p. 746.

<sup>4</sup> Jiménez Huerta Mariano, *La Tipicidad*, Ed. Porrúa, México, 1955, p. 15.

<sup>5</sup> Cortés Ibarra Miguel A., *Derecho Penal*, Cuarta edición, Ed. Cárdenas editores, México, 1992, p. 177.

c) Que la conducta pueda adecuarse dentro del tipo.

Una vez que se hayan reunido estos requisitos podremos hablar entonces de tipicidad. Ahora bien, ya en el capítulo anterior se habló de la conducta, sólo resta para efectos de entender más a fondo la tipicidad, saber que es el tipo y cual ha sido su evolución

### 1.1.- Concepto de tipo

Por tipo nos dice el diccionario debemos entenderlo como: “Modelo; ejemplar; Símbolo representativo de algo figurado; prefijo de origen griego que significa marca”<sup>6</sup>

Para Mariano Jiménez Huerta, el tipo es sustantivo del vocablo tipicidad, aquél proviene, del latín *tipus*, “que en su acepción trascendente para el Derecho penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia”.<sup>7</sup>

En opinión de Arturo González: “El vocablo tipo proviene etimológicamente del latín *Typus* y éste del griego *typos* que significa modelo o ejemplo”<sup>8</sup>

Desde el punto de vista penalístico tenemos que hay un sin fin de definiciones referentes al tipo, unas hacen alusión a la función de éste, otras, a sus elementos según su evolución, etc. Aquí transcribiremos sólo algunas, a manera de tener una visión general de dicho elemento.

Alfonso Reyes Echandia, nos dice, que se puede: “definir el tipo como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible”<sup>9</sup>

El mismo Jiménez Huerta nos da una definición de tipo. “El tipo es la descripción de conducta que, a virtud del acto legislativo queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión teórica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible”.<sup>10</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni indica que: “El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario, de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas penalmente relevantes (por penalmente prohibitivas)”<sup>11</sup>

Para Castellanos Tena “El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales”.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> *Gran Diccionario del Saber Humano*. Selecciones del Reader's Digest. Tomo 5. Ed Norma. México, 1992. p. 1921.

Jiménez Huerta Mariano. *La Tipicidad*, obr. cit., p. 11.

<sup>8</sup> González Quintanilla José A. *Derecho Penal Mexicano*, Quinta edición, Ed Porrúa, México, 1999. p. 275

<sup>9</sup> Reyes Echandia Alfonso. *Tipicidad*, Sexta edición, Ed Temis, Colombia, 1997. p. 7.

<sup>10</sup> Jiménez Huerta Mariano. *La Tipicidad*, obr. cit., p. 15.

<sup>11</sup> Zaffaroni Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Ed Cárdenas Editores, México, 1988. p. 167.

El tipo nos dice Cortes Ibarra: "es la figura abstracta o hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias"<sup>13</sup>.

Si analizamos todas estas definiciones, nos damos cuenta que en efecto, el tipo es un molde, que esta ahí esperando a que sea llenado, ese molde concretamente es la norma penal que se encuentra en la parte especial de los códigos o leyes y que es creada por el legislador en virtud de que él es el único que determina que conductas son relevantes para el derecho penal. El legislador da una noción más o menos exacta de la conducta al través de la descripción de la misma, y así cuando se le presenta un caso al Ministerio Público o Juez analiza si dicha conducta concuerda con lo descrito en la norma penal; no toda conducta por lo tanto es relevante para el derecho penal, sino sólo aquella que se encuentra descrita en los tipos.

Para nosotros, el tipo, es la norma que describe una conducta con carácter relevante para el derecho penal.

Por otro lado, cabe aclarar que una cosa es el tipo y otra la tipicidad, el tipo es un elemento para que se de la tipicidad, la tipicidad un elemento del delito, en este sentido nos dice el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni: "el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador, el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio"<sup>14</sup>.

## **2.- La tipicidad en el sistema causalista y finalista.**

En este apartado se tratara lo relativo a la tipicidad como elemento del delito, a través del análisis efectuado dentro de las dos sistemáticas más importantes, es decir, en el sistema causalista y en el sistema finalista.

### *2.1.- La tipicidad en el sistema causalista.*

Al igual que los demás elementos del delito la tipicidad se vio influenciada por los dos subsistemas que dieron origen al sistema causalista, esto es, por el causalismo

---

<sup>12</sup> Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos . . .*, obr. cit., p. 167.

<sup>13</sup> Cortes Ibarra Miguel A. *Derecho . . .*, obr. cit., p. 177.

<sup>14</sup> Zaffaroni Eugenio R. *Tratado . . .*, obr. cit., p. 172.

naturalista y por el causalismo valorativo, por eso a continuación veremos como se concebía en cada uno de ellos a dicho elemento.

### 2.1.1 -Causalismo naturalista

La sistemática empleada por Franz von Liszt para analizar el delito desde el punto de vista del positivismo naturalista, se ve reforzada e incrementada en el año de 1906, cuando Ernest von Beling introduce un nuevo elemento al delito llamado tipicidad, por lo que desde ese momento el delito ya no se estructuraba de la conducta antijurídica culpable y punible tal como lo concebía Liszt, sino que ahora el delito era la conducta típica antijurídica culpable y punible

En este sentido nos dice Moisés Moreno Hernández: “En base en esto Beling arribó finalmente con la suma de otros elementos, a la siguiente definición: delito es la acción típica, antijurídica, culpable, colocada bajo la amenaza de una pena adecuada y suficientes a las condiciones de la amenaza penal”.<sup>15</sup>

Al introducir Beling en la teoría del delito el tipo mediante la publicación de su libro, *Die Lehre vom Verbrechen*, nos dice, que primero debemos analizar si la conducta es típica, para el caso de serlo seguir analizando, si la misma es antijurídica y así sucesivamente, hasta llegar a ver si es punible

Para Beling el tipo tenía un carácter eminentemente descriptivo, es decir, el tipo es el hecho objetivo, abstracto, descrito por los elementos materiales de cada especie delictiva, por eso con razón Jiménez Huerta nos dice: “con Beling se materializa, el tipo; es la suma de aquellos elementos materiales”<sup>16</sup>

Por su parte Reyes Echandía, nos dice, al respecto: “El *tatbestand* belingiano nace, pues, como algo abstracto y objetivo, lo primero porque no pertenece a la vida real sino a la ley, y lo segundo porque su función se agota en la descripción formal de la conducta”<sup>17</sup>

El tipo desde la perspectiva de Beling, era un tipo avalorado, toda vez, que para efectos de la tipicidad, sólo se tomaba en cuenta lo descriptivo, lo material de la conducta, de ahí que se diga que el tipo y la tipicidad tienen como antecesor al cuerpo del delito

“Al construir Beling su teoría del delito no sólo se cuida de separar la tipicidad de la antijuridicidad, sino que también quiere distinguir el *Tatbestand* de la acción”<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Moreno Hernández Moisés, *Sobre el estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana*, Criminología, septiembre-diciembre, 1992, México, p. 36

<sup>16</sup> Jiménez Huerta Mariano, *La tipicidad*, obr. cit., p. 24.

<sup>17</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad*, obr. cit., p. 3.

<sup>18</sup> Jiménez de Asua Luis, *Tratado . . .*, obr. cit., p. 754.

Acción típica, acción antijurídica, acción culpable no son lo mismo, estas deben de ser analizadas separadamente, esto es así, en virtud, de que el tipo describe acciones; todavía no se hablaba de injusto penal, por eso, se daba dicha separación.

De esta guisa podemos señalar los siguientes puntos y características en relación con el tipo en este subsistema:

- a) Debido a la objetividad del tipo penal no se requiere la consideración de aspectos anímicos del autor,
- b) El tipo es puramente descriptivo,
- c) En el tipo penal no se da juicio de valor alguno,
- d) El tipo es valorativamente neutro, y
- e) En el tipo no hay elementos que contengan un juicio sobre el carácter antijurídico de la acción.

### 2.1.2.- *Causalismo valorativo.*

El tipo y a su vez la tipicidad se ven influenciados por este subsistema a partir de que en el tipo se descubrieron elementos normativos y subjetivos, es decir, el tipo penal no es considerado ya como algo descriptivo, con un valor neutro, a hora, se ve influenciado de elementos que permiten que en el mismo haya una valoración.

En el año de 1915, Max Ernest Mayer, en su tratado de derecho penal, nos dice, que este elemento del delito no debe reducirse a una mera descripción, considerando al mismo tiempo que la tipicidad y la antijuridicidad deben de estar separadas la una de la otra, pero, que, sin embargo, la tipicidad es indicio de la antijuridicidad, tanto así que llega a señalar que son como el humo al fuego.

Toda conducta que es típica de acuerdo con Mayer, se presume que es antijurídica, el tipo en este caso ya no nada más es descriptivo, ahora tiene una función, ser indicio de la antijuridicidad, de ahí que se diga que al tipo se le agrega una función valorativa.

Mayer deduce el indicio de la antijuridicidad, al través, de los elementos normativos del tipo, en razón de ello, hay una relación entre tipicidad y antijuridicidad

Señala Jiménez de Asúa: "Una prueba de la conexión entre lo típico y lo injusto son los elementos normativos del tipo"<sup>19</sup>.

La antijuridicidad se deduce del tipo mientras que no aparezca una causa que la destruya, o como dice, Reyes Echandía al tratar el tema: "el indicio de la antijuridicidad

---

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 758.

que el tipo penal contiene puede destruirse cuando se demuestre que, a pesar de ser típica, la conducta en concreto no lesiona el ordenamiento jurídico”.<sup>20</sup> De esta forma la tipicidad es ratio cognoscendi de la antijuridicidad.

Criterio opuesto al de Max Ernest Mayer, es el sostenido por Edmund Mezger; para este jurista alemán. La tipicidad no es ratio cognoscendi, sino ratio essendi de la antijuridicidad, es decir, los elementos del delito no son concebidos de manera autónoma, tal como lo sostenía Beling en su momento, sino que ahora, los funde viéndose afectado por esto la tipicidad y la antijuridicidad, se habla entonces de una acción típicamente antijurídica.

En opinión de Vela Treviño: “Según, la idea de Mezger, la tesis sostenida por él se funda en el conocimiento exacto de la verdadera significación del acto legislativo por el que surgen las leyes penales, siendo indispensable que se sepa qué es lo que efectivamente realiza el legislador cuando crea una nueva ley penal y en ella acuña un nuevo tipo penal”.<sup>21</sup>

En virtud, de lo anterior, tenemos entonces, que el tipo es el que crea a la antijuridicidad. El legislador al crear el tipo al través de acto legislativo, toma en cuenta las conductas que son relevantes para el derecho penal, plasmando así la antijuridicidad de las mismas en el tipo, es decir, aunque el legislador anteriormente esta considerando ya como contraria la conducta, esa contrariedad no toma valor, sino, hasta que es creado el tipo, así la antijuridicidad no existe antes que el tipo, sino después de creado este

Edmund Mezger llegó a decir: “los adversarios de la tesis defendida, que sólo ven al tipo penal como indicio, no el fundamento real de la antijuridicidad de la conducta, desconocen la significación verdadera del acto legislativo por el que surgen las leyes penales”.<sup>22</sup>

“No toda acción antijurídica es punible, para que esto ocurra es preciso que el derecho penal mismo la haya descrito previamente en un tipo especial”.<sup>23</sup> Desde el momento que la conducta es típica, la misma es antijurídica, a menos, que haya una causa que la justifique; “una acción por el hecho de ser típica, no es aun necesariamente antijurídica, pues esta ultima propiedad esta ausente en los casos en que exista una causa de exclusión del injusto”.<sup>24</sup>

Otro aspecto, por el cual se vio influenciado el tipo penal y la tipicidad, se debió a la aparición de los llamados elementos subjetivos del injusto.

Las primeras sugerencias de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, se deben a Merkel y von Ihering (1867), más adelante lo hacen Thon (1878); Hertz (1880), Loeffler

<sup>20</sup> Reyes Echandía Alfonso. *Tipicidad*, obr. cit., p. 4.

<sup>21</sup> Vela Treviño Sergio. *Antijuridicidad y justificación*, Tercera edición Ed. Trillas, 1997. México, p. 50

<sup>22</sup> Petit Candaudap Celestino P., *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, Décimo sexta edición. Ed Porrúa, México, 1994, p. 338, cit. a Mezger.

<sup>23</sup> Reyes Echandía Alfonso. *Antijuridicidad*, Cuarta edición Ed. Temis, 1997, Colombia, p. 26, cit. a Mezger

<sup>24</sup> Franco Guzmán Ricardo. *Delito e Injusto*, *Stj*, México, 1950, p. 46, cit. a Mezger.

(1901); Kolharaus (1903); von Ferneck (1905); Donha (1905); Fisher (1911); Nagler (1914); Hegler (1914); Mayer (1915) y Mezger (1923).

Ricardo Franco Guzmán comenta que: “cuando Fisher, estudiando el carácter objetivo de la ilicitud y reconociendo una clara distinción entre culpabilidad y antijuridicidad, comienza a sentir cierta inquietud por la presencia de algunos momentos subjetivos que intervienen en la formación de los límites del Derecho y del ilícito”.<sup>25</sup>

Partiendo de la base de la antijuridicidad, “este autor sostiene, que la ley no prohíbe un hecho por el resultado producido, sino que algunas veces lo califica según la intención o propósito que guía al agente a realizarlo”<sup>26</sup>; “a pesar de la esencia objetiva de lo antijurídico, reconoce Fisher que a veces concurren elementos subjetivos a delimitar lo justo y lo injusto”.<sup>27</sup>

Harold Albrecht Fisher realizando estos estudios en el área del derecho privado, establece las bases, para que en el derecho penal, sean tomados en cuenta sus aportaciones, es decir, que aun cuando en materia penal predomina la naturaleza objetiva de la antijuridicidad, se deben de tomar en cuenta también para efectos de determinar la misma elementos subjetivos.

Hegler, al igual que Fisher, considera que la antijuridicidad se sustenta en la tesis objetiva, pero que, sin embargo, para determinar el daño social objetivo era necesario la demostración de ciertos momentos subjetivos.

Franco Guzmán, nos dice: “estos elementos Hegler los encuentro en la llamada tendencia interna trascendente (Delikte mit uberschliessender Innentendenz) en los delito de intención”.<sup>28</sup>

“La tendencia interna trascendente (elemento subjetivo) es lo que da color antijurídico a la conducta”.<sup>29</sup>

“Hegler llegó a afirmar que no todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad ni a la antijuridicidad lo sólo objetivo, como se sostenía en el sistema clásico”.<sup>30</sup>

Más adelante (1916), “Hegler ensancha un poco el grupo de delito con momentos subjetivos incluyendo casos caracterizados por la llamada intención demostrada por el contenido, es decir, en los que el fundamento subjetivo de la ilicitud se extiende hasta comprender casos en los que se manifiesta una intención determinante de la acción”.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> Franco Guzmán Ricardo. *La Subjetividad en la Ilícitud*. Ed. Cajica, México. 1959. p. 48.

<sup>26</sup> *Idem*. p. 49

<sup>27</sup> Jiménez de Asúa Luis. *Tratado* . . . , *obr. cit.*, p. 827

<sup>28</sup> Franco Guzmán Ricardo. *La Subjetividad* . . . , *obr. cit.*, p. 50.

<sup>29</sup> Jiménez de Asúa Luis. *Tratado* . . . , *obr. cit.*, p. *Ibidem*.

<sup>30</sup> Moreno Hernández Moisés. *Sobre* . . . , *obr. cit.*, p. 41.

<sup>31</sup> Franco Guzmán Ricardo. *La Subjetividad* . . . , *obr. cit.*, p. 52.

Jiménez de Asúa, infiere: “Al contrario de lo que cree Fisher, niega Hegler que esos elementos funcionen en la justificación de la conducta, pues ello equivaldría a proclamar que el fin justifica los medios”.<sup>32</sup>

“Mayer, por su parte, basado en el pensamiento de Fisher, desarrolló su teoría de los elementos subjetivos, no en el ámbito del tipo como lo hizo Hegler, sino en la esfera de la antijuridicidad; lo cual obedece a su configuración teleológica y material de la antijuridicidad como infracción de las normas de cultura”.<sup>33</sup>

Franco Guzmán, nos señala, que Max Ernest Mayer: “Sostuvo que hablar de ilicitud subjetiva es un error, ya que de este modo, se hace referencia a la imputabilidad, porque cosa muy distinta es considerar que no se pueda afirmar la ilicitud del hecho sin tener en cuenta los elementos subjetivos de la antijuridicidad que no coinciden con los de la culpabilidad”.<sup>34</sup>

De esta guisa, los elementos subjetivos que hacen antijurídica una conducta, son distintos a los que forman a la culpabilidad, de ahí que nos diga Mayer: “Los elementos subjetivos de la antijuridicidad son propias características de lo antijurídico, pero no son características de la culpabilidad, ni propias ni impropias”.<sup>35</sup> Para diferenciar unas de otras, parte de la base de que en la culpabilidad hay un motivo, mientras que en el injusto hay un fin, de tal forma, que el fin y el motivo no se identifican, ya que uno corresponde a la finalidad y el otro a la causalidad

Jiménez de Asúa, manifiesta que: “James Goldschmidt, cree que los elementos subjetivos de lo injusto son elementos de la culpabilidad, pero no demuestra, ni intenta hacerlo, que además esos elementos gravitan sobre lo antijurídico”,<sup>36</sup> por lo que la intención pertenece en todos los caso a la culpabilidad, negando incluso que sean características subjetivas del tipo.

Edmund Mezger, en un principio (1923), sostuvo que los elementos subjetivos eran de exclusiva referencia a lo injusto, más adelante (1926) corrige esta posición, apoyándose en la tesis de Frank, para entonces estos elementos son a la vez elementos de la culpabilidad, ya que de no ser así faltaría la imputabilidad personal

Dice Mezger, “las referencias anímicas subjetivas del infractor respecto al injusto cometido por él, el saber que infringe el ordenamiento jurídico y el conocimiento de los fundamentos fácticos de dicha infracción, la intención de actuar contra el Derecho, son sólo de importancia en lo que concierne a la imputación personal del injusto, por lo tanto en la teoría de la culpabilidad”.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Jiménez de Asúa Luis. *Tratado . . . obr. cit.* p. Ibidem.

<sup>33</sup> Moreno Hernández Moisés. *Sobre . . . obr. cit.* p. Ibidem.

<sup>34</sup> Franco Guzmán Ricardo. *La Subjetividad . . . obr. cit.* p. 56.

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 57

<sup>36</sup> Jiménez de Asúa Luis. *Tratado . . . obr. cit.* p. 828.

<sup>37</sup> Franco Guzmán Ricardo. *La Subjetividad . . . obr. cit.* p. 59. cit. a Mezger.

La regla general es que lo subjetivo pertenezca a la culpabilidad, sin embargo, en el injusto también puede haber momentos subjetivos para su determinación. “Lo injusto es la contradicción objetiva con las normas de derecho y las referencias anímicas subjetivas del infractor importan al menos normalmente, a la teoría de la culpabilidad; pero este principio tiene excepciones, y sería erróneo referir, en consecuencia, todo lo objetivo a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, concibiendo el primero sólo objetivamente y sólo subjetivamente la segunda”.<sup>38</sup>

En consecuencia el tipo para los fines del derecho penal, es un tipo de injusto que contiene elementos descriptivos, normativos y subjetivos. Decía Mezger: “Sólo el derecho positivo puede enseñarnos en que casos existen tales elementos subjetivos de lo injusto, sea como elementos subjetivos de fundamentación del mismo (fundamentación del tipo), sea como elementos subjetivos que excluyen el carácter antijurídico del hecho”.<sup>39</sup>

Después de 29 años, resurge la figura del que dio origen al tipo y la tipicidad, esta vez, reformula dichas figuras en un nuevo folleto, el cual lleva por título *Die Lehre vom Tatbestand* (La teoría del Tipo).

Beling en esta obra hace una distinción entre el tipo delito (*Deliktstypus*) y la figura rectora (*leitbild-tatbestand*). Esa “imagen rectora esta compuesta de una pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma que se desprenden de la descripción legal, que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos (como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa imagen rectora”.<sup>40</sup>

Ernest von Being, señaló: “Toda figura delictiva autónoma se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal presente a veces *expressis verbis*, a veces *sun intelligenda*, para precisarse o completarse por interpretación. Encontrándose esos elementos en parte en la faz externa (objetiva), en parte en la faz interna, subjetiva de la acción. Los elementos externos concretizan el tipo de ilicitud de cada caso y los internos las particularidades de la culpabilidad que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud, como tipo de delito. Pero en cada figura delictiva todas sus características se concretan hacia una imagen rectora unitaria a la cual se relaciona cada uno de esos elementos ya inmediata, ya mediatamente”.<sup>41</sup>

Lo único que hizo Beling con la aportación de la figura rectora, fue el enseñarnos el camino a seguir para determinar cuando una conducta es delictiva, con ello el tipo penal sigue siendo sólo una descripción de la conducta.

En donde, *Leitbild*, es la figura rectora, *Deliktstypus*, el tipo de delito; *Tatbestandmassigkeit*, la adecuación al tipo de delito; *Unrechtstypus*, el tipo de injusto; y el tipo de culpabilidad

<sup>38</sup> Jiménez de Asúa Luis. *Tratado...*, obr. cit., p. 829, cit. a Mezger.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso...*, obr. cit., p. 219

<sup>41</sup> Beling Ernest Von, *Esquema de Derecho Penal*. Ed Depalma, Buenos Aires. 1944. p. 42

El leitbild “es una categoría sin contenido, un concepto funcional que ejerce un papel orientador del derecho penal”<sup>42</sup>; el deliktstypus es, “el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase y cuenta con que el examen de los hechos humanos establezca si estos corresponden a ese cuadro”.<sup>43</sup>

El Urechtstypus, es la conducta antijurídica; y el tipo de culpabilidad es lo interno de la conducta, es decir, la conducta dolosa o culposa.

Podemos concluir los siguientes puntos y características del tipo y la tipicidad en relación con el causalismo valorativo:

- a) La tipicidad (tipo) es ratio cognoscendi respecto de la antijuridicidad,
- b) La tipicidad (tipo) es ratio essendi respecto de la antijuridicidad,
- c) El tipo se compone también de elementos normativos y subjetivos, y
- d) El tipo y la tipicidad se fundamentan en la figura rectora

## 2.2.- La tipicidad en el sistema finalista.

Dentro del sistema finalista encontramos también la característica de la tipicidad. Las aportaciones más destacadas en cuanto a este elemento del delito en este sistema se deben fundamentalmente a Hellmuth von Weber, Alexander Graf zu Dohna y Hans Welzel.

Weber fue el primero en exponer en dos estudios (1929 Grundriss des Tschechoslowakischen Strafrechtes y 1935, Zum Aufbau des Strafrechtssystems), el concepto mixto o bipartito del tipo (tipo objetivo y tipo subjetivo).

Señala Córdoba Roda: “Partiendo de un examen de las conductas tipificadas como delito, se percató H. Von Weber de que, junto a los tipos concebidos en sentido causal, esto es, como pura producción de un resultado integrado por una mutación del mundo exterior, existen otros tipos en los que el legislador ha atendido a la finalidad perseguida por el sujeto”.<sup>44</sup>

De esta forma el legislador tiene dos posibilidades para configurar un comportamiento humano como antijurídico: limitar la norma al comportamiento exterior y prohibir una conducta causal para un resultado o tomar como base el querer del sujeto, y someter a opinión el comportamiento dirigido a un resultado

<sup>42</sup> Reyes Echandía Alfonso. *Tipicidad*, obr. cit., p. 5, cit. a Mezger.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Córdoba Roda Juan, *Una Nueva Concepción del Delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1967, p. 43.

Apoyándose Weber en el concepto normativo de la culpabilidad, considera, entonces que la conducta puede ser determinada como antijurídica de modo objetivo o subjetivo; esto obliga a H. Von Weber a, incluir el dolo dentro de la acción típica.

Comenta el Dr Eugenio Raúl Zaffaroni que "Weber no distinguía entre la atipicidad y justificación, de modo que participaba de una concepción bipartita del delito: tipo de injusto y culpabilidad".<sup>45</sup>

Por lo que se refiere a el conde Alexander Graf Zu Donha, al igual que H Von Weber, expuso también un concepto complejo del tipo penal, esto es, con una composición objetiva y subjetiva

Al respecto nos señala Donha "La oposición entre tipo objetivo y tipo subjetivo, se sustenta sobre principios totalmente distintos. Al tipo objetivo pertenecen todas aquellas características del delito que se concretan en el mundo exterior; al subjetivo aquellas que están en lo interno. Esos tipos no abarcan exclusivamente todas las características de hecho que, conceptualmente, no pertenecen exclusivamente a uno u otro tipo, ni son, puridad, realizables, ya que, en cada caso, la verdadera acción típica es una realización de voluntad, y, por tanto debiera ser atribuida a ambos aspectos"<sup>46</sup>

Con esto nos quiere decir Alexander graf Zu Donha que para determinar si una conducta es delictiva se debe de tomar en cuenta la desvaloración del tipo objetivo y la desvaloración del tipo subjetivo, el uno es el juicio de antijuridicidad y el otro el juicio de culpabilidad

"El merito de Donha es la concepción mixta del tipo expuesta de manera diáfana. Su desvaloración, no doble como se sostiene generalmente, sino bipartita, permite prácticamente construir una teoría del delito objetivo y una teoría del delito subjetivo, o sea, que su teoría parece estar cortada al medio, tanto en el objetivo como en la valoración"<sup>47</sup>

En opinión de Juan Córdoba Roda, hay otras aportaciones por lo que se refiere al tema tratado, manifiesta el maestro español: "Eric Wolf, en 1933, señaló que el concepto de acción debe recibir significado de los tipos de autoría, el dolo y la culpa, como formas psíquicas de acto de resolución, son relevantes, según este ilustre penalista, para el concepto de acción no, para el de culpabilidad. En las mismas fechas destaca Stephan Glasser la pertenencia, en ciertos casos, del dolo a la acción antijurídica. Dos años más tarde indica Lange que una teoría del delito que concibiera al tipo de injusto como la simple realización de un resultado antijurídico, debería forzosamente fracasar en la participación, particularmente en los delitos de intención. La personal entre acto y autor, que permite mostrar el auto como obra del actor se funda sobre una voluntad llena de sentido, esto es,

---

<sup>45</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Manual de Derecho Penal*, Segunda edición, Cardenas editores, Mexico, 1997, p. 400.

<sup>46</sup> Graf Zu Donha Alexander, *La Estructura de la Teoría del Delito*, Segunda edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 17

<sup>47</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Manual de Derecho Penal*, obra cit., p. 204.

sobre el querer realizar el acto como propio; este querer constituye un elemento subjetivo del injusto. Hellmuth Mayer considera que el concepto de acción es desde un principio de naturaleza final, ello da lugar a que exista una diferencia existencial entre el tipo de los delitos dolosos y el de los culposos”.<sup>48</sup>

Las aportaciones más significativas y definitivas en esta sistemática, por lo que se refiere a la tipicidad y tipo, se deben al alemán Hans Welzel. La tipicidad como elemento del delito, y en especial el tipo se ven modificados, en virtud, del concepto final de acción, es decir, con base en el método ontológico a través del cual se analiza el delito

Manifiesta Muñoz Conde: “La acción u omisión humana subsumibles en el tipo no son simples procesos causales regidos por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad debe tomarse en cuenta el contenido de esa voluntad”.<sup>49</sup>

Se toma en cuenta a nivel de la tipicidad el contenido de la voluntad, en virtud, de que las acciones al ser tipificadas por el legislador, es decir, desde el momento en que se seleccionan aquellas acciones como graves para la sociedad, estas ya van impregnadas de finalidad, de ahí, que nos diga Gómez Benítez que: “Por eso, el contenido de la voluntad (finalidad) forma parte ya de la descripción típica”.<sup>50</sup>

De este modo, para determinar la tipicidad de una conducta se deben de tomar en consideración no nada más meros procesos causales, sino que también la finalidad de la conducta, que en este caso, se va a desprender del tipo subjetivo, en forma de dolo o de culpa y que a su vez llevan la directriz de dicha determinación.

Así pues, de acuerdo con Welzel, el tipo materia de la prohibición se compone de elementos objetivos (tipo objetivo) y elementos subjetivos (tipo subjetivo).

Welzel, señalo que: “El objeto que es considerado antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de elementos del mundo exterior (objetivos) y anímicos (subjetivos)”<sup>51</sup>

En opinión del Dr Eugenio Raúl Zaffaroni: “Con Welzel, en la década del 30, se redondea el concepto de tipo complejo, es decir, con un aspecto objetivo y otro subjetivo, dentro del marco de una teoría del delito con tres caracteres específicos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)”<sup>52</sup>

De lo anterior podemos señalar los siguientes puntos y características:

a) El tipo es considerado como un tipo mixto,

<sup>48</sup> Córdoba Roda Juan. *Una Nueva ... obr. cit.* p. 45

<sup>49</sup> Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. Ed Temis. Colombia, 1990. p. 53.

<sup>50</sup> Gómez Benítez José M. *Teoría Jurídica del Delito*. Ed. Civitas. España, 1992. p. 92.

<sup>51</sup> Welzel Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Ed Ariel. Barcelona. España, 1964. p. 48.

<sup>52</sup> Zaffaroni Eugenio R. *Manual ... obr. cit.* p. 400.

- b) El tipo tiene elementos objetivos y subjetivos,
- c) El tipo subjetivo tiene la dirección en el tipo complejo, y
- d) Para la determinación de la tipicidad se deben de tomar en consideración elementos objetivos y subjetivos.

### 2.3.- *La estructura del tipo penal.*

La estructura y por consiguiente el contenido del tipo variara de acuerdo a la sistemática que se adopte, así, por ejemplo, la estructura del tipo en relación con el sistema causalista difiere del sistema finalista, en virtud de que ambos han sido producto de una evolución con aportaciones distintas

#### 2.3.1.- *La estructura del tipo penal en el sistema causalista.*

La estructura del tipo penal en el sistema causalista se formo como es sabido, al través del "causalismo naturalista y del causalismo valorativo"<sup>53</sup>, de ahí que a continuación pasemos a ver como se conformaba en cada uno de ellos.

##### 2.3.1.1.- *Causalismo naturalista*

En el entendido de que en el causalismo naturalista, el delito estaba formado por elementos objetivos y subjetivos; que dentro de los elementos objetivos se encontraba a la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad, por lógica sana, los elementos del tipo tendían a ser objetivos o materiales.

Beling señalaba que: "La objetividad del tipo penal significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor"<sup>54</sup>, esto significaba que, para comprobar el concepto del tipo penal, se basaba para tal efecto exclusivamente en elementos objetivos.

Manifiesta J Arturo González Quintanilla, que: "por los elementos objetivos debemos captar lo referido en la hipótesis delictiva como apreciable con existencia material en el mundo físico. percibidos tales elementos sensorialmente por los sentidos del ser humano"<sup>55</sup>

<sup>53</sup> *Supra.* Cap. IV.. 2.1

<sup>54</sup> Roxin Claus. *Teoría del Tipo Penal*, Ed Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 57, cit a Beling.

<sup>55</sup> González Quintanilla José A., *Derecho Penal ...*, obr. cit., p. 655.

Para López Betancourt: “El elemento objetivo, se identificará, con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerido por el tipo penal. Es un concepto tomado del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describe objetos del mundo real”.<sup>56</sup>

En opinión de Miguel Angel Cortés Ibarra: “en el tipo se contemplan elementos objetivos perceptibles mediante la simple actividad cognoscitiva”.<sup>57</sup>

Orellana Wiarco, que: “los elementos objetivos son aquellos términos o conceptos que aparecen en el tipo y que son de naturaleza material, real, apreciables por los sentidos, los que pueden ser esenciales y que no deben faltar en ningún tipo y los accidentales que pueden aparecer al lado de los esenciales y que también deben ser satisfechos en el tipo concreto en que aparezcan para poder considerar la tipicidad de la conducta”.<sup>58</sup>

Cabe señalar que estos elementos, se les denomina también, como elementos descriptivos del tipo, considero que en esta etapa era correcto llamarles así, toda vez, que lo único que se describía eran precisamente nada más elementos objetivos.

En este orden de ideas y de las definiciones transcritas con anterioridad podemos señalar como elementos del tipo en el causalismo naturalista a los siguientes:

- a) La conducta,
- b) El resultado,
- c) El nexa causal,
- d) El sujeto activo,
- e) El sujeto pasivo,
- f) El objeto, y
- g) Las referencias
  - Tiempo,
  - Lugar,
  - Ocasión,
  - Medios, y
  - Modo

---

<sup>56</sup> López Betancourt Eduardo. *Teoría del Delito*. Séptima edición, Ed Porrúa, México, 1997, p. 129.

<sup>57</sup> Cortés Ibarra Miguel A., *Derecho Penal, obr. cit.*, p. 178.

<sup>58</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso ... obr. cit.*, p. 223.

La conducta, nos dice José Arturo González Quintanilla, “constituye el núcleo o núcleos (verbo o verbos) en la descriptiva (hacer o dejar de hacer)”<sup>59</sup>

Nos comenta Orellana Wiarco que la conducta, se refiere “a la acción, o omisión o comisión por omisión que conforme al núcleo o verbo del tipo debe realizar el sujeto activo”.<sup>60</sup>

En este sentido, Mariano Jiménez Huerta, señala que: “Los tipos delictivos contienen siempre descripción de conducta. Los movimientos externos y estados o procesos que describen, objetivizan la conducta humana”.<sup>61</sup>

Para Reyes Echandía, la conducta: “no es aquel concreto y particular comportamiento humano que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido, sino aquella amplia y abstracta descripción que de una hipotética actividad del hombre hace el legislador en una norma penal”.<sup>62</sup>

En efecto, la conducta descrita en el tipo penal, al través de un verbo, es algo abstracto, que tiene vida, cuando el sujeto activo la lleva al cabo, al través de una acción o de una omisión, y el cual se considera objetiva porque se constata por medio de los sentidos

El resultado indica Orellana Wiarco, es: “el daño y lesión que corrió el bien jurídico, que debe ser material”<sup>63</sup>

Para J Arturo González Quintanilla: “El resultado es un a afectación material o inmaterial (lesión física, jurídica o puesta en peligro) en relación con el bien jurídico protegido”<sup>64</sup>

El resultado es entonces la consecuencia (lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido) que muchas veces esta descrito en el tipo penal

El nexa causal, es el ligamen que une el verbo (conducta) con el resultado, que no se encuentra descrito en el tipo, pero que sin embrago sirve para determinar la objetividad del verbo y el resultado

Los sujetos comenta Reyes Echandía: “constituyen elemento primordial del tipo, ellos están ubicados en los extremos de la conducta típica”<sup>65</sup>

Por su parte Orellana Wiarco, indica que el sujeto activo: “es la persona que ejecuta

<sup>59</sup> González Quintanilla José A., *Derecho Penal . . . , obr. cit.*, p. 650.

<sup>60</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso . . . , obr. cit.*, p. 223.

<sup>61</sup> Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, Ed Porrúa, México, 1972, p. 38.

<sup>62</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad, obr. cit.*, p. 47.

<sup>63</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso . . . , obr. cit.*, p. 223.

<sup>64</sup> González Quintanilla José A., *Derecho Penal . . . , obr. cit.*, p. 653.

<sup>65</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad, obr. cit.*, p. 26

la conducta típica y que en el tipo se indica por lo común por las partículas Al que, El que, al responsable, Al autor, etc, es decir, se designa genéricamente a la persona".<sup>66</sup>

Miguel Angel Cortés Ibarra, señala que el sujeto activo: "Es la persona física individual que desarrolla la acción criminosa".<sup>67</sup>

J Arturo González Quintanilla, comenta que: "El activo es cualquier partícipe que al llevar a cabo el comportamiento, pone en forma culpable una condición física o psíquica que trasciende al delito".<sup>68</sup>

Reyes Echandía, nos dice concretamente que el sujeto activo es "la persona que realiza la conducta típica".<sup>69</sup>

Nosotros consideramos que el sujeto activo es la persona que esta descrita en el tipo penal muchas veces de forma genérica, otras, haciendo referencia a una cualidad, y el cual toma vida cuando se lleva al cabo la conducta (verbo) por esté

El sujeto pasivo es según opinión de López Betancourt, aquél "sobre el cual recae la actuación del sujeto activo".<sup>70</sup>

Para Irma G Amuchategui Requena, el "Sujeto pasivo es la persona física o moral sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente".<sup>71</sup>

Reyes Echandía, indica, que el sujeto pasivo: "es el titular del interes jurídico protegido por el legislador en el tipo penal, interés que resulta vulnerado por la conducta del agente".<sup>72</sup>

Señala Orellana Wiarco que: "El sujeto pasivo es la persona que resulta afectada en el bien jurídico tutelado por el tipo, y que en el tipo aparece también en forma genérica bajo a las expresiones a otro, de la persona, de alguien, etc".<sup>73</sup>

González Quintanilla comenta que el pasivo "es el titular del bien jurídico protegido".<sup>74</sup>

El sujeto pasivo es para nosotros la persona que esta descrita en el tipo penal de forma genérica o específica y la cual se ve afectada cuando el sujeto activo realiza la conducta (verbo)

<sup>66</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso . . .*, obr. cit., p. 223.

<sup>67</sup> Cortes Ibarra Miguel A., *Derecho Penal*, obr. cit., p. 178.

<sup>68</sup> González Quintanilla Jose A., *Derecho Penal . . .*, obr. cit., p. 651.

<sup>69</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad*, obr. cit., p. 26.

<sup>70</sup> López Betancourt Eduardo, *Teoría . . .*, obr. cit., p. 128.

<sup>71</sup> Amuchategui Requena Irma G., *Derecho Penal*, Ed Harla, México, 1997, p. 36.

<sup>72</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad*, obr. cit., p. 43.

<sup>73</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso . . .*, obr. cit., *idem*.

<sup>74</sup> González Quintanilla José A., *Derecho Penal . . .*, obr. cit., p. 651.

Por lo que respecta al objeto, este es de dos clases a saber

a) Jurídico, y

b) Material

El objeto jurídico, es normalmente conocido dentro de la doctrina penal como bien jurídico, en este sentido nos indica Reyes Echandía que: "a la objetividad jurídica, la doctrina suele emplear las expresiones bien o interés"<sup>75</sup>, como veremos se utilizan indistintamente ambas expresiones para designar el objeto jurídico.

Señala Irma G. Amuchategui Requena, que: "El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley"<sup>76</sup>

J. Arturo González Quintanilla manifiesta que: "la noción de Bien Jurídico dentro de la temática penal, se reduce a la situación cuya permanencia relativa inviolabilidad se tutela mediante la conminación de la pena".<sup>77</sup>

López Betancourt señala que: "el objeto jurídico es el bien protegido por la ley penal, es decir, el bien jurídicamente tutelado"<sup>78</sup>.

En su época von Liszt señalo que, "El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la del Derecho eleva el interés vital a Bien Jurídico"<sup>79</sup>

Comenta Raúl González Salas campos que para Liszt: "el objeto de la acción delictiva tiene que ser sobre un Bien Jurídico, el que evidentemente era materializado"<sup>80</sup>, esto en función de que Liszt partía de la acción causal y de la creación del bien jurídico a través de la vida.

Para nosotros el bien jurídico, es la protección que se ejerce a los intereses a través del tipo penal: o. como dice el Dr Eugenio Raúl Zaffaroni: el "Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinados conductas que la afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas".<sup>81</sup>

Cabe señalar que no siempre se describe en los tipos el bien jurídico tutelado, la mayoría de las veces debe de deducirse de la descripción total

<sup>75</sup> Reyes Echandía Alfonso. *Tipicidad*, obr. cit., p. 69

<sup>76</sup> Amuchategui Requena Irma G., *Derecho Penal*, obr. cit., p. 37.

<sup>77</sup> González Quintanilla José A., *Derecho Penal* . . . , obr. cit., p. 309.

<sup>78</sup> López Betancourt Eduardo, *Teoría* . . . , obr. cit., p. 128.

<sup>79</sup> Salas Campos Raúl G., *La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Editores Pérez Nieto. México. 1995, p. 25, cit a Liszt.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>81</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Tratado* . . . , obr. cit., p. 240.

Por lo que respecta al objeto material, nos indica Irma Griselda Amuchategui Requena que: “es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido”<sup>82</sup>

Reyes Echandia, comenta que: “el objeto material es aquello sobre lo cual se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente”<sup>83</sup>

Para Antonio José Cancino “El objeto material de la conducta típica es aquella persona, cosa, animal o fenómeno, hacia el cual se dirige el obrar humano representado en el núcleo rector, produciendo comportamientos, modificaciones o daños según el caso”<sup>84</sup>

En nuestra consideración y de las definiciones vertidas con anterioridad el objeto material es la persona (física o moral), o la cosa sobre la cual recae la conducta ya sea en forma de daño o peligro, descrita en el tipo penal y desplegada por el sujeto activo

Muchas veces el sujeto pasivo y el objeto material llegan a coincidir, sin embargo, otras veces el sujeto pasivo, es el ofendido, es decir, el que de manera indirecta resiente el daño o peligro

Comenta Jiménez de Asúa Luis en relación a las referencias contenidas en los tipos penales como elementos objetivos de este: “a veces, y como excepción, en verdad frecuente, el tipo se ha compuesto conforme a determinadas referencias al tiempo, lugar, ocasión, y sobre todo, a los medios empleados. Aunque esas referencias ya las señaló Beling, fue Max Ernest Mayer quien las sistematizó mejor hablando de las modalidades como referencias a la acción que deben ser estimadas como partes integrantes en los elementos del tipo legal”<sup>85</sup>

Reyes Echandia señala “es necesario destacar que unas veces la descripción contenida en los tipos es simple en cuanto el legislador se limita a señalar, sin aditamentos circunstanciales de ninguna especie el quehacer humano que considera digno de sanción, en tanto que otras veces consigna expresas modalidades que concretan y enmarcan la conducta en el tiempo y en el espacio”<sup>86</sup>

De esta guisa, las referencias son elementos objetivos que pueden o no estar señalados en cada tipo penal, de ahí que se diga que son elementos contingentes o no constantes del tipo penal

Las referencias de tiempo hacen mención al momento en que el hecho debe ejercitarse para que resulta típicamente adecuado

---

<sup>82</sup> Amuchategui Requena Irma G., *Derecho Penal* . . . , obr. cit., p. 57.

<sup>83</sup> Reyes Echandia Alfonso, *Tipicidad*, obr. cit., p. 82.

<sup>84</sup> Cancino Mariano José A., *El Objeto Material del Delito*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1979, p. 49.

<sup>85</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado* . . . , obr. cit., p. 814.

<sup>86</sup> Reyes Echandia Alfonso, *Tipicidad* . . . , obr. cit., p. 63.

La circunstancia de lugar se refiere al espacio en el cual se ha de llevar a cabo la conducta, es la circunscripción o delimitación del escenario

La referencia de ocasión, es la situación especial generadora de riesgo para el bien jurídico, de la cual el sujeto activo aprovecha y se beneficia, para realizar la conducta

Los medios son aquellos instrumentos físicos empleados para realizar la conducta.

La referencia de modo hace alusión a la forma en que el sujeto activo a de realizar la conducta, contraria a la referencia anterior, en esta se hacen uso de medios síquicos

Todos estos elementos conforman el tipo objetivo del causalismo naturalista

### 2.3.1.2.- *Causalismo valorativo*

En este subsistema el tipo objetivo del causalismo naturalista se ve incrementado cuando aparecen nuevos elementos, al respecto nos dice Luna Castro: "la comprensión inicial de mera función descriptiva despojada de todo vestigio de valoración, se pasa a aceptar dentro del tipo la presencia de elementos normativos y los llamados subjetivos del injusto, aunque esto de manera meramente excepcional"<sup>87</sup>

De esta guisa el tipo penal se conformaba de los siguientes elementos:

a) Elementos Objetivos.

-La conducta.

-El resultado.

-El nexos causal

-El sujeto activo.

-El sujeto pasivo

-El objeto.

- Referencias

b) Elementos normativos, y

c) Elementos subjetivos

---

<sup>87</sup> Luna Castro Jose N., *El Concepto de Tipo Penal en México*, Ed Porrúa, Mexico, p 41.

Max Ernest Mayer: “considera como elemento normativo del tipo todo aquel que para ser determinado requiere una previa valoración; los elementos típicos normativos se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho”.<sup>88</sup> Es decir, para este autor los elementos normativos, eran elementos de la antijuridicidad y por lo tanto del tipo, toda vez, que sostenía que la tipicidad es la ratio cognoscendi de la antijuridicidad, esto es, a lo que se llamaba injusto tipificado.

Edmundo Mezger: “considera como elemento normativo del tipo todo aquel que para ser determinado requiere un previa valoración, los elementos típicos normativos se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho”.<sup>89</sup> Es decir, para esta autor los elementos normativos, eran elementos de la antijuridicidad y por tanto del tipo, toda vez, que sostenía que la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad, esto es, a lo que se llamaba injusto tipificado.

Eric Wolf fue rígido ya que “sostuvo que en definitiva todos los elementos del tipo son normativos”<sup>90</sup>, y “por tanto, conceptos valorativos teleologicamente tipificados”<sup>91</sup>

Pero, ¿Qué son los elementos normativos?; “Los elementos normativos, son, nos dice Bacigalupo: “los contenidos en una descripción de la conducta prohibida, que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que requieren para captarlos un acto de valoración”.<sup>92</sup>

Orellana Wiarco, refiere que “Los elementos normativos en el tipo lo constituyen las valoraciones culturales o jurídicas que a veces aparecen en el tipo”.<sup>93</sup>

En opinión de Reyes, los elementos normativos son “aquellos elementos del tipo que requieren una particular valoración de parte del interprete, sin la cual no es posible precisar su verdadera significación y alcance”.<sup>94</sup>

Gómez Benitez, señala que son, “aquellos conceptos aludidos en la descripción típica que requieren de una complementación valorativa de naturaleza jurídica o social. Es decir, que su significado no se reduce directamente de juicios de experiencia, sino a través de juicios de valoración jurídica o social. Por eso se dice que su naturaleza es estrictamente normativa”<sup>95</sup>

<sup>88</sup> Jiménez de Asúa Luis. *Tratado . . . obr cit.*, p. 900, cit. a Mezger.

<sup>89</sup> Jiménez Huerta Mariano. *Tipicidad, obr. cit.*, p. 75, cit. a Mezger

<sup>90</sup> Zaffaroni Eugenio R. *Tratdo . . . obr cit.*, p. 284, cit. a Wolf

<sup>91</sup> Jiménez Huerta Mariano. *Tipicidad, obr. cit.*, p. 76.

<sup>92</sup> Petit Candaudap Celestino P. *Apuntamientos . . . obr. cit.*, p. 345, cit. a Bacigalupo.

<sup>93</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Curso . . . obr. cit.*, p. 225

<sup>94</sup> Reyes Echandía Alfonso. *Tipicidad, obr. cit.*, p. 90.

<sup>95</sup> Gómez Benitez José M. *Teoría Jurídica . . . obr. cit.*, p. 223.

Para José A. González Quintanilla, los elementos normativos: “son aquellas situaciones o conceptos complementarios impuestos en los tipos que requieren de una valoración cognoscitiva, jurídica cultural o social”<sup>96</sup>

La opinión dominante señala que los elementos normativos son de dos clases de valoración:

- a) Jurídicos, y
- b) Culturales o extrajurídicos

Los primeros, comenta Luna Castro: “podrían considerarse como verdaderos elementos de valoración jurídica o normativos por implicar una relación específica a la antijuridicidad, en contraposición con aquellos que admiten una valoración de carácter cultural, ético o social”<sup>97</sup>

Reyes Echandía, por su parte, nos indica, que los elementos jurídicos: “implican una valoración eminentemente jurídica en cuanto se trata de conceptos que pertenecen al ámbito del derecho, al cual debe reunir el interprete para fijar su alcance”<sup>98</sup>

Los segundos, nos dice Mezger, son: “aquellos en que el proceso valorativo ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen a la esfera misma del Derecho”<sup>99</sup>

Los elementos normativos extrajurídicos, comenta Reyes Echandía, tienen un contenido cultural y requieren valoraciones de orden ético o social”<sup>100</sup>

Luna Castro, nos indica, que: “los elementos normativos de valoración cultural o extrajurídica serán aquellos que requieren de apreciaciones dotadas de contenido ético o social”<sup>101</sup>

De esta forma podemos decir que son elementos normativos del tipo, aquellas características que recaen sobre el sujeto activo, pasivo, objeto material o la conducta y que deben ser constatados por el Juez o Ministerio Público, a través de los ordenamientos jurídicos, de la jurisprudencia, de las costumbres, según la propia naturaleza de estos

El otro elemento que formaba parte en algunos tipos penales, además de los objetivos y normativos, son los elementos subjetivos del injusto o del tipo

Nos comenta López Betancourt que: “los elementos subjetivos del tipo penal van atender a la intención, al ánimo que tiene el sujeto activo o debe tener en la realización de

<sup>96</sup> González Quintanilla José A., *Derecho Penal* . . . , obr. cit., p. 656.

<sup>97</sup> Luna Castro José N., *El Concepto* . . . , obr. cit., p. 26.

<sup>98</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad* . . . , obr. cit., 91.

<sup>99</sup> Jiménez Huerta Mariano, *La Tipicidad*, obr. cit., p. 77, cit. a Mezger.

<sup>100</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad*, obr. cit., p. 91.

<sup>101</sup> Luna Castro José N., *El Concepto* . . . , obr. cit., p. 20.

penal, es decir, atienden a características que se dan en el mundo interno, en la psique del autor”.<sup>102</sup>

Orellana Wiarco, indica que: “Los elementos subjetivos del tipo se refieren a situaciones de carácter Psicológico del sujeto activo al momento de realizar la conducta. Se refieren a estados de ánimo o a otros aspectos Psicológicos distintos del dolo o de la culpa”.<sup>103</sup>

En opinión de J. Arturo González Quintanilla, los elementos subjetivos: “Consisten en la finalidad, ánimo, propósito o tendencia del sujeto en su yo interno, que lo impulsan a la realización del delito”.<sup>104</sup>

M. Octavio Vázquez Padilla, señala que “los elementos subjetivos –diferentes al dolo-, son aquellos componentes de la descripción típica, que presuponen una determinada actitud intelectual o anímica en el sujeto activo”.<sup>105</sup>

En este sentido no debe confundirse a los elementos subjetivos con el dolo, aun cuando “señalamos”<sup>106</sup> que para algunos autores son elementos del tipo, para otros elementos de la antijuridicidad y para otros elementos de la culpabilidad.

Nosotros consideramos que son elementos del tipo, toda vez que los mismos, están contenidos precisamente en él y no en otro lugar, que sirven para fundamentar la antijuridicidad y algunas veces la culpabilidad, es evidente, pero, sin embargo, no son elementos ni de una, no de otra, sino del tipo.

Tampoco puede decirse respecto a estos elementos, que son una especie de dolo, concretamente del llamado dolo específico, queriendo con esto ubicarlos dentro de la culpabilidad. “Dentro de la concepción causalista, la admisión de los elementos subjetivos ha sido siempre con la reserva relativa a considerar que tales aspectos, aunque subjetivos, son referencias a la tendencia o estado de conciencia del autor, pero al fin, completamente distintos al dolo o culpa”<sup>107</sup> De esta forma, cuando falta el elemento subjetivo, la conducta tendrá que ser considerada como atípica, cuando falta el dolo, la conducta es típica, antijurídica pero no culpable

### 2.3.2.- *La estructura del tipo penal es el sistema finalista.*

En esta sistemática el tipo penal se componía de los siguientes elementos:

#### a) Objetivos

<sup>102</sup> López Betancourt Eduardo. *Teoría . . . , obr. cit.*, p. 134.

<sup>103</sup> Orellana Wiarco Octavio A. *Curso . . . , obr. cit.*, p. 224.

<sup>104</sup> González Quintanilla José A. *Derecho Penal . . . , obr. cit.*, p. 656.

<sup>105</sup> Vázquez Padilla Octavio M., *Subjetivismo e Injusto*, Ed. Cárdenas editores. México, 2001, p 158.

<sup>106</sup> *Supra*, 2 1 2, de este capítulo.

<sup>107</sup> Luna Castro José N. *El Concepto . . . , obr. cit.*, p 29.

- Conducta,
- Nexo causal,
- Resultado material,
- Objeto material,
- Bien jurídico,
- Sujeto activo,
- Sujeto pasivo,
- Referencias
- Elementos normativos.

b)Subjetivos.

- Dolo o culpa,
- Elementos subjetivos del tipo.

Indica el Dr. Márquez Piñero que: “el tipo finalista, el tipo de injusto se encuentra estructurado con arreglo a una doble pareja de elementos contrarios, que se entrecruza entre sí, a saber. Los objetivos-subjetivos y los correspondientes a los actos del autor”<sup>108</sup>

Señala Orellana Wiarco que: “Para el finalismo, el tipo esta compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también subjetivos”.<sup>109</sup>

Los elementos objetivos son los mismos que estructuran el tipo objetivo del causalismo, nada más, que se agregan a ellos los elementos normativos (jurídicos o culturales). El tipo subjetivo se ve incrementado cuando además, de los elementos subjetivos (del tipo o del injusto). se agregan el dolo o la culpa

“Los elementos del tipo objetivo se refieren a condiciones externas o jurídicas de la naturaleza objetiva. Los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea, al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo, o a la no observancia del deber de cuidado (culpa)cundo el resultado dañoso era previsible”<sup>110</sup>

<sup>108</sup> Márquez Piñero Rafael. *El Tipo Penal*, III, UNAM, México. 1992. p. 244.

<sup>109</sup> Orellana Wiraco Octavio A.. *Curso . . . obr. cit.*, p. 237.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p 238.

La novedad radica en este sistema que al dolo y la culpa son trasladados al ámbito del tipo, por lo tanto, ambos deben de ser concebidos de distinta forma.

Según el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni: "Dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto".<sup>111</sup>

Para Hans Welzel, el: "dolo es el saber y querer la realización del tipo".<sup>112</sup>

Gómez Benítez, lo define como la: "finalidad dirigida hacia la realización del tipo penal, ya sea de resultado, ya sea de mera actividad".<sup>113</sup>

De los conceptos vertidos con anterioridad observamos que el dolo se forma de los siguientes elementos

a) El conocimiento, aspecto cognoscitivo o intelectual, y

b) El querer o la voluntad, aspecto conativo.

En relación con el aspecto cognoscitivo, lo que se debe conocer es la parte objetiva del tipo, es decir, la conducta, el resultado, el nexa causal, el objeto material, etc

Señala Welzel que: "la parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal".<sup>114</sup>

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni señala que: "Lo necesario para el aspecto cognoscitivo del dolo es que todos los elementos del tipo hayan tenido actualidad en algún momento de la etapa interna, con coherencia suficiente para fundar o apoyar la naturaleza final típica de la acción".<sup>115</sup>

El aspecto intelectual o cognoscitivo implica la situación de que primero se conoce la parte objetiva del tipo, para después estar en aptitud de llevarla a cabo. es decir, no se puede querer y después conocer; el querer presupone entonces el conocer. Por otro lado el conocimiento debe ser actual o actualizable sobre todos los elementos objetivos del tipo penal, "no vale el conocimiento potencial, sino que ese saber, esa conciencia debe estar presente en el momento en el que el sujeto activo despliega su conducta."<sup>116</sup>

Al introducir el finalismo los elementos normativos en el tipo objetivo, estos, también tienen que ser conocidos por el sujeto activo, de forma total, así lo establece el Dr.

<sup>111</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Tratado . . . , obr. cit.*, p. 297.

<sup>112</sup> Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, Onceava edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969, p. 77.

<sup>113</sup> Gómez Benítez José M., *Teoría Jurídica . . . , obr. cit.* p. 71.

<sup>114</sup> Welzel Hans, *Derecho Penal . . . , obr. cit.*, p. 78.

<sup>115</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Tratado . . . , obr. cit.*, p. 303.

<sup>116</sup> Díaz Aranda Enrique, *Teorías del Dolo Eventual*, Criminalia, mayo-agosto, 1997, México, p 53.

Eugenio Raúl Zaffaroni: “lo que el dolo requiere es un efectivo conocimiento, debiendo ser así el conocimiento de los elementos normativos”.<sup>117</sup>

Por lo que se refiere al aspecto conativo infiere Welzel: “La parte volitiva del dolo es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización), el querer en el Derecho Penal es la voluntad de realización referente a l tipo de un delito. Por lo tanto, en el Derecho Penal querer no significa querer tener o querer alcanzar (en el sentido de aspirar), sino querer realizar”.<sup>118</sup>

Mario Octavio Vázquez Padilla, nos indica, que: “El dolo no se integra únicamente con el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo y la previsión del curso causal, es además necesario que el sujeto quiera o acepte realizar la parte objetiva del tipo”.<sup>119</sup>

El aspecto conativo significa, entonces querer realizar la parte objetiva del tipo una vez que es conocida.

La estructura del tipo doloso muchas veces se integra además del dolo de los elementos subjetivos distintos del dolo.

Nos indica el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni que: “los elementos subjetivos del tipo legal distintos del dolo son intenciones que van más halla del querer la realización del tipo objetivo o particulares disposiciones internas puestas de manifiesto en el modo de obtención de la realización del tipo legal distintos del dolo”.<sup>120</sup>

Del tipo doloso se pueden derivar varias forma del mismo, por ejemplo, tipo doloso activo, tipo doloso omisivo, tipo doloso activo consumado, tipo doloso no consumado (tentativa), etc.

La forma perfecta de la acción finalista se da cuando se conoce y se quiere la realización (acción u omisión) del tipo objetivo, es decir, si la acción finalista se basa en realizar una conducta relevante de acuerdo a un fin u objetivo, es precisamente en la realización de los tipos dolosos en donde perfectamente ambos elementos del delito son coincidentes dado que “La acción es una actividad humana, pero tal actividad está orientada concientemente a un fin”.<sup>121</sup> Acción finalista y realización del tipo doloso son identificables.

La acción finalista no sólo puede manifestarse en forma de dolo, sino también de manera culposa o imprudente

---

<sup>117</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Tratado...*, obr. cit., p. 314.

<sup>118</sup> Welzel Hans, *Derecho Penal...*, obr. cit., p. 79.

<sup>119</sup> Vázquez Padilla Octavio M., *Subjetivismo...*, obr. cit., p. 148.

<sup>120</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Tratado...*, obr. cit., p. 316.

<sup>121</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso...*, obr. cit., p. 199.

Comenta Jescheck que actúa imprudentemente, “quién realiza el tipo de una ley penal a consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía o considerarlo posible pero confiando contra su deber en que el resultado no se producirá”.<sup>122</sup>

Orellana Wiarco, nos señala que: “pertenecen al tipo las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico, que se proyecta en consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirá, o ni siquiera penso en su producción”<sup>123</sup>

Gómez Benítez, refiere que: “la voluntad de realización de la acción no comprende, en los delitos imprudentes, la voluntad de realización del resultado. La finalidad no se dirige, pues, a la causación del resultado, sino a la realización de una acción contraria al cuidado objetivamente necesario”<sup>124</sup>

De lo anterior se desprende, que en la culpa también hay finalidad, es decir, el sujeto actúa conforma a un objetivo o fin, sin embargo, en las acciones típicas culposas la finalidad no es relevante, lo que importa es la forma en como se ejecuta el fin u objetivo

En opinión de él Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni el tipo subjetivo culposo, es decir la culpa propiamente dicha: “se integra en un aspecto conativo y un aspecto intelectual o cognoscitivo. El aspecto conativo es la voluntad de realizar la conducta final de que se trate con los medios objetivos. El aspecto cognoscitivo o intelectual de la culpa es la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos y de prever la posibilidad del resultado conforme a este conocimiento. Este aspecto se denomina previsibilidad”<sup>125</sup>

El sujeto activo al proponerse un fin u objetivo, al seleccionar los medios mediante los cuales llevara a cabo ese fin u objetivo, sabe que entre uno y otro (fin y medios) debe de poner el mayor cuidado una vez que los lleva al cabo, ya que de no ser así podría generar un resultado dañoso socialmente, aun cuando confía en que pueda o no producirse el mismo

De esta forma podemos señalar los siguientes puntos en relación con la acción típica culposa:

- a) En la culpa hay finalidad.
- b) La finalidad pasa a un plano secundario, es decir, lo que interesa es la forma en que se ejecuta.

<sup>122</sup> Jescheck Hans-Herich, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Tercera edición, Ed Bosch, Barcelona, 1978, p. 776.

<sup>123</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso . . .*, obr. cit., p 199

<sup>124</sup> Gómez Benítez José M., *Teoría Jurídica . . .*, obr. cit., p. 75

<sup>125</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Manual . . .*, obr. cit., p. 461

- c) En la acción típica culposa se viola un deber de cuidado, y
- d) El sujeto activo debe actuar en posibilidades de prever el resultado.

### 3.-Ausencia de tipicidad.

Así como otros elementos del delito tienen un aspecto negativo, la tipicidad también tiene el suyo, comúnmente denominado atipicidad o ausencia de tipicidad. Veremos en términos generales en que consiste, para luego pasar a ver su concepción dentro de las sistemáticas más importantes en derecho penal

#### 3.1.-Noción de atipicidad.

En opinión de Orellana Wiarco: “la atipicidad consiste en la falta total o parcial de la adecuación o encuadramiento del hecho o conducta al tipo”.<sup>126</sup>

Para López Betancourt. “La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es el aspecto negativo de la tipicidad”<sup>127</sup>

Refiere Fernando Castellano Tena. “cuando no se integran todos los elementos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo”<sup>128</sup>

Reyes Echandía indica que. “la atipicidad es el fenómeno en virtud del cual un cierto quehacer del hombre, aparentemente punible, no se adecua a ningún tipo legal y, por ende no es susceptible de sanción alguna en el ámbito del derecho penal”<sup>129</sup>

Nosotros consideramos que hay atipicidad cuando la conducta (acción u omisión) no se adecua al tipo penal, es decir, a los elementos descritos de forma objetiva, subjetiva o normativos, según este estructurado este

<sup>126</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso . . .*, obr. cit., p. 231.

<sup>127</sup> López Betancourt Eduardo, *Teoría . . .*, obr. cit., p. 140

<sup>128</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos . . .*, obr. cit., p. 174.

<sup>129</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad*, obr. cit., p. 263.

### 3.2 -*La atipicidad en el sistema causalista.*

De la misma forma como hemos venido tratando lo relativo a la tipicidad y tipo, ahora nos toca ver como se concebía el aspecto negativo de la tipicidad en el sistema causalista, es decir, tanto en el sistema del causalismo naturalista, como en el causalismo valorativo.

#### 3.2.1 -*Causalismo naturalista.*

La atipicidad en el sistema del causalismo naturalista tiene lugar cuando la conducta (acción u omisión) no se adecua los elementos objetivos descritos en el tipo penal, es decir, por:

- a) La no adecuación de la conducta (acción u omisión) al verbo rector,
- b) La falta del resultado previsto en el tipo.
- c) La ausencia del nexa causal.
- d) La falta de objeto material.
- e) La ausencia de bien jurídico,
- f) La falta de calidad en el sujeto activo,
- g) La ausencia de calidad en el sujeto pasivo, y
- h) La ausencia de referencias

La ausencia de tipicidad recae fundamentalmente en los elementos objetivos del tipo, en virtud de que en esta sistemática el tipo es considerado de forma descriptiva-objetiva

#### 3.2.2.-*Causalismo valorativo.*

Al considerar la "doctrina mayoritaria y dominante"<sup>130</sup>, en este subsistema que el tipo no nada más es descriptivo-objetivo, sino que, intervienen otros elementos en su configuración, unos de indole normativa, otros de indole subjetiva, estos necesariamente se tienen que ver afectados por el aspecto negativo de la tipicidad, es decir, la atipicidad ya no nada más se da por falta de adecuación de la conducta a los elementos objetivos descritos en el tipo penal, sino que puede darse también esta, por falta de adecuación de la conducta a los elementos normativos o subjetivos según este estructurado el tipo.

---

<sup>130</sup> *Supra*, acápite 2.1.2 y 2.3.1.2

En este sentido señala Orellana Wiarco: "En el sistema causalista son causas de atipicidad cuando falte alguno de los elementos esenciales o accidentales del tipo de que se trate. Son causas de atipicidad la falta de cualquier elemento objetivo, subjetivo o normativo"<sup>131</sup>

Castellanos Tena nos dice, que la atipicidad se puede dar cuando faltan los elementos objetivos del tipo y también, "Si faltan los elementos subjetivos del tipo del injusto legalmente exigidos; y por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial (elementos normativos)"<sup>132</sup>

Porte Petit señala "según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la atipicidad o no conformidad a los elementos del tipo. Para señalar las atipicidades bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo: a) Ausencia de elementos objetivos, b) Ausencia de elementos normativos, y c) Ausencia de elementos subjetivos del injusto"<sup>133</sup>

De esta misma opinión es el español Jiménez de Asúa "La atipicidad específicamente considerada puede provenir de la falta de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasivo, del objeto, del tiempo o lugar y del medio especialmente previsto, así como de la ausencia de la conducta de los elementos subjetivos del injusto, y hasta de los elementos normativos que de manera taxativa ha incluido la ley en la descripción típica"<sup>134</sup>

De esta guisa la atipicidad en el subsistema del causalismo valorativo tiene lugar cuando la conducta no se adecua a los elementos objetivos, normativos y subjetivos descritos en el tipo penal

### 3.3.-La atipicidad en el sistema finalista.

Orellana Wiarco indica "Las causas de atipicidad en el sistema finalista se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo"<sup>135</sup>

Fernando Barrita al hablar de los aspectos negativos del delito en especial refiriéndose a la sistemática finalista comenta que: "En cuanto a las causas de atipicidad serán las mismas que en la sistemática causalista, agregándose las generadas por ausencia de referencia de ocasión, ausencia de acción o de omisión, de lesión o, en su caso, puesta en peligro del bien jurídico, y, fundamentalmente, de dolo -error de tipo- o de culpa"<sup>136</sup>

<sup>131</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *Curso* ..., *obr. cit.*, p. 231

<sup>132</sup> Castellano Tena Fernando, *Lecciones* ..., *obr. cit.*, p. 175

<sup>133</sup> Petit Caudaudap Celestino P., *Apuntes* ..., *obr. cit.*, p. 370

<sup>134</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado* ..., *obr. cit.*, p. 940

<sup>135</sup> Orellana Wiarco Octavio A., *teoría del Delito*, Tercera edición, Ed Porrúa, México, 1996, p. 102

<sup>136</sup> Barrita López Fernando, *Delitos Sistemáticos y Reformas Penales*, Segunda edición, Ed Porrúa, México, 1998, p. 46

En los tipos dolosos, la acción finalista dolosa, será atípica cuando se presente el error de tipo, que en palabras de Welzel lo explica de la siguiente manera: “Se excluye el dolo si el autor desconoce o se encuentra en un error acerca de una circunstancia objetiva del hecho que deba ser abarcada por el dolo y pertenezca al tipo legal”.<sup>137</sup>

Gómez Benítez señala. “quien al actuar desconoce alguno -o todos- de los elementos del tipo no puede realizar el desvalor de la tipicidad dolosa, porque no puede ser sensible a función de llamada alguna, y, por tanto, quien actúa en error sobre el tipo no realiza la tipicidad dolosa”<sup>138</sup>

El Dr Eugenio Raúl Zaffaroni nos dice que el error de tipo: “es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requerido por el tipo objetivo”.<sup>139</sup>

De esta guisa el error de tipo recae y afecta el aspecto intelectual o cognoscitivo del dolo, es decir, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, que exige el dolo para su configuración. Para que opere el error de tipo este debe ser invencible, porque si es vencible da lugar al tipo culposo.

La tipicidad culposa desaparece cuando “el resultado no era previsible para el autor, sea porque no lo fuese porque se hallaba más allá de la capacidad de previsión (ignorancia invencible) o porque el sujeto se encontraba en un estado de error invencible de tipo”.<sup>140</sup> Al no haber previsibilidad no hay la obligación del deber de cuidado, y por lo tanto desaparece la tipicidad culposa.

#### 4.- Función del tipo penal

La función del tipo penal y consecuentemente la de la tipicidad es muy variada se dice que el tipo cumple una función de garantía, procesal, sistemática, seleccionadora, de determinación.

##### 4.1.- Función de garantía

El tipo penal dentro de un Estado organizado y estructurado jurídicamente, en donde su actividad se desarrolla al través del sometimiento de normas preestablecidas en la Constitución, como seguridad o protección a favor del ciudadano, desempeña una función de garantía en base al principio de legalidad y de seguridad jurídica.

<sup>137</sup> Welzel Hans, *Derecho Penal* . . . , obr. cit., p. 92.

<sup>138</sup> Gómez Benítez José M., *Teoría Jurídica* . . . , obr. cit., p. 73

<sup>139</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Manual* . . . , obr. cit., p. 436

<sup>140</sup> *Ibid* p. 462

#### 4.1.1.- Principio de legalidad.

El principio de legalidad significa que la única fuente creadora de delito y penas es la ley, esto es, asegurar que sólo sean delito las conductas antijurídicas seleccionadas y descritas por la ley penal.

Mir Puig nos dice que: "El principio de legalidad se expresa, en sus aspectos formal, con el aforismo nullum crimen, nulla poena sine lege".<sup>141</sup>

Dicho principio significa que no hay crimen sin pena y si tampoco esta establecido en una ley. Este principio esta consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 14 párrafo tercero y que a la letra dice:

Artículo 14.-"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".<sup>142</sup>

Del citado precepto se infiere lo siguiente.

- a) Sólo es delito lo que así expresamente es determinado por la ley, y
- b) Sólo la ley puede establecer la pena del delito así expresado por ella

Con estos dos aspectos se cumplen los elementos que toda norma debe tener, es decir, de un precepto y de una sanción

El precepto consiste en la descripción del hecho exigido o prohibido; la sanción, la consecuencia que se debe sufrir por no haber acatado el precepto. Por lo tanto y en virtud de que el tipo describe las conductas consideradas como delito, a él, le corresponde cumplir parte del principio de legalidad, es decir, de señalar las conductas que son relevantes para el derecho penal

Lara Espinoza, nos dice, en relación con el principio del Nullum crimen sine lege "en el terreno fáctico se cristaliza también esta garantía de exacta aplicación de la ley en las dos primeras etapas mencionadas del procedimiento penal, es decir, al resolverse la averiguación previa y al decretarse la formal prisión, aunque no para la imposición de la pena, pero si para decidir situaciones de derecho sobre determinados hechos".<sup>143</sup>

De manera real se cumple dicho principio, cuando la conducta se adecua al tipo penal en todos y cada uno de sus elementos

<sup>141</sup> Mir Puig Santiago, *Derecho Penal*, Tercera edición, Ed P P U., Barcelona, 1990, p. 83.

<sup>142</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 135 edición, Ed Porrúa, México, 2001, p. 13

<sup>143</sup> Lara Espinoza Saúl, *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Segunda edición, Ed Porrúa, México, p. 98.

Siguiendo a Vela Treviño: “La ley es dogma, más no fetiche intocable, y el juez tiene que vivificarla al decir el Derecho mediante el proceso de subsunción relativo a la tipicidad debe interpretando la ley, resolver si un hecho determinado encuadra o se subsume en la hipótesis contenida en el tipo. En este proceso lógico se resuelve acerca de la tipicidad, que viene así a convertirse en la actualización misma del principio de legalidad, ya que siguiendo todo el razonamiento se debe resolver si el hecho determinado se encuentra exactamente previsto como delictuoso en la ley, que no es otra cosa sino la afirmación de apotegma *nullum crimen sine lege*”<sup>144</sup>

La verificación fáctica de la subsunción no es exclusiva del Juez, también la lleva al cabo el Ministerio Público al ejercitar la acción mediante la consignación, es decir, el Ministerio Público tiene la obligación de someterse al principio de legalidad consistente en el aforismo *nullum crimen sine lege*, para estos efectos, es necesario, que el Representante Social, realice una valoración técnica de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, apoyado en el material probatorio del cual se allego durante la averiguación previa

De esta guisa, con la existencia del tipo y la determinación de la tipicidad se dan los requisitos para el exacto cumplimiento del principio de legalidad

#### *4.1.2.- Principio de seguridad jurídica.*

El principio de seguridad jurídica indica Raúl González Salas: “no sólo postula la efectividad del Principio de Legalidad, sino que además alude a la idea de proporcionar seguridad frente a los peligros que representa la aplicación del *ius puniendi*”<sup>145</sup>

No se deja al libre arbitrio del Estado determinar las conductas que deberán ser punibles y por lo tanto delictuosas, para ello se deben de observar un conjunto de reglas y principios, en tratándose del *ius puniendi* el Estado debe de observar el principio de legalidad, es decir, la máxima de que sólo aquella conducta que es descrita en una ley y sancionada por la misma puede dar intervención a la actividad del *ius puniendi*, creando con ello una seguridad jurídica en los gobernados, el Estado sólo puede hacer lo que la ley le permite

Ernest von Behring señalaba “La común práctica jurídico penal había extendido de tal modo el poder judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. Contra esto dirigió sus ataques el Liberalismo reinante del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola

<sup>144</sup> Vela Treviño Sergio. *El Principio de Legalidad y los Tipos Abiertos*, Criminalita, abril-junio, 1978, México, p. 12

<sup>145</sup> Salas Campos Raúl G. *Los Delitos Fiscales*, Pérez Nieto Editores, México, 1995, p. 51

antijurídica, y podía ; imponer arbitrariamente una pena grave o leve, para toda acción estimada punible”<sup>146</sup>

La arbitrariedad del Estado se vio limitada con la creación del principio de legalidad (nullum crimen sine lege, nula poena), concretamente con la creación del tipo penal (1906)

#### 4.2.- *Función sistemática.*

Roxin al hablarnos del tipo, nos dice: “En sentido sistemático el tipo abarca el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de que delito típicamente se trata”<sup>147</sup>

La función sistemática del tipo, consiste entonces, que para saber de que delito se trata, se debe de tomar en consideración, la estructura del mismo, es decir, hacer un análisis de los elementos objetivos, subjetivos y normativos, según sea el caso, a efectos de no confundirlos con otros delitos semejantes y lograr con ello un debido juicio de tipicidad, es decir, determinar en que tipo encuadra correctamente la conducta

Reyes Echandía señala: “La teoría de la tipicidad ha venido a llenar un gran vacío en el derecho penal, la tajante separación existente aún entre la parte general y la especial, gracias a ella es posible lograr una verdadera sistematización de la parte especial del derecho penal”<sup>148</sup>

A parte de que la estructura del tipo permite diferenciar un delito de otro, nos permite, a su vez, separar la parte general de la parte especial, es decir, al delito, a las penas, a las medidas de seguridad, de los delitos en particular

#### 4.3.- *Función seleccionadora*

La función seleccionadora infiere Arturo Zamora Jiménez “determina del universo de conductas que son consideradas dentro del ámbito del derecho, cuales de ellas se incardinan en las normas penales, de tal suerte que no todo hacer humano es regulado por el derecho penal, sino sólo los comportamientos relevantes”<sup>149</sup>

Esta función se fortalece junto con el principio de seguridad jurídica, toda vez que al Estado le compete la sanción de aquellas conductas que no permiten la convivencia social y que por lo tanto son relevantes para el derecho penal

<sup>146</sup> Beling Ernest Von, *Esquema* obr cit., p. 36

<sup>147</sup> Roxin Claus *Derecho Penal*, Tomo I, Segunda edición, Ed Civitas, Barcelona, 1997, p. 277

<sup>148</sup> Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad*, obr cit., p. 16

<sup>149</sup> Zamora Jiménez Arturo, *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, Angel editor, México, 2001, p. 66

#### 4.4.- Función procesal.

Para Vázquez Padilla “el tipo penal fue –sigue siendo-, un concepto fundamental del proceso, sea bajo la expresión elementos del tipo, recientemente derogada, o la siempre difusa figura del cuerpo del delito, cuya definición ha sido posible sin acudir al tipo como criterio rector”<sup>150</sup>

Se dice que el tipo penal junto con el juicio de tipicidad cumple una función procesal, en virtud de que el mismo sirve de base para dictar la ponencia del ejercicio de la acción penal o la abstención de esta, para el dictado del auto de termino constitucional, para el dictado de la orden de aprehensión, y por último para efectos de la sentencia, en cada uno de estas etapas la función del tipo y de la tipicidad es distinta, por ejemplo, para el dictado del auto de término constitucional, el juez, lo único que hace la mayoría de las veces es desempeñar un papel cognoscitivo en relación en el material vertido por el Ministerio Público al ejercitar acción penal, dado que el periodo durante el cual se tiene que dictar dicho auto es muy corto, es poco probable que la defensa, el Ministerio Público o el Juez, en su caso se alleguen de nuevos elementos para determinar o desvirtuar el tipo penal, de ahí que en estos casos el juicio de tipicidad realizado por el Representante social durante la Averiguación Previa sea modificado en el auto de termino constitucional

#### 4.5.- Función de determinación

Esta función también es llamada motivadora o ético-motivacional

Muñoz Conde nos indica, que es una función motivadora “por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición”<sup>151</sup>

Vázquez Padilla, indica que “el tipo se constituye un baluarte cuya misión es motivar a los individuos a fin de que orienten su comportamiento al interés preservado por la norma”<sup>152</sup>

El tipo destaca frente a todos los ciudadanos que una conducta esta desvalorada prohibida de modo general bajo amenaza de pena, por lo tanto, nadie debe realizarla, e intenta así motivar, determinar a todos para que se abstengan de cometerla

<sup>150</sup> Vázquez Padilla Octavio M. *Subjetivismo* . . . obr cit . p 97

<sup>151</sup> Muñoz Conde Francisco. *Teoría* . . . obr cit . p 40

<sup>152</sup> Vázquez Padilla Octavio M. *Subjetivismo* . . . obr cit . p 96

CAPITULO QUINTO

## CAPITULO QUINTO

### EL CUERPO DEL DELITO

Hablar del cuerpo del delito es hablar de un tema polémico, mucho se ha investigado y profundizado sobre el mismo, los más eruditos penalistas han buscado afanosamente criterios metódicos que les permitan dar una definición que tenga validez universal, así mismo han investigado criterios metódicos que les permitan dar una definición que tenga validez universal, para saber, cual es su naturaleza, de que elementos esta integrado, etc. sin embargo, estos intentos se han visto obstaculizados, en virtud, de que se parte para ello de muy distintas teorías, escuelas o direcciones, esto no es obstáculo para que en este trabajo lo estudiemos, más aún cuando dicha figura ha retornado a las leyes penales mexicanas

#### **I.- Noción del cuerpo del delito.**

Para saber que es el cuerpo del delito, tenemos que tener una noción de sus orígenes, de lo que la doctrina penal ha entendido por tal, así como de la interpretación que le han dado los máximos tribunales del país

##### *1.1 - Breves antecedentes del cuerpo del delito.*

El cuerpo del delito consiste en un añejo concepto, el cual tiene su raíz en las leyes germánicas de la Edad Media, las cuales lo entendían como las huellas del examen del cuerpo de la víctima. En Inglaterra se legisló de manera especial. Más tarde las legislaciones de todos los países aceptaron la necesidad de la comprobación del cuerpo del delito, lo cual provocó que dicho concepto sufriera variaciones sujetas a diversas influencias algunas derivadas del paso del tiempo y otras propiciadas por la cultura inmersa en el país en el que se adoptó

En opinión de Clemente A. Díaz "Se atribuye a Farinaccio haber introducido la expresión *corpus delicti* en la temática procedimental y con esa expresión, cuya ambigüedad es manifiesta, se originan las dudas y hesitaciones de la doctrina en cuanto a su concepto y definición"<sup>1</sup>

Para Jiménez de Asúa "el término de *corpus delicti* proviene de la Ordenanza criminal prusiana de 1805, parágrafo 133, del siglo XVIII"<sup>2</sup>

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, nos indica que: "El proceso inquisitorial canónico italiano del siglo XII se haya el comienzo de una teoría del *constare de delicto*. El juez del

<sup>1</sup> Díaz Clemente A., *El Cuerpo del Delito*, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 25

<sup>2</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Quinta edición, Tomo III Ed Losada, Buenos Aires, 1992, p. 751

proceso inquisitorio se vio enfrentado a la siguiente interrogante: ¿Qué medio de conocimiento, que cosas fácticas debe haber para que yo pueda formular cargos para la inquisición especial? Como es dable observar, el concepto está vinculado al *corpus delicti* y fue desarrollado por los procesalistas por un camino predominantemente objetivo, aunque no es cierto que lo haya sido por una absoluta irrelevancia del aspecto subjetivo”<sup>3</sup>

Díaz Aranda nos señala que: “El término cuerpo del delito fue utilizado por Farinaccio a mediados del siglo XVI y posteriormente se puede encontrar a principios del siglo XIX en la obra de Feuerbach quien se refiere al supuesto de hecho del delito o cuerpo del delito (*Tattbestand des Verbrechens oder corpus delicti*)”<sup>4</sup>

Se desprende de esta forma que no hay consenso, para saber el origen exacto de la creación del cuerpo del delito, desde temprano, empiezan ya los problemas

Por lo que se refiere a México, comenta González Bustamante: “La Constitución Española de 1812 y la Ley de 11 de Septiembre de 1820, al referirse al auto de formal prisión disponen que para su legalidad es necesario que se justifique la existencia de un delito, y que es una condición indispensable para que haya proceso. La ley citada, expedida en Madrid y que rige en la Nueva España durante el Virreinato y siguió aplicándose después de consumada la independencia de México, disponía que para proceder a la prisión preventiva de cualquier español, previa siempre la información sumaria del hecho, no se necesita que este produzca una prueba plena del delito, ni siquiera semiplena, ni que sea el verdadero delincuente, que sólo se requiere que por cualquier medio resulte de dicha información sumaria perfectamente comprobada la materialidad del hecho acaecido, que según la ley, sea castigado con pena corporal, y que resulte, igualmente, algún motivo suficiente, según las leyes para creer que tal o cual persona ha cometido aquel hecho”<sup>5</sup>

Herrera Lasso comenta que “la expresión cuerpo del delito alcanzó por primera vez rango constitucional en el Estado Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 15 de mayo de 1856, que al respecto establecía: Artículo 44 -La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere que esté averiguado el cuerpo del delito que haya datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable, y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador si lo hubiera”<sup>6</sup>

Sigue diciendo el citado autor “Segundo y directo antecedente del artículo 19 es el que con igual número figura en el proyecto de Reformas Constitucionales de la Secretaría de Justicia de 1916. 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, y el indicio cuando menos de culpabilidad del acusado y los demás

<sup>3</sup> Zaffaroni Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Cardenas editores, México, 1988, p. 196.

<sup>4</sup> Díaz Aranda Enrique, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, IJ, UNAM, México, 2001, p. 22

<sup>5</sup> González Bustamante Juan J., *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, Décima edición, Ed. Porrúa, México, 1991, p. 161

<sup>6</sup> Herrera Lasso G. Eduardo, *El Cuerpo del Delito*, *Criminología*, noviembre-diciembre, 1973, México, p. 488.

requisitos que establezca la ley”.<sup>7</sup> De ahí en adelante y hasta el año de 1994 se mantuvo dicho concepto vigente a nivel constitucional.

En la legislación secundaria no es hasta “el año de 1894”<sup>8</sup>, cuando se introduce el término del cuerpo del delito en el artículo 82 del Código de Procedimientos Penales.

## 1.2 - El cuerpo del delito en la doctrina

Con motivo de que muchas legislaciones adoptaron el término del cuerpo del delito, unas enunciándolo, otras tratando de señalar en que consistía, varios penalistas se dieron a la tarea de desentrañar que significaba el cuerpo del delito

“D’Agusseau fue el primero que incurrió en confusiones, en cuanto sostuvo que: “el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo cuya existencia estuvo establecida por el testimonio de testigos dignos de fe concordantes entre sí y perseverando en sus deposiciones, incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen”<sup>9</sup>

Si este autor estableció que el cuerpo del delito, lo era el delito mismo, aquél tendía a ser la conducta antijurídica y culpable, integrándose así con elementos materiales y subjetivos

Ortolán definía el cuerpo del delito como “el conjunto de los elementos físicos, de los elementos materiales, ya sean principales, ya accesorios de que se compone el delito”<sup>10</sup>

El cuerpo del delito lo puede ser para este tratadista ya sea un elemento material principal o uno secundario, cualquiera de los dos o ambos lo puede constituir, esto daría lugar a cierta confusión y certeza

Fenech señala el “cuerpo del delito es el ente material más o menos perdurable que constituyen los instrumentos, el objeto o los efectos del acto criminoso”<sup>11</sup>

En opinión de Manzini “Cuerpo del delito son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otro objeto que sea efecto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma a él de manera que puede ser utilizado para su prueba”<sup>12</sup>

Fenech y Manzini, además de referirse al cuerpo del delito en un sentido objetivo lo hacen basándose en la clasificación de los delitos, es decir, *delicta facti permanentis* y *delicta facti transeunti*, según dejen huellas o no. Hay delitos que dejen huellas y los hay

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 489.

<sup>8</sup> *Supra*, Cap. Primero

<sup>9</sup> Ortolán M., *Tratado de Derecho Penal*, S.C., Madrid, 1978, p. 174.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 457.

<sup>11</sup> Fenech Miguel, *Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Ed Labor, Barcelona, 1969, p. 299.

<sup>12</sup> Manzini Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 500

que no dejan huellas, ¿Cuál es el cuerpo del delito si este se basa en la materialidad del delito?

En aquellos delitos cuya acción es fugitiva, cuya materialidad se diluye en la naturaleza, en el mismo instante de su comisión, ¿Cuál es el cuerpo del delito?

Clemente A. Díaz refiere que el “Cuerpo del delito es el conjunto de elementos materiales cuya existencia induce en el juez la certidumbre de la comisión de un hecho delictuoso”.<sup>13</sup>

Basa su definición Díaz en la existencia de la materialidad del delito, pero, y ¿Si no hay materialidad?

En México han tratado el tema Franco Sodí, Jiménez Huerta, González Bustamante, Rivera Silva, Colin Sánchez y Arturo González Quintanilla

González Bustamante al tratar el tema comenta: “La palabra cuerpo del delito nos da la idea de una substancia u objeto físico, compuesto por un conjunto de partes materiales, principales o accesorios que sean susceptibles de apreciación por los sentidos como expresa Ortolán, del mismo modo que no hay hombre sin los dos elementos, físico y moral, así también no hay delito sin elementos físicos morales. Aquellos son los que constituyen el cuerpo del delito”<sup>14</sup>

“El cuerpo del delito en el Procedimiento Penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos materiales que se contienen en la definición del tipo. La palabra cuerpo nos da la idea de una substancia u objeto físico de un conjunto formado por la reunión de diversas partes materiales, unidas entre sí con más o menos coherencia. Delito en su acepción más amplia, es toda violación al derecho, delinquere, delictum, abandono de la línea recta, separación, apartamiento de la regla, idea abstracta que requiere una mejor comprensión. Cuerpo es todo aquello que tiene existencia y que es perceptible por nuestros sentidos”<sup>15</sup>

“Cuando hablamos del cuerpo del delito, nos viene a la mente la idea de algo preciso, objetivo, material, que podemos apreciar con el criterio de nuestros sentidos. Cuerpo del delito es, en consecuencia, todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente”<sup>16</sup>

“No nos parece razonable la posición en que se han colocado algunos procesalistas mexicanos que, afanados en la tradición, siguen concibiendo al cuerpo del delito como el conjunto de elementos materiales e inmateriales, más las circunstancias específicas, porque esto sería volver a la idea ya abandonada en la ley y en la jurisprudencia. Se argumenta que

<sup>13</sup> Díaz Clemente A., *El Cuerpo...*, *obr. cit.*, p. 35.

<sup>14</sup> González Bustamante Juan J., *El Cuerpo del Delito y el Procedimiento Penal*, Criminología, septiembre, 1941, México, p. 528.

<sup>15</sup> González Bustamante Juan J., *El Cuerpo del Delito*, Criminología, enero, 1943, México, p. 210

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 211.

aceptar que el cuerpo del delito se compone solamente por los elementos materiales, tal como lo hace la ley, hace pensar que el cuerpo del delito está integrado únicamente por elementos de los cuales se tiene conocimiento a través de los sentidos siendo este criterio completamente falso, ya que en los delitos de dolo específico, dentro del cuerpo del delito se hayan elementos que por ningún concepto pueden calificarse materiales. Creemos que estos casos constituyen excepciones que no pueden servir para adoptar un criterio rigorista y revivir la vieja discusión entre el cuerpo del delito y el delito mismo”<sup>17</sup>

La posición mantenida por González Bustamante nos parece contradictoria, ya que unas veces sostiene que el cuerpo del delito es la realidad del delito perceptible por los sentidos, y otras veces, lo identifica con los elementos objetivos del tipo, hasta con el delito mismo, ya que según este autor el cuerpo del delito como mera excepción contiene elementos subjetivos, es decir, sólo porque el tipo tiene elementos subjetivos no significa que se este hablando del delito en su totalidad, confunde, por tanto, elementos del tipo subjetivo, con el dolo específico, estos, no están dentro de la culpabilidad, sino como, él lo dice, en el tipo

Franco Sodi, comenta “El cuerpo del delito está constituido por los elementos materiales contenidos en su definición legal, los elementos objetivos materiales contenidos en la definición legal de cada ilícito penal, son los que constituyen su cuerpo. El delito, en tanto acto típico, está constituido según Mezger por tres elementos: a) objetivos, b) subjetivos y c) normativos. Ahora bien, si se tiene en cuenta que de las tres clases de elementos del tipo sólo es factible llamar con propiedad materiales a los objetivos, concluiríamos que el cuerpo del delito sólo está constituido por semejantes elementos objetivos con exclusión absoluta de los subjetivos y normativos”<sup>18</sup>

Más adelante haciendo un análisis de la jurisprudencia de la Corte, señala “el concepto elementos materiales a que se refiere la jurisprudencia de la Suprema Corte comentada, comprende tanto los elementos objetivos y los subjetivos como los normativos, lo que en última instancia quiere decir en un lenguaje técnico, que el cuerpo del delito está constituido por todos los elementos del tipo y nada más por ellos”<sup>19</sup>

Franco Sodi apoyándose en la teoría del delito según el sistema del causalismo valorativo y en la opinión de la Corte llega a la conclusión de que el cuerpo del delito no es otra cosa que el tipo penal

El español Jimenez Huerta en relación con el cuerpo del delito señala: “Por ser, como hemos dicho un concepto de todo el sistema, obvio es que el mismo deja sentir su impronta en la dogmática del delito. Y en forma específica, en el estudio de la tipicidad, como certeramente subrayan los profesores González Bustamante y Franco Sodi cuando afirman que para madurar el concepto del cuerpo del delito es muy útil el estudio de la teoría de la tipicidad. Si de este modo es posible reconstruir el concepto de *corpus delicti*

<sup>17</sup> González Bustamante Juan J., *Principios* ..., *ob. cit.*, p. 163

<sup>18</sup> Franco Sodi Carlos, *El Cuerpo del Delito y la Teoría de la Tipicidad*. Criminología, septiembre, 1941, México, p. 391

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 392

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, hay en el concepto de *corpus delicti* finísima 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, esperada en Alemania, sobre similares bases y análoga reconstrucción dogmática es dable afirmar que la teoría del tipo tiene bases también en México los innatos privilegios que se derivan de la territorialidad. Este nuevo paralelismo que registramos en la evolución de la doctrina científica del tipo penal y en la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial del *corpus delicti*, se confirma señores académicos, en nuestra arraigada concepción de que *corpus delicti* y tipo penal se cimentan y funden en un todo en la dogmática del delito construida sobre la legislación nacional”<sup>20</sup>

Mariano Jiménez Huerta agregaba además que en nuestro país se empleaba la expresión cuerpo del delito como el, hecho objetivo, es decir, la acción descrita abstractamente en la norma penal, sin embargo, la sola inclusión de elementos materiales dentro de la noción de cuerpo del delito pronto resulto insuficiente, así con el desarrollo de la teoría del tipo, terminaron por incluirse los elementos normativos y subjetivos. De esta forma se equiparó al *corpus delicti* con el tipo penal, y a la comprobación del cuerpo del delito con la acreditación de la tipicidad

Al tratar el tema que nos ocupa Rivera Silva, señala: “Lo primero que se puede decir del cuerpo del delito, es que es la parte de un todo, de la misma manera que el cuerpo del hombre es una parte de la entidad hombre. En cuanto que el cuerpo del delito es parte de un todo, se necesita conocer primero el todo, para después entender qué porción corresponde aquél. El todo a que se refiere el cuerpo del delito es el delito real: el acto que presentándose con su complicadísima maraña de elementos (intención, proceder, cambios en el mundo exterior, etc.), una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito hecha por la ley; el delito real, el todo que venimos explicando, se informa con un contenido positivo en el cual hay dos partes: una que puede hospedarse en el casillero de algún delito legal (de alguna de las definiciones que contiene la ley al referirse a los delitos en particular) y otra que queda fuera de esos casilleros. Los delitos legales son las definiciones que la ley da de los delitos en particular. El delito legal no alude a ningún delito real en particular sino a todos en general, de la misma manera que un concepto no se refiere en especial a uno concreto, sino a todos. El delito legal constituye un simple molde cuyas aristas están formadas por líneas de conductas de los actos que el legislador ha estimado como delictivos. En varios casos el legislador coloca en su definición elementos de índole subjetiva, como tales, juegan un doble papel: elementos de la definición del delito (dolo específico) y elementos morales necesarios para la sanción. El delito legal se informa con los lineamientos que comprende la descripción que de los delitos en particular hace el legislador y que si en esta descripción van elementos morales estos también quedan dentro de las fronteras del delito legal. En la descripción también pueden ir elementos de carácter valorativo, que requieren su presencia en el cuerpo del delito. El cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que empotra con precisión en la definición legal de un

---

<sup>20</sup> Jiménez Huerta Mariano, *Corpus Delicti y Tipo Penal*, Criminología, 1956, México, 19.

delito. Así pues, el cuerpo del delito es el contenido del delito real que cabe en los límites fijados por la definición legal”<sup>21</sup>

Empleando un lenguaje harto confuso Manuel Rivera Silva, llega a la conclusión de que el cuerpo del delito no es otra cosa que el tipo penal

Colin Sánchez por su parte comenta que el “Corpus delicti es un concepto de gran importancia en el Derecho de Procedimientos Penales, debido a que la comprobación de la conducta o hecho punible descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustentan. La definición del cuerpo del delito es un problema sobre el que aún no existe acuerdo entre los autores, sin embargo, con el fin de emitir un concepto que nos permita entender su connotación, consideramos útil acudir a la doctrina (teoría del tipo penal) y tomar de ésta las bases y elementos necesarios para precisar su alcance. Tipo delictivo y corpus delicti son conceptos relacionados íntimamente uno del otro, el primero se refiere a la conducta previamente considerada antijurídica por el legislador y el segundo, a la realización del delito; en consecuencia para que pueda darse el cuerpo de un delito determinado, deberá existir previamente el tipo delictivo correspondiente. El tipo representa algo estático, en cambio, la tipicidad responde a lo típico, a la calidad que le da ese carácter, sólo cobra dinamismo, cuando existe una conducta susceptible de ser identificada con la descripción incluida en la catalogación legal. El cuerpo del delito son los elementos integrantes de la conducta o hecho delictivo; en consecuencia, para ese fin será necesario determinar si esta comprobado el injusto punible, lo cual corresponderá a lo objetivo, subjetivo y normativo, de acuerdo con la descripción legal de cada ilícito de los previstos por el legislador en el Código Penal u otras leyes. En consecuencia, el cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo, de tal manera que, el cuerpo del delito corresponderá atendiendo a la situación concreta a lo objetivo, a lo subjetivo y normativo, a lo objetivo, normativo y subjetivo, o bien, a lo objetivo y subjetivo. En resumen, se puede afirmar 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 los que corresponde como figura delictiva, o sea el total del delito”<sup>22</sup>

Colin Sánchez se adhiere a aquellos que considera que el cuerpo del delito no es otra cosa que el tipo penal

Recientemente ha tratado el tema José A. González Quintanilla, quien define al cuerpo del delito “como lo histórico del tipo. Con la expresión anterior queremos significar como requisito sine qua non (Básico) que el hecho descrito en la ley como delictuoso tuvo verificativo con la realidad, es decir, efectivamente sucedió en el mundo de relación fenomenológica, o sea, se llevó a cabo fáctica y materialmente. Si analizamos el cuerpo del delito entendido en las antiguas legislaciones. Lo detectamos como la génesis de lo que ahora es el tipo penal, patentizándonos que para su cabal comprensión de aquél debemos

---

<sup>21</sup> Rivera Silva Manuel, *El Procedimiento Penal*, Vigésimo quinta edición, ed. Porrúa, México, 1997, p. 184 y sigs.

<sup>22</sup> Colin Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Décimo segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 275 y sigs.

recurrir a éste, es decir, la figura actual en cuyo derredor se ha tejido la teoría del tipo, en un principio fue entendida como cuerpo del delito”.<sup>23</sup>

Podríamos seguir consultando un sin número de tratadistas de la materia que nos ocupa, pero, por el momento podemos señalar que al cuerpo del delito se le ha entendido en la doctrina de diversas maneras a saber:

- a) Como el mismo delito,
- b) Como la materialidad del delito perceptible a través de los sentidos,
- c) Como los instrumentos, objeto o efectos del delito,
- d) Como los elementos objetivos del tipo penal, y
- e) Como los elementos del tipo penal

### *1.3.- El cuerpo del delito en la jurisprudencia.*

El cuerpo del delito no es un concepto nuevo “en nuestro Derecho”<sup>24</sup>, ha sido estudiado paralelamente a la doctrina, a los aspectos sustantivos y procesales, por los máximos Tribunales.

La Suprema Corte ha interpretado de diferentes formas al cuerpo del delito. Dos son los periodos en los que la Corte ha emitido su opinión en torno al cuerpo del delito, uno antes de las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Constitución federal, el otro, después de las reformas de 1999.

#### *1.3.1.- El cuerpo del delito en la jurisprudencia antes de las reformas de 1983.*

Las ejecutorias más significativas emitidas por los Tribunales Federales motivantes de dicha actuación antes de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Carta Magna son entre otras las siguientes:

**CUERPO DEL DELITO** El cuerpo del delito no es más que la reunión de los diversos elementos constitutivos que lo caracterizan, según la definición que de cada uno de ellos de la ley penal Quinta Epoca. Pleno Semanario Judicial de la Federación Tomo VII Pág. 1043. Vivanco de H. Carlos.-14 de septiembre de 1920

**CUERPO DEL DELITO** El cuerpo del delito se comprueba acreditando la existencia de todas y cada una de las circunstancias que lo caracterizan, de tal manera que, al no estar probado algún requisito esencial, cabe concluir que no existe esa comprobación,

<sup>23</sup> González Quintanilla José A., *Derecho Penal Mexicano*. Quinta edición, Ed. Porrúa, México, p. 545.

<sup>24</sup> *Supra*, Cap. Primero y 2.2. del presente Cap

y, por ende, que falta la base para el proceso penal Quinta Epoca. Pleno. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XII. Pág 321 Amparo en Revisión.-Montes Federico.-10 de febrero de 1923

CUERPO DEL DELITO. Todos los tratadistas, sin excepción, convienen en que el cuerpo del delito, es la ejecución del mismo delito Quinta Epoca. Pleno. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIII. Pág. 1105 -Tomás Faustino y coags.-11 de diciembre de 1923 -Siete votos.

CUERPO DEL DELITO. El cuerpo del delito es la ejecución del mismo delito. Quinta Epoca. Pleno. Semanario Judicial de la Federación Tomo XIV. Pág 276 Jiménez Juan -16 de enero de 1924.-Siete votos

CUERPO DEL ELITO. La comprobación del cuerpo del delito, es la justificación de todos los elementos que lo constituyen, o sea la ejecución del delito Quinta Epoca. Pleno. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XVI Pág 186.-Tomás José Cirilo.-29 de enero de 1925 -Seis votos.

CUERPO DEL DELITO Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o el dolo, que sólo se refiere a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito Quinta Epoca Primera Sala Apéndice de 1995 Tomo II, Parte HO., Tesis 845. Página 544 Amparo en revisión 1416/27 Aguilar Anastasio 14 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos Amparo en revisión 3865/27 Flores Antonio 21 de enero de 1930 Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2881/27 Galván Ramón y coag. 23 de enero de 1930 Mayoría de tres votos Amparo directo 2208/29 Martín Adalberto. 11 de abril de 1930 Cinco votos. Amparo en revisión 4495/28 Ramos Téllez José María 29 de julio de 1930 Unanimidad de cuatro votos

CUERPO DEL DELITO Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, ya que esta confusión sería antijurídica pues, por ello, según el artículo 4º del Código Penal del Distrito se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, lo cual implica la existencia de un elemento psicológico o subjetivo, en tanto por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o dolo que se refieren solo a la culpabilidad Quinta Epoca. Primera Sala Semanario Judicial de la Federación Tomo XXIX. Pág. 1295 Ramos Téllez José María 29 de junio de 1930.

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse, el delito mismo, pues esta confusión sería antijurídica, ya que el delito es la infracción voluntaria de una ley penal, que requiere, por tanto, para que exista, un elemento psicológico o subjetivo, el cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyen la infracción con total abstracción de la voluntad o dolo, que se refiere a la culpabilidad. Quinta Epoca Primera Sala Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXI Pág 1895 Valezzi Antonio -14 de agosto de 1931

**CUERPO DEL DELITO** El cuerpo el delito, comprende exclusivamente los elementos externos o formales que objetivizan el hecho criminal, en tanto que el delito, en si mismo considerado, integra lo que, tanto por la ley como doctrinalmente, se reconoce como parte subjetiva de un crimen, o en otras palabras, la responsabilidad penal del acusado Quinta Epoca. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo CIII. Página 1897. Amparo penal directo 2417/48. Lozano Sergio. 24 de febrero de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente

**CUERPO DEL DELITO.** Comprobar el cuerpo del delito, es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente Quinta Epoca. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación Tomo CXV. Página52 Amparo penal directo 3192/52. Najjar Angel José. 10 de enero de 1953 Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente

**CUERPO DEL DELITO.** De acuerdo con la teoría general del proceso, la comprobación del cuerpo del delito, se determina por la integración de los elementos materiales de la infracción, pero más aún porque el juzgador hace un juicio de valoración respecto de los elementos subjetivos, prescindiendo de haber declaración alguna respecto del delito o la culpabilidad que presiden dichos actos, puesto que tal declaración es presuntiva de responsabilidad Quinta Epoca Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación Tomo CXIX. Página 2141 Amparo penal directo 116/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 29 de marzo de 1954 Unanimidad de cuatro votos La publicación no menciona el nombre del ponente

**CUERPO DEL DELITO** El cuerpo del delito no es otra cosa que la comprobación de los elementos materiales integrantes de la, figura delictiva, sin consideración a los medios que se empleen para la demostración, con tal de que no estén prohibidos por la ley. Sexta Epoca Primera Sala Semanario Judicial de la Federación Volumen XVII, Segunda Parte. Página 77 Amparo directo 2677/58 Juan Villagrana Hernández. 26 de noviembre de 1958 Cinco votos Ponente Luis Chico Goerne

**CUERPO DEL DELITO.** Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. Sexta Epoca. Primera sala Apéndice de 1995 Tomo II, Parte Ho Tesis 848. Página 545. Amparo directo 4173/53 Héctor González Castillo. 11 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 6337/45. Castañeda Esquivel J Jesús 15 de noviembre de 1956 Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 110/57 Victor Manuel Gómez. 20 de agosto de 1958 unanimidad de cuatro votos Amparo directo 2677/58 Juan Villagrana Hernández. 26 de noviembre de 1958. Cinco votos. Amparo directo 6698/60. José Zamora Mendoza 16 de febrero de 1961. Cinco votos

**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

Corte sustenta el criterio de que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger), Tratado de derecho Penal, Primer Tomo, Páginas trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos. Sexta Epoca. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación Volumen XLIV, Segunda Parte. Página 54. Amparo Directo 6698/60. Zamora Mendoza 16 de febrero de 1961. 5 votos. Ponente. Juan José González Bustamante.

**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. Séptima Epoca. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación Volumen 58, Segunda Parte. Página 27. Amparo directo 1724/73 José Suárez Palomares 26 de octubre de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente. Ernesto Aguilar Alvarez

Son un sin número de jurisprudencias y tesis que la Corte Suprema emitió a fin de interpretar que se debía entender por cuerpo del delito. Díaz Aranda señala al respecto: "Como se puede observar, 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"<sup>25</sup>

A simple vista pareciera que tenía razón Díaz Aranda, sin embargo, ya en algunas tesis, se mostraba el criterio por virtud del cual el cuerpo del delito, no era otra cosa que el tipo penal, es decir, se establecía la obligación de comprobar el delito tal y como lo definía la ley.

**DIFAMACION. DELITO DE** Para la comprobación del cuerpo de este delito, el dolo no se presume, sino que es necesario justificar su existencia. Quinta Epoca. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte Ho. Tesis 858. Página 550. Amparo en revisión 3805/21. Maul Jorge H. 18 de mayo de 1926. Mayoría de ocho votos. Amparo en revisión Ferral Jesús y coag. 7 de noviembre de 1929. Mayoría de cuatro votos. Amparo en revisión 4389/27. Díaz Enciso Sebastián. 12 de febrero de 1930. Unanimidad de cuatro votos. Amparo en revisión 2669/31. López Francisco. 21 de julio de 1933. Cinco votos. Amparo directo 10817/33. Cancino y Palacios Porfirio. 11 de septiembre de 1934. Cinco votos.

<sup>25</sup> Díaz Aranda Enrique. *Problemas de jurisprudencia penal*, obr. cit., p. 30.

**ESTAFA** Para que haya estafa se requiere la demostración de un conjunto de maquinaciones o artificios, llevados a cabo por el delincuente, que sin constituir el delito de falsedad, tengan por objeto lograr la entrega de determinada cantidad de dinero o de cualquiera otra cosa ajena mueble; o, en otras palabras, la existencia de esas maquinaciones y artificios es indispensable para que éste comprobado el cuerpo del delito de estafa. Quinta Epoca. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte HO. Tesis 871. Página 557. Amparo en revisión. Villar Servín Eduardo I. 11 de mayo de 1925. Mayoría de siete votos. Amparo en revisión 3624/28. Loarca J. Jesús. 23 de abril de 1929. Mayoría de cuatro votos. Amparo en revisión 3667/28. Netkhen Howard. 6 de junio de 1929. Cinco votos. Amparo en revisión 1914/29. Ramos Pablo. 10 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos. Amparo en revisión 3543/27. Suder Ruperto. 18 de febrero de 1930. Unanimidad de cuatro votos.

**CUERPO DEL DELITO, COMPROBACIÓN DEL.** El cuerpo del delito no está formado unicamente por los elementos físicos y materiales del hecho delictuoso, pues son también elementos constitutivos de aquél, el conocimiento y la libertad; ellos caracterizan de voluntaria la infracción y la colocan bajo la sanción de la Ley Penal; otro elemento subjetivo lo constituyen el dolo, que consiste en el ánimo deliberado de perpetrar el delito, con conocimiento de su carácter criminal, de la prohibición de la ley, y de que, por lo mismo, es punible, lo que sucede respecto a este último elemento, es que la ley presume su concurrencia en algunos casos, y en otros, exige que éste plenamente probada, para que pueda decirse que el cuerpo del delito está demostrado. Quinta Epoca. Primera Sala Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXIII. Pág. 2574. Arguello Apolinar.-25 de noviembre de 1931

**CONTRABANDO DELITO DE.** Este delito, en la modalidad que define el artículo 242, fracción I, del Código Fiscal, requiere para su actualización que el agente omita deliberadamente el pago de importación o de exportación que correspondan por las mercancías que introduzca o saque del país, lo cual significa que la figura delictiva tiene como uno de sus elementos la presencia de un dolo específico, por tanto, a diferencia de lo que ocurre en otras figuras en que por ser genérico el dolo, interesa considerarlo sólo con referencia a la culpabilidad del sujeto enjuiciado, a fin de poder fincar una declaración de responsabilidad, quedando aplicable la presunción de intencionalidad que el Código Penal Federal recoge en su artículo 9º, en la especie aquí citada ese elemento moral ha de ser estudiado al examinarse si esta comprobado el cuerpo del delito, y cuando se halle justificada la existencia de dicho constitutivo, el juzgador debe absolver reconociendo que no se acreditado el cuerpo del delito, pues de otro modo su sentencia infringe por inexacta aplicación, los artículos 242, fracción I, del Código Fiscal de la Federación, y 168 del Código federal de procedimientos penales. Quinta Epoca. Primera Sala. Informe 1956. Página 31 Amparo 1191/54. Quejoso: Elizandro Salgado Martínez. 8 de agosto de 1956 unanimidad de 5 votos Ministro Lic. Rodolfo Chávez S. Secretario: Lic Jorge Reyes Tayabas

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

comprobar que el hecho encaja perfecta, dentro de la hipótesis recogida por el tipo. Sexta Epoca. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Volumen XXII, segunda Parte. Página 187. Amparo directo 4794/53. Guillermo Jiménez Munguía . 21 de abril de 1959. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

DIFAMACION, ELEMENTOS DEL DELITO DE. El artículo 350 del Código penal federal expresa que: "... La difamación consiste : en comunicar dolosamente a una o más personas, la imputación que hace a otra persona física, o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado que pueda causarle deshonor, descrédito , perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien" Los elementos materiales que integran el cuerpo del delito de esta figura antijurídica son: 1 -un sujeto activo, 2.-la comunicación dolosa a un tercero de la imputación que se hace al sujeto pasivo, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien, 3.-un sujeto a quien se le comunican las imputaciones, 4.-sujeto pasivo y 5.-relación comunicativa del sujeto activo para con un tercero respecto de la imputación que se hace al sujeto pasivo. Séptima Epoca. Sala Auxiliar Semanario Judicial de la Federación. Volumen 55 Séptima Parte Página 20. Amparo directo 2630/64. Enrique Ochoa Gutiérrez y coags 30 de julio de 1973. Cinco votos Ponente Alfonso López Aparicio.

La Corte Suprema estableció en tesis y jurisprudencia que por cuerpo del delito debe entenderse lo siguiente

- a) Los elementos de la definición legal,
- b) Las circunstancias que lo caracterizan,
- c) La ejecución del delito,
- d) El conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen el delito,
- e) Los elementos externos que objetivizan el hecho criminal,
- f) Los elementos constitutivos de la definición legal.
- h) Los elementos materiales que integran la figura delictiva,
- i) La materialidad del hecho delictuoso, y
- j) Los elementos del tipo penal.

Es de observarse que las opiniones de la Corte Suprema fueron evolucionando, sin embargo, la opinión dominante, era, que el cuerpo del delito se debía concebir como la materialidad del hecho delictuoso, pero, al darse cuenta que hay delitos que necesitan de la comprobación de determinados momentos subjetivos, como en el caso del delito de estafa,

peculado, etc la Corte considero que esto también formaban parte del cuerpo del delito y como tales tenían que ser también comprobados

Por otro lado hay que señalar que cuando la Corte Suprema emitió la primera jurisprudencia, aún estaba, en vigencia el Código de Procedimientos Penales de 1908, "este código como ya se señaló"<sup>26</sup>, establecía que para comprobar el cuerpo del delito debía de entenderse a los elementos que conforman el hecho delictuoso según lo define la ley penal, aparentemente había una confusión entre lo señalado por la ley y la opinión de la Corte, sin embargo, la opinión dominante de que el cuerpo del delito era la materialidad del delito tenía sus excepciones, tal es el caso, del delito de injurias

No es hasta "el año de 1934 cuando el Código Federal de Procedimientos Penales"<sup>27</sup> se adhiere a lo establecido por la Corte Suprema, el cuerpo del delito es la materialidad del hecho delictuoso

### *1.3.2.- El cuerpo del delito en la jurisprudencia después de las reformas de 1999.*

Con motivo de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal en el año de 1999, es decir, con la introducción de nueva cuenta de la figura del cuerpo del delito, a las leyes adjetivas penales, la Suprema Corte ha emitido su opinión en torno a dicha figura jurídica, las ejecutorias más significativas en este periodo, son las siguientes:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL ARTICULO 204 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE DURANGO TIENE APLICACIÓN PREFERENTE AL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL POR OTORGAR MAYORES PRERROGATIVAS AL INCULPADO EN EL DICTADO DEL. De acuerdo con la reforma del artículo 19 constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para dictar un auto de formal prisión se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado; es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva. Sin embargo, el artículo 204 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango, aun exige como requisito para emitir un auto de formal prisión, la demostración de los elementos del tipo penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate. De lo anterior se desprende que la legislación local en cita exige mayores requisitos que el precepto constitucional para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculpadó, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente su aplicación. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XI. Abril

<sup>26</sup> *Supra*, Cap. Primero, apartado 2.1

<sup>27</sup> *Ibid*, Cap. Primero, apartado 2.2

de 2000. Tesis XXV 1P. Página 933. Amparo en revisión 85/99. 9 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Luis González Bardán. Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 1/2001, pendiente de resolver en la Primera Sala.

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL SOLO 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 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. Novena Época. Tribunales Colegiado de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XII, Septiembre de 2000. Tesis III 2º P 67 P. Página 735. Amparo directo 160/2000. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Marco Antonio Muñoz Cárdenas.

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL, INDEPENDIEMENTE DE LO QUE AL RESPECTO SE ESTABLEZCA EN LA LEY QUE LO REGULE, DADO EL PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUERRERO). El artículo 19 constitucional dispone en su primera parte 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. Por su parte el artículo 64 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Guerrero, en lo conducente dispone que el "tipo penal" se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de todos los elementos que integran la descripción de la conducta, según lo determine la ley penal. De lo anterior deriva que no obstante de la reforma efectuada al precepto constitucional citado, publicada en el Diario oficial de la Federación el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, vigente a partir del día siguiente, la ley secundaria aludida no ha sido actualizada, pues sigue refiriéndose a los elementos del tipo penal y no al cuerpo del delito como lo establece el precepto constitucional. Por ello, dado el principio de supremacía constitucional plasmado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, los jueces del Estado de Guerrero se encuentran obligados a dictar los autos de formal prisión acorde a los requisitos que exige el artículo 19 constitucional para tener por comprobado el cuerpo del delito, no los elementos del tipo penal consignados en la ley referida, ya que esta se contrapone a la Ley Suprema, pues mientras que el cuerpo del delito exige únicamente se acrediten los elementos objetivos del delito, los elementos del tipo penal requieren del acreditamiento de todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos, como son 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 y, 10) los elementos subjetivos específicos, así como la probable responsabilidad del inculcado, además, deben señalarse todas las modificativas del delito o sus calificativas que pesen sobre el inculcado en la comisión de una conducta delictiva. Novena Epoca Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación Tomo XIII, Enero de 2001. Tesis XXI. 4º 1 P. Amparo en revisión 7/2000 2 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente. Xóchitl Guido Guzmán Secretaria: Catalina Alicia Ramírez Romero Nota. Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 1/2001, pendiente de resolver en la Primera Sala

**CUERPO DEL DELITO FORMA PARTE DE ÉL LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DISTINTOS AL DOLO** De la interpretación armónica 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 ultraindicaciones –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. Novena Epoca Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo

XIII, Mayo de 2001. Tesis I. 6°. P. 20 P. Página 1117. Amparo en revisión 1956/2000. 28 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente. Emma Meza Fonseca. Secretario Luis Fernando Lozano Soriano.

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL ARTÍCULO 87 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUERRERO, TIENE APLICACIÓN PREFERENTE AL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL POR OTORGAR MAYORES PRERROGATIVAS AL INculpADO EN EL DICTADO DEL. De acuerdo con la reforma del artículo 19 constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para dictar un auto de formal prisión, se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado, es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva. Sin embargo, el artículo 87 del Código de Procedimientos Penales para el estado de Guerrero, aún exige como requisito para emitir un auto de formal prisión la demostración de los elementos del tipo penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate. De lo anterior se desprende que la legislación local en cita exige mayores requisitos que el precepto constitucional para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculcado, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente la aplicación de la norma local. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación Tomo XIII, Mayo de 2001 Tesis XXI 3° 2 P. Página 1090. Amparo en revisión 71/2001. 22 de marzo de 2001 Unanimidad de votos Ponente Isidro Avelar Gutiérrez. Secretaria Gloria Avecia Solano Nota Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 1/2001, pendiente de resolver en la Primera Sala

De la lectura de las ejecutorias transcritas con anterioridad podemos señalar los siguientes puntos

a) El cuerpo del delito debe ser entendido como los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva, sin embargo, se reconoce también como elementos del cuerpo del delito a los elementos normativos y subjetivos específicos del tipo penal, esto, en base a la función de garantía (principio de legalidad y seguridad jurídica) que todo tipo penal cumple en un Estado de Derecho.

b) El concepto del cuerpo del delito emitido por la Suprema Corte (T.C.C.) fundamentado en "el artículo 168 del Código federal de Procedimientos Penales"<sup>28</sup> crea confusión, ya que hay otras leyes adjetivas penales, que conciben con una mayor amplitud al cuerpo del delito, es decir, no nada más con elementos objetivos y normativos, sino que también incluyen los elementos subjetivos específicos del tipo penal.

c) En opinión de la Corte, acreditar el cuerpo del delito, no es lo mismo que acreditar el tipo penal, ya que en uno se acreditan elementos objetivos del delito y en otro

---

<sup>28</sup> *Infra*, apartado 5.2 de este Cap.

elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal, esto es, se acreditan en el cuerpo del delito la conducta, el tipo (elementos objetivos) y la antijuridicidad (causalismo naturalista); en cambio, en el tipo penal se acreditan elementos objetivos, normativos y subjetivos de acuerdo con la sistemática finalista

d) De la anterior interpretación hecha por la Corte a los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales<sup>29</sup>, los elementos subjetivos específicos forman parte del cuerpo del delito, lo cual implica identificar el cuerpo del delito con el tipo penal.

De todo lo anterior, podemos decir, que no hay todavía una opinión congruente por parte de la Suprema Corte en relación a lo que debemos entender por cuerpo del delito, tan es así que en la Primera Sala Penal esta por resolverse la denuncia de contradicción de tesis, en el sentido de si se deben de tomar en cuenta todos los elementos del tipo penal al momento de acreditar el cuerpo del delito

## **2.- Naturaleza jurídica del cuerpo del delito.**

En tratándose del cuerpo del delito se ha discutido también la naturaleza de éste, unos señalan que es objetiva. otros que es subjetiva. entre tanto, algunos tratadistas de acuerdo al lugar en el que se hospeda manifiestan que es un elementos del Derecho Penal Adjetivo y como tal debe tener una naturaleza procesal

### *2.1.- Naturaleza objetiva del cuerpo del delito.*

La teoría materialista u objetiva es la que se encarga de tratar la naturaleza objetiva del cuerpo del delito

La teoría materialista propugna porque por él se entienda solamente lo material del hecho delictuoso. esto es, las huellas, signos, señales, rastros, el objeto sobre el cual recae la acción criminosa. etc. sin incluir ningún elemento moral o subjetivo

Antonio José Cancino comenta: "los seguidores de esta teoría afirman que por cuerpo del delito debe entenderse solamente lo físico u objetivo de la infracción penal y que el elemento moral es totalmente ajeno a este concepto"<sup>30</sup>

Reyes Echandía refiere, al tratar la teoría objetiva: "entiéndase por tal ora el objeto material de la conducta (el hombre muerto en el homicidio, la cosa sustraída en el hurto), ya el instrumento utilizado por el agente en la realización del hecho ilícito (el arma con que se lesiona, la cizalla empleada para violar la cerradura), ya, finalmente, la totalidad de la conducta en su objetiva materialidad, comprensiva de las circunstancias de modo y lugar en que hubo de desarrollarse"<sup>31</sup>

<sup>29</sup> *Infra.* 6.2.1 de este Cap.

<sup>30</sup> Cancino Antonio J. *El Cuerpo del Delito*, La justicia, Tomo XXVI, noviembre de 1967, Colombia, p.62

<sup>31</sup> Reyes Echandía Alfonso. *Tipicidad*, Sexta edición, Ed. Temis, Colombia, 1997, p. 18.

Para los que sustentan la naturaleza objetiva del cuerpo del delito en el objeto material este puede ser directo o indirecto. El objeto directo es la persona, o cosa, o bien jurídico sobre que recae la infracción (cadáver, bien mueble, dinero, etc.)

El objeto indirecto lo constituyen los instrumentos o armas con que se ejecute el delito

“Dentro de un criterio objetivista más amplio, se ha considerado que es erróneo limitar el concepto de cuerpo del delito al aspecto material, concreto, objetivo del mismo, o a sus huellas materiales, pues con ese criterio no sería dar por probado el hecho delictuoso cuando se sustrajera algún efecto que luego se consume. Por eso, la moderna corriente lo considera con criterio racional como el conjunto de todos los aspectos o circunstancias que integran o exteriorizan el hecho delictuoso, o como la reconstrucción de sus elementos materiales, o como la realización externa de la infracción, es decir, todos los episodios de su realización externa”<sup>32</sup>

### 2.2.- *Naturaleza subjetiva del cuerpo del delito.*

La teoría subjetivista establece que por el cuerpo del delito debe entenderse no solamente el conjunto de elementos materiales sino también los morales o subjetivos del hecho punible

Señala Reyes Echandía: “Para los subjetivistas, la noción del cuerpo del delito comprende la intencionalidad de la conducta, hay quienes van más lejos aún, cuando afirman que es el delito mismo”<sup>33</sup>

Antonio José Cancino, nos dice: “de acuerdo con la teoría subjetivista, por cuerpo del delito se debe entender el conjunto de elementos materiales y morales o subjetivos de la infracción”<sup>34</sup>

Si nos apegamos a lo manifestado por Reyes Echandía, tendríamos que señalar que el cuerpo del delito, no es otra cosa que el tipo penal, sin embargo, si vamos más lejos señalaríamos que el cuerpo del delito es la conducta típica antijurídica y culpable, o mejor dicho el delito mismo

### 2.3.- *Naturaleza adjetiva del cuerpo del delito.*

La naturaleza adjetiva del cuerpo del delito, consiste, en que éste, es una figura procesal, concretamente del Derecho Procesal Penal

<sup>32</sup> Cancino Antonio J. *El Cuerpo . . . , obr. cit., p. 63*

<sup>33</sup> Reyes Echandía Alfonso. *Tipicidad, obr. cit., p. 19*

<sup>34</sup> Cancino Antonio J. *El Cuerpo . . . , obr. cit., p. 63*

De esta opinión es Arturo Zamora Jiménez: “Ya hemos referido que el cuerpo del delito es una institución de carácter procesal, que se entiende como conjunto de elementos materiales cuya existencia permite al Juez la certidumbre de la comisión de un hecho descrito en un tipo penal. Por tanto, no se debe confundir cuerpo del delito con la prueba del cuerpo del delito y mucho menos debe confundirse el cuerpo del delito con el tipo penal”<sup>35</sup>

Enrique Jiménez Asenjo, manifiesta que el cuerpo del delito: “Posee un carácter procesal doble: es inspección judicial y simultáneamente pericial con predominio de uno u otro según su naturaleza”<sup>36</sup>

Clemente A. Díaz comenta: “corresponde señalar que la noción del cuerpo del delito es una noción neta y específicamente procesal, lo cual insistir sobre dos observaciones: a) Como noción procesal, sus normas son netamente procesales, es decir, instrumentales, y están a conjugarse dentro del proceso. El ordenamiento procesal no define tipos delictivos, sino que establece reglas instrumentales necesarias para satisfacer las necesidades del proceso reglamentando las actividades del magistrado y en especial la inspección judicial de cosas, personas y lugares. b) Y es una noción procesal, aunque no propia y exclusiva del proceso penal, sino connatural de todo proceso, aunque en aquél adquiriera una preponderancia específica, en parte, de los intereses que por él se afectan”<sup>37</sup>

De esta guisa, se atribuye al cuerpo del delito naturaleza procesal, en virtud de que

- a) El cuerpo del delito se encuentra contenido en una ley procesal.
- b) En el cuerpo del delito recaen los medios de prueba,
- c) El cuerpo del delito es una norma de carácter procesal,
- d) El cuerpo del delito se desenvuelve dentro del proceso.
- e) Su existencia se determina por medio de normas de carácter procesal, y
- g) Su existencia da lugar a la incoación del proceso

### 3.- Elementos del cuerpo del delito.

No es lo mismo elementos del delito, que elementos del cuerpo del delito, el delito se conforma con elementos objetivos y subjetivos, en cambio aquél con elementos materiales, esto, sólo si se analizan desde el punto de vista de su naturaleza objetiva y adjetiva, en cambio, si es analizado desde el punto de vista de la naturaleza subjetiva sus elementos son tanto objetivos y subjetivos

<sup>35</sup> Zamora Jiménez Arturo, *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, Angel editor, 2001, México, p. 40

<sup>36</sup> Jiménez Asenjo Enrique, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed Revista de derecho Privado, Madrid, s/f, p 445

<sup>37</sup> Díaz Clemente A., *El Cuerpo del Delito*, *obr. cit.*, p 20

### 3.1.- Elementos del cuerpo del delito en la doctrina

Clemente A. Díaz, comenta: "Un intento de sistematización de los elementos del cuerpo del delito, llevaría a afirmar que esta figura jurídica se encuentra dada por los que se podrían denominar: a) El corpus criminis, b) El corpus instrumentorum y c) El corpus probatorium".<sup>38</sup>

Sigue diciendo el citado autor: "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 objeto del delito. Se puede definir al corpus instrumentorum como las cosas mediante las cuales se cometió o intentó cometerse el hecho delictuoso. El corpus probatorium esta constituido por las llamadas piezas de convicción a las cuales podría definirse como todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso".<sup>39</sup>

Los elementos del cuerpo del delito a decir de Manzini eran: "los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito; las cosas sobre las cuales se cometió; las huellas dejadas por el delito o por el delincuente, las cosas cuya detención, fabricación o venta o cuya portación o uso constituyen el delito, las cosas que representan el precio o el provecho del delito; las cosas que son el producto del delito, aún indirecto, y cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la conducta delictuosa, o que haya sufrido lo inmediatas consecuencias del delito".<sup>40</sup>

Atendiendo a los elementos mencionados, la idea del cuerpo del delito se enfocaba al aspecto externo o material, excluyendo todo lo normativo y subjetivo del delito. Se dejan fuera de estos elementos, también, a otros como son, la conducta, nexos causal, resultado, bien jurídico

La existencia del cuerpo del delito sólo se basa en los elementos citados por los autores, pero, que pasa si estos elementos no se encuentran, en este sentido cabe citar a colación un caso:

"Haigh se hacia pasar por abogado en los fraudes que cometió. En algún momento de su vida leyó algo sobre el corpus delicti, un a expresión latina que hace referencia al núcleo, a la esencia del caso que ha de ser demostrado por la acusación. Haigh, que hablaba más bien poco latin y desconocía la terminología jurídica, decidió que la expresión significaba, literalmente, el cadáver. Concluyó que nadie podía ser condenado por asesinato si no se encontraba el cuerpo. En prisión repitió tantas veces esta teoría a sus compañeros de celda que éstos le pusieron el mote de Old Corpus Delicti. El limite hasta donde llegaba Haigh es su fe, quedo patente cuando después de confesar el asesinato de Mrs. Durand-Deacon, le pregunto al policia: ¿Y como va usted a probar el asesinato si no existe el cuerpo (del delito)? Pronto descubriría lo equivocada que era su teoría, ya que podía ser

<sup>38</sup> Díaz Clemente A. *El Cuerpo* . . . obr. cit., p. 39 y sigs.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Manzini. *Tratado* . . . obr. cit., p. 500.

condenado gracias a las más insignificantes pruebas, merced de los avances de la patología forense”.<sup>41</sup>

El común de la gente basa la noción que tienen del cuerpo del delito en sus elementos materiales, es decir, en la huellas, las cosas, la víctima, etc. sin embargo, como señala Clemente A. Díaz: “el cuerpo del delito puede existir, pese a que el corpus criminis no aparezca de manera tangible o visible, el legislador debió prever la desaparición del corpus criminis sea naturalmente por la acción de las fuerzas de la Naturaleza, sea casualmente por la acción impremeditada del hombre, sea intencionalmente por un acto de voluntad del delincuente que hace desaparecer los rastros y vestigios del delito como medio de conseguir la impunidad”.<sup>42</sup>

Leopoldo de la Cruz Agüero, apoyándose en las opiniones vertidas por Francisco Pavón Vasconcelos, considera que los elementos del cuerpo del delito son: a) Conducta, b) Resultado, y c) Nexo causal, “Recordemos que el Maestro Pavón Vasconcelos señala como elementos del hecho en el homicidio, precisamente el hecho objetivo consistente en la privación de la vida, los siguientes a) La conducta, b) El resultado, y c) El nexo causal. Entendemos que por hecho la doctrina penal señala al acto sinónimo de delito que encierra los elementos que integran su corporeidad, tales como la conducta, el resultado y nexo causal”.<sup>43</sup>

Los elementos que maneja Leopoldo de la Cruz Agüero como del cuerpo del delito, son los elementos con los cuales se integra la conducta ya sea en el causalismo naturalista o en el causalismo valorativo.

### 3.2.- Elementos del cuerpo del delito en la jurisprudencia.

Los elementos del cuerpo del delito en la jurisprudencia los deducimos al igual que su noción de dos periodos, uno antes de las reformas de 1983 a los artículos 16 y 19 de la constitución, el otro después de las reformas de 1999.

#### 3.2.1.- Elementos del cuerpo del delito en la jurisprudencia antes de las reformas de 1983.

Habíamos indicado que la Corte Suprema da una noción del cuerpo del delito en base a los elementos que lo constituyen, a continuación y de nueva cuenta volvemos a transcribir las tesis y jurisprudencias más significativas que así lo sostienen o interpretan.

**CUERPO DEL DELITO** Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la

<sup>41</sup> Sumario del Crimen, *Los Asesinatos del Baño de Acido*, Num. 7. 1990, España, p. 223.

<sup>42</sup> Díaz Clemente A., *El Cuerpo*, obr. cit., p. 42.

<sup>43</sup> Cruz Agüero Leopoldo, *El Término Constitucional y la Probable responsabilidad*, Ed Porrúa, México, 1999, p 23 y sigs.

voluntad o el dolo, que sólo se refiere a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito. Quinta Epoca. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte HO.. Tesis 845. Página 544. Amparo en revisión 1416/27. Aguilar Anastasio. 14 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos. Amparo en revisión 3865/27 Flores Antonio. 21 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2881/27. Galván Ramón y coag. 23 de enero de 1930. Mayoría de tres votos. Amparo directo 2208/29 Martín Adalberto. 11 de abril de 1930. Cinco votos. Amparo en revisión 4495/28. Ramos Téllez José María. 29 de julio de 1930. Unanimidad de cuatro votos.

Los elementos que constituyen el cuerpo del delito son aquellos objetivos o externos que conforman al delito, es decir, son elementos externos u externos la conducta, el tipo en sus elementos objetivos y la antijuridicidad (causalismo naturalista).

Esto significaba que se apegan en la división del delito en objetivo-subjetivo, la conducta es objetiva, porque, es natural-causal, el tipo estrictamente objetivo, la antijuridicidad, ya porque, es la contraposición del hecho objetivo con la norma

Afirmamos que forma parte el tipo, porque, apoyándonos en la siguiente tesis, ya se tenía una noción de este elemento y como tal formaba parte ya del cuerpo del delito

CUERPO DEL DELITO El cuerpo del delito no es más que la reunión de los diversos elementos constitutivos que lo caracterizan, según la definición que de cada uno de ellos de la ley penal. Quinta Epoca. Pleno. Semanario Judicial de la Federación Tomo VII Pág 1043 Vivanco de H. Carlos - 14 de septiembre de 1920

Por otro lado si la jurisprudencia primeramente citada en es te apartado, señala que debe de excluirse a la culpabilidad, ¿Donde queda la antijuridicidad? no queda en la responsabilidad, ni en la culpabilidad, y si no cabe en ninguna de estas figuras, entonces, forma parte del cuerpo del delito

Si en la descripción típica se mencionan elementos normativos y subjetivos, estos también forman parte, como elementos del cuerpo del delito, pero como mera excepción

### 3.2.2.- *Elementos del cuerpo del delito en la jurisprudencia después de las reformas de 1999.*

La Suprema Corte en la actualidad no ha precisado con exactitud los elementos mediante los cuales se integra el cuerpo del delito, en virtud, de que todavía no ha podido desentrañar que debemos entender por cuerpo del delito, sino se ha dado una definición correcta, por lo tanto, no podemos hablar de elementos del cuerpo del delito

#### 4.- Comprobación del cuerpo del delito.

Trataremos ahora la forma en que se determina la existencia del cuerpo del delito, esto es, la forma en que se comprueba

Rivera Silva nos dice "Comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal".<sup>44</sup>

Colín Sánchez comenta "La comprobación del cuerpo del delito implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo".<sup>45</sup>

El maestro Oronoz Santana refiere: "la comprobación del cuerpo del delito consistirá en determinar si el hecho imputado en el caso concreto se adecua a la hipótesis que se indica en la norma penal, que sirve de marco jurídico al inicio de un proceso".<sup>46</sup>

González Bustamante, señala que "el cuerpo del delito se comprueba por sus elementos materiales. Consiste en la demostración de la existencia de tales elementos".<sup>47</sup>

En términos generales podemos decir que la comprobación del cuerpo del delito consiste en confirmar la existencia de los elementos integradores del cuerpo del delito, al través de los medios de prueba que fija la ley para tal efecto

La comprobación del cuerpo del delito se logra por medio de pruebas directas o indirectas

Las primeras son aquellas que no necesitan demostración, porque llegan al conocimiento del Juez o Ministerio Público, por la realidad misma "La prueba directa, es por naturaleza, esencialmente objetiva, porque nos lleva a la comprobación del hecho o circunstancia, por la materialidad del acto, y es la que más satisface, porque llega al conocimiento de la autoridad por su propia percepción".<sup>48</sup>

Las pruebas indirectas son pruebas de confianza para el Juez o Ministerio Público, atienden a la confianza que le imprime el órgano o el medio de la prueba que la produce

Rivera Silva nos dice que es indirecta: "cuando lo que se prueba es determinado elemento (o elementos) del cual se puede inferir lógicamente y naturalmente la existencia del acto".<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Rivera Silva Manuel. *El Procedimiento* ... obr. cit., p. 160

<sup>45</sup> Colín Sánchez Guillermo. *Derecho Mexicano* ... obr. cit., p. 281

<sup>46</sup> Oronoz Santana Carlos M. *Manual de Derecho Penal*, Segunda edición. Cárdenas editores, México, 1983, p. 102.

<sup>47</sup> González Bustamante Juan J. *Principios* ... obr. cit., p. 165.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 164

<sup>49</sup> Rivera Silva Manuel. *El Procedimiento* ... obr. cit., p. 161

El cuerpo del delito también se puede probar por medio de reglas genéricas y especiales.

#### 4.1.- Regla genérica.

El que el juzgador o el Ministerio Público tenga que observar una regla para comprobar el cuerpo del delito significa que estos tienen que ajustarse a determinados lineamientos, a fin de cumplir con tal objetivo.

La regla genérica comenta González Bustamante, es, en la cual. “el cuerpo del delito se comprueba por sus elementos materiales consiste en la demostración de la existencia de tales elementos. Consiste en comprobar la existencia de su materialidad, separando los elementos materiales de los que no lo son, en la definición contenida en cada tipo legal”<sup>50</sup>

El maestro Oronoz, refiere que: “la denominada regla general tiende a la reunión de los elementos materiales contenidos en la definición legal”.<sup>51</sup>

En nuestra opinión la regla genérica consiste en comprobar el cuerpo del delito por cualquiera de los medios probatorios que señala la ley, toda vez, que al hacerlo no se complica esta actividad, en virtud, de que el cuerpo del delito así lo permite dada su composición y elementos.

Lo anterior significa que al Juez o al Ministerio Público, no se le obliga a observar lineamientos al efecto de demostrar la existencia del cuerpo del delito, sino que, el a su libre arbitrio lo puede comprobar siempre y cuando sea al través de los medios que para tal efecto señala la ley.

#### 4.2.- Regla específica

La regla específica consiste en comprobar el cuerpo del delito a través de los medios de prueba que para tal efecto se establecen en la ley, toda vez que la comprobación del cuerpo del delito así lo requiere

La comprobación del cuerpo del delito, en estos casos, no se lleva a cabo por cualquier medio de prueba que pueda escoger a su libre arbitrio el Juez o Ministerio Público, sino, que deben ser aquellos señalados expresamente por la ley de manera específica. esto es, como consecuencia de que al estar comprobando el cuerpo del delito se pueden presentar dificultades para cumplir con dicho fin.

---

<sup>50</sup> González Bustamante Juan J., *Principios* . . . , obr. cit., p. 166.

<sup>51</sup> Oronoz Santana Carlos M., *Manual* . . . , obr. cit., p. 102.

Son delitos que caben dentro de esta forma especial de comprobación el robo, el homicidio, abuso de confianza, posesión de enervantes y fraude.

En el caso de robo a manera de ejemplo los artículos 174 y 175 establecen la reglas especiales para su comprobación.

Artículo 174.- “En los casos de robo el cuerpo del delito podrá comprobarse por alguno de los medios siguientes, siempre que no haya sido posible hacerlo en los términos del artículo 168:

I.-Cuando el inculcado confiese el robo que se le impute, aun cuando se ignore quien es el dueño de la cosa objeto del delito,

II - Cuando haya prueba de que el inculcado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no sea verosímil que haya podido adquirir legítimamente sino justifica la procedencia de aquella y si la hay además quien le impute el robo”.<sup>52</sup>

Artículo 175.- “Siempre que no fuere posible comprobar el cuerpo del delito de robo en la forma que determina el artículo anterior se procederá desde luego a investigar.

I -Si el inculcado ha podido adquirir legítimamente la cosa que se dice robada,

II -Si la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito y si es digna de fe y crédito.

Si de la comprobación de todas estas circunstancias, así como de los antecedentes morales, sociales y pecuniarios, tanto de la víctima como del inculcado, resultan indicios suficientes, a juicio del tribunal, para tener por comprobada la existencia del robo, esto será bastante para considerar comprobado el cuerpo del delito”.<sup>53</sup>

Como podemos observar, se establece como imperativo para el Juez o Ministerio Público, comprobar el delito de robo al través de la regla genérica y a falta de esta entrara a suplirla la regla especial, que en el caso concreto pueden ser las mismas establecidas en la ley, por ejemplo la confesional, otras veces distintas a la ya conocidas de forma general. Este análisis se refiere al Código que estuvo en vigor hasta antes de las reformas de 1994.

De esta forma, el cuerpo del delito, no queda sin ser comprobado

## 5.- El cuerpo del delito en el actual Código Federal de Procedimientos Penales.

Hemos hecho ya un recorrido acerca de lo que se entendió por cuerpo del delito tanto “en la doctrina como en la jurisprudencia”<sup>54</sup>, así como en “las legislaciones

<sup>52</sup> *Código Federal de Procedimientos Penales*, s/c, México, 1985, p 38

<sup>53</sup> *Ibid*

<sup>54</sup> *Supra*, apartado 1 de este Cap.

anteriores”<sup>55</sup> a la actual, toca ahora en este apartado ver de que forma lo concibe el Código Federal de Procedimientos Penales en vigor.

### 5.1.- Orígenes de la reforma de 1999.

En el año de 1999 retorno la figura del cuerpo del delito en la Constitución Federal y consecuentemente en las legislaciones secundarias, pero, ¿Qué motivo a que se cambiara la figura del tipo penal por la del cuerpo del delito?, ¿En que se basaron para promover dicha reforma?, a continuación trataremos de dar respuesta a estas interrogantes.

#### 5.1.1.- Reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal.

A nivel constitucional los artículos que se vieron modificados al introducir la figura del cuerpo del delito lo fueron los artículos 16 y 19.

Las reformas constitucionales al decir de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos (primera sección), obedeció a que: “La solución de los problemas de seguridad pública, de procuración y de administración de justicia no pueden esperar más. La sociedad exige y demanda respuestas eficaces. La lucha contra el crimen es una batalla que parece perderse: La impunidad generada por fallas en nuestros sistemas de procuración y administración de justicia, que no castiga a la mayoría de las acciones delictuosas. En este orden de ideas, es importante dar pasos decisivos en la lucha por alcanzar los niveles de seguridad pública que todos los mexicanos demandan”.<sup>56</sup>

“El análisis de nuestro sistema penal muestra una realidad alarmante (La realidad de la procuración y administración de justicia). Según un estudio realizado, de las 232,821 averiguaciones previas iniciadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en 1996, únicamente se consignaron ante el juez el 10% y exclusivamente en 3.8% de los casos se logro una sentencia condenatoria. En el ámbito federal, en el año de 1996, la Procuraduna General de la República inició 74,000 indagatorias, de ellas puso a disposición de los jueces únicamente a 8,940 probables responsables del delito, es decir, al 12% de los casos. Los delitos que se denunciaron arrojan datos verdaderamente preocupantes sobre el grado de criminalidad no castigada y por tanto, sobre los niveles de impunidad y particularmente, en la procuración de justicia en el país. Con las propuesta de la iniciativa en estudio, se buscan atender la urgente necesidad de modificar la averiguación previa con medios que hagan eficientes las tareas del Ministerio Público y de la policía investigadora”<sup>57</sup>

La reforma constitucional (Las garantías individuales frente al interés de la convivencia social) que hoy se propone aprobar a este pleno, se inserta perfectamente en la lógica del constitucionalismo mexicano trazada desde 1824 en materia de derechos del

---

<sup>55</sup> *Supra*. Cap. primero.

<sup>56</sup> Díaz Aranda Enrique, *Dolo* Ed. Porrúa, México, 2000, p. 229 y sigs.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

hombre y de garantías individuales. En el tiempo y el espacio del México de hoy; en el momento histórico actual, en el cual nuestra sociedad enfrenta enormes problemas relativos a la seguridad pública, nos vemos obligados a proponer una serie de modificaciones que si bien restringen el alcance de algunas garantías establecidas a favor de quienes están sujetos a un proceso penal, son imprescindibles para atacar de manera frontal a la delincuencia, así como para acabar con la impunidad que tanto daño causa al tejido social. Es importante hacer notar, para los efectos del presente dictamen, que detrás de cada una de las limitaciones a las garantías de los gobernados, siempre habremos de encontrar algún interés superior de la sociedad. El orden público, la moral, la paz social y la seguridad de los demás ciudadanos, la justa distribución de la riqueza, son los valores supremos que, para el constituyente, han justificado restricciones a las garantías constitucionales. Sólo algún interés superior de la sociedad puede justificar la relativización de las garantías que, como individuos, quisiéramos todos que fueran lo más amplias posibles, pero que como miembros de una sociedad que aspira a la seguridad, el orden y la paz social, debemos convenir en limitar, para asegurar una mejor convivencia”.<sup>58</sup>

“En la exposición de motivos (Contenido de la iniciativa), el titular del Ejecutivo Federal afirma su compromiso fundamental de contribuir a mejorar sustancialmente el sistema de justicia de nuestro país. Nos recuerda la responsabilidad de las procuradurías como las encargadas de la persecución de los delitos y la captura de los delincuentes; sin embargo, sus tareas se dificultan ante lo desfasado de los preceptos normativos, las difíciles circunstancias socioeconómicas en las que se encuentra el país, así como la presencia y recursos de la delincuencia organizada”.<sup>59</sup>

“El balance de los cuatro años de aplicación del precepto (artículo 16) en contrario, se dice, es que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que en el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de mucho presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad. De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este precepto para obtener una orden de aprehensión. Solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado”.<sup>60</sup>

“En estas circunstancias (artículo 19) que la presente iniciativa propone que para el libramiento del auto de formal prisión, se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado”.<sup>61</sup>

Del análisis de el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos obedecen a muchos factores, entre ellos, esta el desempleo.

---

<sup>58</sup> *Ibid*

<sup>59</sup> *Ibid*

<sup>60</sup> *Ibidem.*

<sup>61</sup> *Ibid.*

subempleo, las crisis económicas del país, la explosión demográfica, la corrupción, la impunidad entre otros. Se dice que el factor más importante, por el cual, la delincuencia creció se debió fundamentalmente al rezago del marco jurídico.

Se le llama rezago jurídico a la modificación que sufrieron los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal en el año de 1993, es decir cuando se sustituyó la figura del cuerpo del delito por la de los elementos del tipo penal.

En estos términos los requisitos para ejercitar acción penal, para el dictado del auto de termino constitucional se vieron incrementados, en virtud, de que para esos efectos se tenían que acreditar los elementos del tipo penal, es decir, elementos objetivos, normativos y subjetivos. Aun cuando la Constitución no se apego a dirección o escuela alguna, las legislaciones secundarias en su mayoría se afiliaron a la sistemática finalista

De esta forma, el "Código Federal"<sup>62</sup> y Distrital, se afiliaron a la sistemática finalista, de tal forma que el Ministerio Público y Jueces se vieron obligado a acreditar los elementos del tipo penal que se enunciaban en su articulado.

En la mayoría de los casos, el Ministerio Publico no podía acreditar todos los elementos del tipo penal, sea porque en los casos de flagrancia, cuasiflagrancia, el tiempo para poder ejercitar acción penal era muy poco (48 horas), o, porque muchos de los Ministerios Públicos desconocían el manejo de la sistemática finalista, negándose, así en su caso ordenes de aprehensión.

En virtud de ello, se propuso flexibilizar los requisitos que establecía el artículo 16 y 19 de la constitución, a fin de hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración y administración de justicia.

Por tal motivo, se modificaron los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, para quedar como siguen:

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 suficientes que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado"<sup>63</sup>

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 su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresara. el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución así como los datos que arroje la

<sup>62</sup> *Supra*, Cap. primero. apartado 2.2.3

<sup>63</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 135 edición. Ed. Porrúa, México, 2001, p. 14.

averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”<sup>64</sup>

### 5.2.- *Noción del cuerpo del delito en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

Con fecha 19 de mayo de 1999 entraron en vigor las reformas llevadas al cabo al Código Federal de Procedimientos Penales, así el Capítulo I del título Quinto que decía: “comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculcado”<sup>65</sup>, ahora dice, “Comprobación del Cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculcado”<sup>66</sup>

Ahora bien, en el caso concreto que nos ocupa es el artículo 168 párrafo segundo del Capítulo antes mencionado que nos dice lo que debe de entenderse por cuerpo del delito.

Artículo 168 -“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, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica así lo requiera”<sup>67</sup>

Al emplearse las palabras hecho que la ley señale como delito, el precepto en comento no hace otra cosa que referirse al tipo penal, es decir, sólo a través de los tipos penales se determina que una conducta es delictuosa

Ahora bien, desde el punto de vista penal el tipo se compone de parte o elementos, y al señalar el precepto la materialidad del hecho que la ley señale como delito, no hace otra cosa que referirse a los elementos objetivos del tipo penal, de ahí que se diga que el cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos o externos

El anterior análisis se confirma cuando el artículo comenta, que además de entenderse por cuerpo del delito los elementos objetivos, se debe entender los elementos normativos cuando la descripción típica así lo requiera

En la última parte del párrafo del precepto señalado pareciera que la anterior tesis se derrumba, es decir, una cosa, es que el tipo penal describa conductas delictuosas, y otra que esos aspectos se lleven a cabo en el mundo exterior, esto es, en la realidad perceptible a través de los sentidos

Por lo que si atendemos a esto último, el cuerpo del delito no son los elementos descritos en el tipo penal, sino, aquellos que se llevan a cabo en la naturaleza

<sup>64</sup> *Ibid.*, p 17.

<sup>65</sup> *Código federal de Procedimientos Penales*, Ed Sista, México, 1997, p 38

<sup>66</sup> *Código Federal de Procedimientos Penales*, Ed Sista, México, 2001, p 40

<sup>67</sup> *Ibidem*

El tipo penal sirve de base para determinar si esos hechos de la naturaleza o realidad son concebidos por este como delictuosos, a través de su descripción objetiva-normativa, el tipo es la guía del cuerpo del delito.

De acuerdo con esta tesis queda dentro del cuerpo del delito los elementos normativos, en virtud, de que la mayoría de las veces se refieren a características jurídicas o culturales que recaen sobre cosas materiales, por ejemplo, una letra de cambio, que de acuerdo con el Código de Comercio son cosas mercantiles, para determinarlo como cosa mercantil debe de existir en el mundo real el papel con X o Y características

Desde el punto vista que sea no le asiste razón a Díaz Aranda cuando dice que, "a partir de la reforma de 8 de marzo de 1999, por cuerpo del delito se debe de entender el tipo objetivo en sentido amplio, y no sólo como aquellos elementos objetivos o externos, materiales como lo ha interpretado la Suprema Corte de la Nación desde 1894."<sup>68</sup>

El Código Federal no siguió la línea del tipo objetivo amplio, sino como se vio la del tipo penal objetivo restringido, agregando a ello los elementos normativos de la descripción típica

Finalmente, podemos decir, que el cuerpo del delito en términos del artículo en comento, es concebido de la siguiente forma

- a) Como los elementos del tipo penal objetivo, lo cual implica, equipararlo con el mismo,
- b) Como los elemento objetivos del tipo, más los normativos, en los términos del anterior punto, y
- c) Como la realidad del delito perceptible a través de los sentidos

### *5.3.- Elementos del cuerpo del delito conforme al artículo 168 del Código Federal de Procedimiento Penales*

Se señalo con anterioridad, que el artículo hacia una definición del cuerpo del delito en atención a los elementos que lo integran

Si nos apegamos a que el cuerpo del delito no es más que los elementos objetivos que están descritos en el tipo penal, podemos señalar como tales a los que el "causalismo naturalista consideraba como partes del tipo penal"<sup>69</sup>, es decir , los siguientes:

- a) Conducta,

<sup>68</sup> Díaz Aranda Enrique. *Dolo, obr. cit.* , p. 203.

<sup>69</sup> *Supra.*, Cap. cuarto, apartado 2 I I.

- b) Resultado.
- c) Nexo causal,
- d) Sujeto activo,
- e) Sujeto pasivo.
- f) Objeto (jurídico o material), y
- g) Las referencias.

Pero, como agrega que el cuerpo del delito a demás de los elementos objetivos o externos, se deben de tomar en cuenta los normativos cuando así el tipo lo señale, consideramos que el cuerpo del delito no es más que la descripción típica a manera de cómo “lo concebía el causalismo valorativo”<sup>70</sup>, con excepción de los elementos subjetivos específicos del tipo o del injusto.

A hora bien, si concebimos al cuerpo del delito como los elementos del delito que se llevan al cabo en el mundo real perceptible a través de los sentidos, tenemos que decir que los elementos integrantes de éste son los siguientes:

- a) Corpus criminis.
  - Sujeto pasivo,
  - Objeto material,
  - Objeto jurídico,
- b) Corpus instrumentorum
  - Instrumentos del delito,
  - Objeto o productos del delito.
- c) Corpus probatorium.
  - Huellas del delito,
- d) Conducta
  - Manifestación de voluntad.
  - Nexo causal,

---

<sup>70</sup> *Supra.*, Cap. cuarto, apartado 2 I.2

## -Resultado

Todos estos elementos, son integrantes del cuerpo del delito ya porque son perceptibles por los sentidos, ya porque se llevaron a cabo en el mundo fenomenológico

No forma parte del cuerpo del delito en este caso la antijuridicidad, ya que como se desprende del artículo en comento forma parte de la probable responsabilidad, de esta naturaleza es también la participación, la culpabilidad y la forma de realización de la conducta

Artículo 168 - "La Probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de responsabilidad"<sup>71</sup>

El elemento antijuridicidad y el de culpabilidad se deducen a contrario sensu, de las palabras licitud y excluyente de culpabilidad, de esta forma son elementos de la probable responsabilidad los siguientes:

- a) La participación (participación y autoría).
- b) La antijuridicidad.
- c) La forma de realización de la conducta (dolo o culpa), y
- d) La culpabilidad

### 5.4.- Comprobación del cuerpo del delito conforme al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En tratándose de la comprobación del cuerpo del delito, el artículo 168, establece, lo siguiente en su último párrafo:

Artículo 168 - "El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley"<sup>72</sup>

Esto significa, que como regla general, el Juez o el Ministerio Público pueden acreditar el cuerpo del delito, por cualquier tipo de prueba, siempre y cuando no este reprobada por la ley esto se confirma con lo preceptuado por el artículo 180 del ordenamiento legal citado

<sup>71</sup> Código federal de Procedimientos Penales, *ob. cit.*, p. 40

<sup>72</sup> *Ibidem*

Artículo 180.- “Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del 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 no sean contrarios a derecho”<sup>73</sup>

Aun cuando, esta es la regla general, siguen habiendo reglas específicas para determinados delitos, por ejemplo, las lesiones, aborto, infanticidio, robo de uso o aprovechamiento, entre otros, sin embargo, para el caso específico del robo y la posesión de enervantes, permanecieron derogados las reglas especiales para su comprobación.

#### *5.5.- El cuerpo del delito y el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

Dentro del título segundo, averiguación Previa, Capítulo Tercero Consignación ante los tribunales, encontramos insertado el artículo 134, lo que para efectos de este trabajo sólo nos interesa analizar su párrafo primero y segundo, que a la letra dicen.

Artículo 134.- “En cuanto aparezca se 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 ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica 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 ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo”<sup>74</sup>

Para analizar el precepto antes citado es necesario citar de nueva cuenta el artículo 168, en su párrafo primero

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”<sup>75</sup>

De la lectura de los preceptos invocados, observamos los siguientes puntos:

---

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 42

<sup>74</sup> *Ibid.* p. 30

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 40

- a) La función del Ministerio Público y del Juez para efectos de la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.
- b) La situación de los elementos subjetivos específicos del tipo penal ante el ejercicio de la acción penal,
- c) La situación de la forma de realizar la conducta ante el ejercicio de la acción penal, y
- d) El ejercicio de la acción penal y la inexistencia de los elementos que integran la descripción típica

En relación con el primer punto, se señalan dos funciones, una la del Ministerio Público, la otra la del Juez; al Ministerio Público le toca acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y al Juez examinar si se han acreditado ambos extremos

Para que el Ministerio Público pueda ejercitar acción penal, es necesario, que este acredite el cuerpo del delito, es decir, tiene que probar de modo evidente los elementos objetivos o externos y en caso de ser necesario los elementos normativos del tipo cuando así lo requiera la descripción típica, toda vez, que la acreditación de estos es la base del procedimiento penal

Se acreditan nada más los elementos objetivos o externos y en su caso los normativos del tipo penal, porque, eso es, precisamente lo que se entiende por cuerpo del delito, o en su defecto la materialidad del delito perceptible por los sentidos, la acreditación de estos elementos de acuerdo con el artículo en comento tiene que ser plena

La función del Juez, es examinar que, tanto los elementos objetivos y normativos, o la realidad del delito, este, probada de modo evidente, esta actividad la lleva al cabo cuando, se le hace el pedimento de la orden de aprehensión, al momento de dictar el auto de radicación y al dictar el auto de término constitucional, observara, en todos estos casos, que el Ministerio Público haya probado de modo evidente el cuerpo del delito

Comentando el segundo punto, podemos señalar que al ministerio publico, no se le obliga a probar de modo evidente los elementos subjetivos específicos del tipo penal, es decir, si algún delito tiene señalado en el tipo penal que lo describe elementos subjetivos, el Ministerio Público durante la averiguación previa, sino, puede probarlos, únicamente lo que hará es hacer referencia a ellos en el sentido de tenerlos por probados o no, de tal forma que si no llega a probarlos, esto no implica, que no pueda ejercitar acción penal

Por lo que se refiere al tercer punto es evidente que nos se exija de forma plena la acreditación de la forma de realización de la conducta ya que estos elementos pasan a formar parte de la probable responsabilidad, es decir, se acredita la probable responsabilidad y no la plena responsabilidad

Por lo que se refiere al último punto es indispensable invocar el artículo 15 párrafo II, del Código Penal Federal

Artículo 15.- “El delito se excluye cuando

II.-Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integren la descripción típica del delito de que se trate”<sup>76</sup>

Lo anterior significa en relación con el artículo 134 párrafo segundo, que aún cuando no se acrediten los elementos subjetivos específicos del tipo penal, el Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar acción penal, imperativo que se impone también al Juez, es decir, esta excluyente no opera sino hasta que se dicta sentencia, ya que no hay otra parte del procedimiento penal donde hacerla valer de manera efectiva.

La defensa, por su parte, puede hacer valer esta excluyente, pero sólo, será tomada en cuenta hasta el dictado de la sentencia.

#### **6.- Crítica y propuesta de reformar los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales.**

El estado tiene como cometidos diseñar una serie de estrategias o políticas, que lleven el bienestar a la comunidad. De esta forma desarrolla una política económica, una política laboral, una política educacional y desde luego una política criminal

Dentro de esta última el Estado realiza sus funciones bajo lineamientos y exigencias de un Estado democrático y de Derecho, es decir, reconociendo y respetando las garantías y los derechos humanos. Sin embargo, estas ideas se resquebrajan, como veremos muy pronto, cuando el Código Federal de Procedimientos Penales, nos da la noción de lo que es el cuerpo del delito

##### *6.1.- Crítica y propuesta de reformar el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

La reforma que se le hizo al artículo 168 del Código Federal de procedimientos Penales, derivada de la que se le hizo a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, parece desde nuestro punto de vista incorrecta, ya que con una figura de tal magnitud, como lo es el cuerpo del delito, no se debe vacilar, máxime si se toma en cuenta que ha sido un concepto que ha venido evolucionando y paralelo a ello “se había dado ya una noción definitiva de dicho concepto”<sup>77</sup>, es decir, un concepto que ya había sido superado en la doctrina, en la leyes y en la jurisprudencia

---

<sup>76</sup> *Código Penal Federal*. Ed. Sista. México, 2001. p. 99

<sup>77</sup> *Supra*. Cap. primero, apartado 2.2.2.1.

### 6.1.1.- Crítica al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que

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 elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica así 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 culpable del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o excluyente de culpabilidad

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley"<sup>78</sup>

La Constitución Federal introdujo de nueva cuenta en sus artículos 16 y 19 el concepto de cuerpo del delito, lo hace de manera enunciativa, nunca dando una noción de lo que se debe entender por tal concepto, de esta forma no se afilia a corriente, escuela o dirección alguna, sin embargo, las legislaciones secundarias si lo hacen, ya que es la única forma de, que tanto el Juez como el Ministerio Público, se guíen, al momento en que cada uno de ellos realiza su función

En el caso específico que nos ocupa el Código adjetivo federal, "concibe el cuerpo del delito, según nuestro criterio"<sup>79</sup> de la siguientes formas

a) Como los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal, junto con los normativos, y

b) Como los elementos externos, es decir, la realidad fenomenológica del delito perceptible a través de los sentidos

Si con anterioridad a la reforma de 1984, el concepto de cuerpo del delito era harto confuso, ahora con la concepción que nos da el artículo 168 del multicitado ordenamiento legal, se hace todavía menos entendible, porque, si anteriormente la regla general era que el cuerpo del delito lo constituía la materialidad del hecho delictuoso, es decir los elementos del tipo objetivo, o, la realidad fenomenológica del delito, ahora lo puede ser el tipo penal objetivo, más los elementos normativos, o en su caso la realidad del delito perceptible por los sentidos.

<sup>78</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, *obr. cit.*, p. 40.

<sup>79</sup> *Supra*, apartado 5.2 de este Cap.

Si nos apegamos en el análisis al través del cual el cuerpo del delito es sinónimo de tipo penal objetivo, más los elementos normativos, es decir, en el cual el cuerpo del delito no es más que una parte del tipo penal, notaremos que para ciertos tipos delictivos no hay, problema en identificar su cuerpo del delito, pero, si el tipo penal describe además elementos normativos, tampoco en este caso se presenta problema alguno, sin embargo el problema si se presenta, cuando el tipo penal requiere para su existencia de la presencia de determinados elementos subjetivos.

En este sentido nos indica la Dra. Olga Islas de González de Mariscal, "Los códigos penales contienen múltiples tipos que incluyen elementos subjetivos, tan decisivos que sin ellos carecen de relevancia penal, es decir, son totalmente atípicos (carecen de tipo), los correspondientes elementos objetivo. En otra palabras la sola objetividad (sin elementos subjetivos) no es materia del delito"<sup>80</sup>

Si el cuerpo del delito no reconoce como suyos a los elementos subjetivos específicos, ¿Dónde quedaran ubicados estos?, en la probable responsabilidad, no, porque así se desprende del artículo en cuestión. A nuestro juicio tendrán que reconocerse como elementos del cuerpo del delito (si es que este se le identifica con el tipo penal), toda vez que en la dogmática del delito no hay corriente que deje fuera de los elementos del delito a los elementos subjetivos específicos, o son parte del tipo penal, o del tipo de injusto, o de la culpabilidad (dolo de dolo, o dolo específico).

Con la concepción de que el cuerpo del delito son los elementos objetivos y normativos del tipo penal se viola el principio de legalidad y de seguridad jurídica que debe de cumplir el tipo penal dentro de la dogmática del delito. Se viola el principio de legalidad por que el Ministerio Público o el Juez en su caso al emitir el juicio de tipicidad, no verifica la subsunción de la conducta en la hipótesis contemplada en el tipo, lo hacen, pero, nada más en una parte del tipo, es decir, se verifica la adecuación de la conducta con los elementos objetivos y normativos

El principio de seguridad jurídica, porque, se deja al arbitrio del Ministerio Público o del Juez según sea el caso determinar a través de los elementos objetivos y normativos, cual es el delito que ha cometido el activo, es decir, no entran la estudio científico y profundo para determinar en cual tipo penal se subsume la conducta

Esto se agudiza más cuando el cuerpo del delito se concibe como la realidad fenomenológica perceptible a través de los sentidos, es decir, en la segunda forma que consideramos que define el artículo 168, aquí se violan también dichos principios, toda vez, que para efecto de acreditar el cuerpo del delito, se toma como base su realización en el mundo fenomenológico, no importa tanto acreditar los elementos descritos en el tipo penal objetivo o normativos sino que estos se hayan llevado al cabo en el mundo de la realidad

---

<sup>80</sup> González Mariscal Olga I. *Comentarios a la iniciativa de Decreto que reforma los Artículos 16, 19, 20 21 y 123 de la C. P. E. U. M.*, Criminalia, enero-abril, 1998, México, p. 44.

Con lo anterior podemos señalar los siguientes puntos críticos

- a) El cuerpo del delito no puede ser concebido como los elementos objetivos y normativos del tipo penal,
- b) El cuerpo del delito conculca el principio de legalidad,
- c) El cuerpo del delito viola el principio de seguridad jurídica,
- d) La posición del Estado frente al cuerpo del delito es la de un Estado autoritario y no de un Estado de Derecho democrático, y
- e) El cuerpo del delito no puede ser considerado en la actualidad como la realidad del delito

#### *6.1.2.- Propuesta de reformar el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales*

En nuestra opinión y tomando en cuenta las críticas vertidas en el punto que antecede, consideramos que la redacción correcta del artículo 168 debe ser la siguiente

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

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos descritos en el tipo penal. Estos a su vez se tendrán por comprobados cuando se acredite su existencia

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes se deduzca su participación dolosa o culposa del mismo y exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad

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

De esta guisa, al cuerpo del delito se le da una noción más acorde con la realidad es decir, el cuerpo del delito, es en consecuencia el tipo penal, tal como se concebía en el causalismo valorativo, es decir, con elementos descriptivos, normativos y subjetivos, por tanto los elementos subjetivos específicos tienen un lugar dentro de la teoría del delito, a saber, en el tipo penal

Así mismo, ya no se conculca el principio de legalidad y seguridad jurídica, toda vez, que con la inclusión de los elementos subjetivos específicos al cuerpo del delito hay una mejor certeza para saber que tipo penal comete el activo, y, como consecuencia de esto, no se deja al Ministerio Público o al Juez determinar a su libre arbitrio el tipo que se comete.

El Estado por su parte deja de ser un Estado autoritario frente al cuerpo del delito y pasa a ser un Estado de Derecho democrático, en virtud, de que ciñe su actuación al principio de legalidad y de seguridad jurídica, creando con ello más confianza entre los ciudadanos.

El Ministerio público, por su parte, se ve obligado, por tanto, acreditar como base del ejercicio de la acción penal, no nada más los elementos objetivos o normativos del tipo penal, sino, también los subjetivos específicos.

#### *6.2.- Crítica y propuesta de reformar el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

El Ministerio Público como autoridad, la averiguación previa, como etapa, el ejercicio de la acción penal, como resolución, son piezas claves en el procedimiento penal, es decir, en base en esto, se puede determinar si un hecho delictuoso es tal o no, más aún, si se siguen los lineamientos lógicos que todo Estado de Derecho y democrático exigen a efecto de determinar cuando una conducta es delictuosa o no.

##### *6.2.1.- Crítica al artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

La crítica al artículo 134 de Código adjetivo federal sólo se hará a los dos primeros párrafos, por lo que a continuación de procedera a transcribirlos.

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 ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica, así lo requiera, así como las demás circunstancias que ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por falta de los elementos subjetivos específicos del tipo serán analizadas por el juzgador después de que se hay 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 específicos del tipo”<sup>81</sup>

De la lectura del precepto en cuestión, se desprende, que la función que tiene el Ministerio Público durante la averiguación previa respecto del cuerpo del delito, es probar de modo evidente, nada más, los elementos objetivos del tipo o la realidad del delito, perceptible por los sentidos. Esto es así, en virtud de que por cuerpo del delito se entiende los elementos objetivos y normativos del tipo, o la realización fenomenológica del delito. No sucede así con los elementos subjetivos específicos del tipo penal, ya que estos ni siquiera pueden ser probados, sino, sólo enunciados por el representante social.

De esta forma el Ministerio Público ejercitara acción penal basandose en datos que pueden ser probados de la forma más fácil, esto viola de forma contundente lo derechos fundamentales de todo individuo, toda vez, que si el indiciado durante la averiguación previa, hace valer como excluyente del delito la atipicidad por no adecuarse la conducta al tipo, tanto en los elementos objetivos, normativo o subjetivos, ahora no lo podrá hacer por lo que respecta a estos últimos, ya que así lo establece el precepto en crítica.

Es erróneo lo anterior, más aún, si se toma en cuenta lo manifestado por el artículo 17 del Código Penal Federal, que a la letra dice:

Artículo 17 - “Las causas de exclusión del delito se investigaran y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento”<sup>82</sup>

De acuerdo con este artículo el Ministerio Público tiene la obligación de averiguar si en el caso concreto se da la atipicidad, y en base en ello determinar si se prosigue con la averiguación previa:

Mientras que este artículo impone al Ministerio Público investigar y resolver las causas exclusión del delito, el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales lo impide. Por otro lado, aún cuando el Ministerio Público no lo haga el inculpaado tiene la facultad de solicitárselo, sin embargo hay que estarse a lo preceptuado por el artículo en cuestión.

En este orden de ideas, no es comprensible, que si se pueda hacer valer la exclusión del delito por falta de conducta, ausencia de antijuridicidad o culpabilidad, pero, no por ausencia de tipicidad es decir, aunque haya atipicidad por falta de los elementos subjetivos específicos, el Ministerio Público puede determinar que una conducta es antijurídica y culpable de modo probable, rompiendo con el análisis lógico para determinar si una conducta es delictuosa o no.

Como decir que una conducta es antijurídica y culpable, cuando ya de entrada se puede haber acreditado la exclusión del delito en los términos de artículo 15 fracción II, del

<sup>81</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, *obr. cit.*, p. 30

<sup>82</sup> Código Penal Federal, *obr. cit.*, p. 17

Código Penal Federal. ¿Qué a caso no se viola el principio de legalidad, seguridad jurídica, proporcionalidad y defensa?

Sergio García Ramírez comenta: “es verdad que el inculpado puede acreditar la inexistencia de esos elementos subjetivos y consecuentemente la inexistencia del delito, ante el M. P., pero esa acreditación no tendrás mas fuerza que la que quiera otorgarle el órgano investigador, siempre gobernado por la idea de que los elementos subjetivos no forman parte del cuerpo del delito, o bien por la norma que le permite actuar a pesar de que aquellos se acrediten. Dicho de otra manera, la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal no vincula al Ministerio Público”<sup>83</sup>

“El artículo en comento señala, así mismo, que los elementos subjetivos específicos son elementos del tipo, mientras que en relación con el artículo 168, no tienen cabida dentro de la teoría del delito ¿o son, o no partes del tipo penal?, si lo son, gozan de la misma naturaleza que los demás elementos del tipo y por tanto, en ese mismo nivel deben de ser probados, si no lo son ¿Qué lugar ocupan dentro de la teoría del delito?”<sup>84</sup>

De esta forma no se pueden desconocer dentro de la dogmática del delito los elementos subjetivos específicos, nada más porque el Ministerio Público dentro de la averiguación previa no tiene la capacidad de acreditarlos

Por lo que respecta a la forma de realización de la conducta, es aceptable que no se acredite de forma plena durante la averiguación previa, toda vez, que pasa a formar parte de la probable responsabilidad y no de la plena responsabilidad, porque de en caso de ser plena, tendrán que acreditarse de esta forma también la culpabilidad y la antijuridicidad, y desde luego el dolo y la culpa, lo cual equivaldría al dictado de una sentencia, cosa que no puede ser así

Es evidente, que con las reformas al artículo 168 en el año de 1994, el Ministerio Público, se vio impedido a ejercitar acción penal, o, a obtener una orden de aprehensión, haya sido, porque, eran muchos los elementos del tipo penal que tenía que probar de modo evidente, o, porque, ni siquiera haya tenido los conocimientos acerca de la doctrina que adopto el Código Federal de Procedimientos Penales

Reconocible es que, en materia de aplicación de la ley penal se fracaso, pero, no por ese hecho, se van a reducir los requisitos para ejercitar la acción penal, al grado de conculcar los derechos humanos y las garantías individuales

Señala Moisés Moreno Hernández: “¿Es a caso tan abrumador el problema delictivo, que obliga a que el Ministerio Público deje de ser un órgano técnico se mediatice s se aleje de las exigencias de un sistema penal moderno y funcional, como se plantea en el sistema penal de un Estado democrático y de Derecho? ¿Habrá que seguir con la práctica de las reformas penales y circunstanciales que al paso del tiempo demuestran su

<sup>83</sup> García Ramírez Sergio. *Delincuencia Organizada*. Segunda edición. Ed. Porrúa, México, 2000, p. 79

<sup>84</sup> *Supra*, 1.3.2 de este Cap. la Corte ha dado ya su opinión al respecto

infuncionalidad, en lugar de una reforma de fondo, integral y basada en criterios uniformes y coherentes, acordes a las exigencias de la hora y del Estado democrático de Derecho?"<sup>85</sup>

La solución no está en la modificación tan drástica de la ley, sino, en la implementación de recursos materiales y humanos con los cuales se enfrente la delincuencia

#### 6.2.2.- Propuesta de reformar el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Como partidarios de equiparar el cuerpo del delito con el tipo penal, es decir, con la descripción que hace el legislador de una conducta que es relevante para el derecho penal, a través de los elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos que lo componen, creemos que la redacción correcta del artículo 134 es la 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 acción penal ante los tribunales

De acuerdo con esta propuesta se resuelve el problema que se le presenta al Ministerio Público al momento de ejercitar acción penal respecto del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, es decir, el representante social no nada más acreditará los elementos objetivos y normativos, sino que también los subjetivos específicos del cuerpo del delito, "en los términos de la propuesta de reforma al artículo 168"<sup>86</sup>, originando con ello más seguridad jurídica entre los ciudadanos y en consecuencia respetando el principio de legalidad y de seguridad jurídica, el Ministerio Público tendrá a su vez la certeza de saber porque hechos esta consignando, de tal forma se suprime la parte de original artículo 134, en donde se menciona la no acreditación plena de los elementos subjetivos específicos del tipo penal

Aunado a ello se suprime el párrafo segundo de dicho precepto, toda vez, que si se establece la obligación de acreditar los elementos subjetivos específicos del tipo penal, resulta innecesario, que se mencione la no operancia de la atipicidad como excluyente del delito

De esta guisa el inculpado tiene derecho a hacer valer durante la averiguación previa, o en la preinstrucción la atipicidad como excluyente del delito, originando con ellos que no se conculque el principio de proporcionalidad y defensa que le asisten a todo acusado, así mismo, el Ministerio Público determinara si una conducta es delictiva de forma cronológica y coherente, es decir, sin soslayar, que para determinar si una conducta es delictuosa o no primeramente se debe analizar si esta es típica, para después determinar si la misma es antijurídicas y culpable

<sup>85</sup> Moreno Hernández Moises, *Análisis de la iniciativa de Reformas Constitucionales en Materia Penal (artículos 16 y 19)*, Criminalia, enero-abril, 1998, México, p. 79

<sup>86</sup> *Supra*, apartado 6.1.2 de este Cap

Si se ha dicho que la forma de realización de la conducta es parte de la probable responsabilidad, no vemos la razón por la cual se recalca su probable prueba, de ahí, que también a nuestra consideración se elimina esa parte del artículo.

## CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

PRIMERA - Anterior a las primeras leyes adjetivas en materia penal, al cuerpo del delito, se le concebía, como la totalidad y la materialidad del delito, es decir, como la conducta antijurídica y culpable, y como la realidad del mismo, participando de esta forma, con una naturaleza objetiva y subjetiva

SEGUNDA - El Código de Procedimientos Penales de 1880 y 1894 identificaban el cuerpo del delito con la totalidad del delito, es decir, para la comprobación de aquél, tenía que comprobarse este último

TERCERA - La ley adjetiva penal de 1908 identificaba el cuerpo del delito con la descripción, que hace el tipo, de un delito determinado

CUARTA - Durante cincuenta años el Código Federal de Procedimientos Penales sostuvo en su artículo 168 que el cuerpo del delito, es la materialidad del delito

QUINTA - El original Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 134, estableció, como requisitos para el ejercicio de la acción penal, la correspondiente denuncia, acusación o querrela, apoyadas estas, por testigos dignos de fe

SEXTA - Con fundamento en las reformas de 1984 al artículo 168, el cuerpo del delito se consideraba, como sinónimo del tipo penal, toda vez, que para comprobar aquél, se tenía que comprobar los elementos del tipo penal

SÉPTIMA - Para que el Ministerio Público, estuviera en facultad de ejercitar acción penal, conforme al artículo 134, reformado en 1984, tenía que comprobar, como requisito *sine qua non*, el cuerpo del delito.

OCTAVA - La Suprema Corte de Justicia de la Nación antes de las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Carta Magna, sostuvo en varias tesis y jurisprudencias, un criterio uniforme en torno al concepto del cuerpo del delito, en virtud, de que se sustentó como regla general que este debía ser entendido como la materialidad del hecho delictuoso y como regla especial, se le identificaba con el tipo penal

NOVENA - La Suprema Corte de Justicia de la Nación después de las reformas de 1999 a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, no ha emitido un criterio uniforme respecto de lo que se debe de entender por cuerpo del delito

DECIMA - La doctrina penal mexicana mayoritaria, llegó a la conclusión, de que el cuerpo del delito, es sinónimo, de tipo penal

DECIMA PRIMERA - Al introducirse la figura sustantiva del tipo penal, el Ministerio Público tenía la obligación de probar de modo evidente, para ejercitar la acción penal, los elementos del tipo penal

DECIMO SEGUNDA - La sustitución de la figura sustantiva del tipo penal, obedeció al desconocimiento total, que tenía el Ministerio Público de la sistemática finalista que adoptó la reforma de 1994, respecto del tipo penal y al exceso de elementos, que tenía que probar de modo evidente, para el ejercicio de la acción penal

DECIMO TERCERA - El cuerpo en el actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, es concebido a nuestra consideración de dos formas, como los elementos objetivos y normativos del tipo penal; o, como la realidad del delito perceptible a través de los sentidos

DECIMO CUARTA - El cuerpo del delito al ser concebido como los elementos del tipo penal objetivos y normativos; o, como la realidad del delito perceptible a través de los sentidos, la dogmática jurídico penal mexicana, se adhiere en parte a los postulados de causalismo valorativo

DECIMO QUINTA - Para que el Ministerio Público de la Federación pueda ejercitar acción penal, en los términos del actual artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, tiene la obligación de probar de modo evidente los elementos del tipo penal objetivos y normativos; o la realidad del delito perceptible por los sentidos

DECIMO SEXTA - Al probar de modo evidente, nada más, los elementos del tipo penal objetivos y normativos del tipo penal; o, la realidad del delito perceptible a través de los sentidos, como requisito para el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público de la Federación, viola de modo contundente los principios de legalidad y seguridad jurídica que todo tipo penal debe cumplir en un Estado democrático de Derecho

DECIMO SEPTIMA.- En términos del actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, los elementos subjetivos específicos, no tienen cabida dentro de la dogmática jurídico penal mexicana, toda vez, que estos no son incluidos, dentro de algún elemento del delito

DECIMO OCTAVA - Los elementos subjetivos específicos, en términos del actual artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, son considerados como elementos del tipo penal, lo cual, difiere de lo establecido en el artículo 168

DECIMO NOVENA -Al establecer el actual artículo 134 del Código Federal de Procedimientos, la no operancia de la excluyente del delito por falta de alguno de los elementos del tipo penal, durante la Averiguación Previa, se conculca el principio de proporcionalidad y defensa que le asiste a todo indiciado, en todo Estado democrático de Derecho

VIGESIMA - La excluyente del delito por falta de alguno de los elementos del tipo penal, es analizada, según el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el momento en que el juzgador dicta sentencia de primera instancia

BIBLIOGRAFIA GENERAL

## BIBLIOGRAFIA

- Amuchategui Requena Irma G., *Derecho Penal*, Ed. Harla, México, 1997
- Arilla Bas Fernando, *El Procedimiento Penal Mexicano*, Ed. Mexicanos Unidos, México, 1973.
- Barrita López Fernando, *Delitos, Sistemáticas y Reformas Penales*, Segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1998.
- Beling Ernest von, *Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito Tipo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.
- Briceno Sierra Humberto, *El Enjuiciamiento Penal en México*, Ed. Trillas, México, 1991
- Bunge Mario, *La ciencia su método y su filosofía*, Ed. Siglo XX, Buenos Aires, 1981
- Cancino Mariano José A., *El cuerpo del delito*, La justicia, tomo XXVI, Noviembre de 1967, Colombia.
- \_\_\_\_\_. *El objeto material del delito*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1979
- Carmona Castillo Gerardo A., *La Imputabilidad Penal*, Segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1999
- Carranca y Trujillo Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Segunda Edición, Antigua Librería Robredo de José e hijos, México, 1941
- Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Trigésima novena edición, Ed. Porrúa, México, 1998
- Castillo Soberanes Miguel A., *El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México*, Segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 1993
- Colín Sánchez Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Décimo segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1991
- Córdoba Roda Juan, *Una nueva concepción del delito*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963
- Cortés Ibarra Miguel A., *Derecho Penal*, Cuarta edición, Cárdenas editores, México, 1992.
- Cruz Agüero Leopoldo de la, *El Término Constitucional y la Probable Responsabilidad Penal*, Ed. Porrúa, México, 1999

De la Barreda Solórzano Luis, *Culpabilidad y ius puniendi*, Criminalia, Julio-septiembre, 1981, México.

Díaz Aranda Enrique, *Dolo*, Ed Porrúa, México, 2000.

\_\_\_\_\_. *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teorías del dolo eventual*, Criminalia, Mayo-agosto, 1997, México.

Díaz Clemente A. *El Cuerpo del Delito*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

Díaz de León Marco A., *Diccionario de Derecho Procesal Penal y Términos Usuales en el Proceso Penal*, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1986

*Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I y III, Ed. Porrúa, México,

Fenech Miguel, *Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Ed. Labor, Barcelona, 1960

Fernández Doblado Luis, *Culpabilidad y error*, s/e, México, 1950

Franco Guzmán Ricardo, *Delito e injusto*, s/e, México, 1950.

\_\_\_\_\_. *La subjetividad en la ilicitud*, Ed José María Cajica, México, 1959.

Franco Sodi Carlos, *El Cuerpo del delito y la Teoría de la Tipicidad*, Criminalia, Septiembre, 1941, México.

\_\_\_\_\_. *El Procedimiento Penal Mexicano*, Tercera edición, Ed Porrúa, México, 1946

Franco Villa José, *El Ministerio Público*, Ed. Porrúa, México, 1985

García-Pelayo y Gross, *Pequeño Larousse Ilustrado*, Ediciones Larousse, México, 1964

García Ramírez Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Quinta edición, Ed Porrúa, México, 1989

\_\_\_\_\_. *Delincuencia Organizada*, Segunda edición, Ed Porrúa, México, 2000

\_\_\_\_\_. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1994.

\_\_\_\_\_. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Octava edición, Ed Porrúa, México, 1999

Garduño Garmendia Jorge, *El Ministerio Público en la Investigación de los Delitos*, Ed Limusa, México, 1991

Gómez Benítez José M., *Teoría Jurídica del Delito*, Ed. Civitas, España, 1992.

González Bustamante Juan J., *El Cuerpo del delito*, Criminalia, Enero, 1943, México.

\_\_\_\_\_. *El Cuerpo del delito y el Procedimiento Penal*, Criminalia, Septiembre, 1941, México.

\_\_\_\_\_. *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, Décima edición, Ed. Porrúa, México, 1991.

González Mariscal Olga I., *Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida*, Cuarta edición, Ed Trillas, México, 1998

\_\_\_\_\_. *Comentarios a la Iniciativa de Decreto que Reforma los artículos 16, 19, 20, 21, y 123 de la C.P.E.U.M.*, Criminalia, Enero-abril, 1998, México.

González Quintanilla José A., *Derecho Penal Mexicano*, Quinta edición, Ed. Porrúa, México, 1999

Graf Zu Donha Alexander. *La estructura de la teoría de delito*, Segunda edición, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires

*Gran Diccionario del Saber Humano*, Tomo 5, Selecciones de Reader's Digest, Ed Norma, México, 1992

*Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, Reader's Digest, México, 1999.

Gutiérrez Cruz Juan W., *El Cuerpo del Delito*, Revista Michoacana de Derecho Penal, núms. 26 y 27, México, 1992

Hernández Pliego Julio A., *Programa de Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Ed Porrúa, México, 1998

Herrera Lasso y otros. *El cuerpo del delito*, Criminalia, Noviembre-diciembre, 1973, México.

Jescheck Hans Henrich. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I y II, Tercera edición, Ed Bosh, Barcelona, 1978.

Jiménez Asenjo Enrique. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed Revista de Derecho Privado, Madrid, sff

Jiménez de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*, Tercera edición, Ed. Sudamericana, Buenos Aires. 1958

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Quinta edición, Ed Losada, Buenos Aires, 1992

Jiménez Huerta Mariano. *Corpus delicti y tipo penal*, Criminalia, 1956, México.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I. Ed. Porrúa, México, 1972

\_\_\_\_\_. *El delito*, Criminalia, Enero, 1944, México.

\_\_\_\_\_. *La Antijuricidad y Jurisprudencia*, Ediciones jurídicas del Norte, Segunda edición, México, 1952.

\_\_\_\_\_. *La Tipicidad*, Ed. Porrúa, México, 1955.

- Lara Espinoza Saúl, *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1999
- Liszt Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Segunda edición, Ed Reus, Madrid, 1927
- López Betancourt Eduardo, *Teoría del Delito*, Séptima edición, Ed Porrúa, México, 1997
- Luna Castro José N, *El concepto de tipo penal en México*, Ed Porrúa, México, 1999
- Malo Camacho Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Segunda edición, Ed Porrúa, México, 1998
- Manzini Vincenzo, *Tratado de derecho Procesal Penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951
- Márquez Piñero Rafael, *El Tipo Penal*, Ed Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992
- , *La Culpabilidad*, Criminalia, Enero-diciembre, 1983, México
- Mir Puig Santiago, *Derecho Penal* Tercera edición, Ed P P U, Barcelona, 1990
- Monarque Ureña Rodolfo, *Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito*, Ed Porrúa, México, 2000
- Moreno Hernández Moisés, *Análisis de la Iniciativa de Reformas Constitucionales en Materia Penal (Artículo 16 y 19)*, Criminalia, Enero-abril, 1998, México
- , *Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana*, Criminalia, Septiembre-Diciembre, 1992, México
- Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Delito*, Ed Temis, Colombia, 1990
- Novoa Monreal Eduardo, *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*, Ed Juricentro, San José, Costa Rica, 1980
- , *Fundamentos de los delitos de Omisión*, Ed Depalma, Buenos aires, 1984
- Orellana Wiarco Octavio A., *Curso de Derecho Penal*, Ed Porrúa, México, 1999
- , *Teoría del Delito*, Tercera edición, Ed Porrúa, México, 1996
- Oronoz Santana Carlos M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Segunda edición, Ed Cárdenas Distribuidor, México, 1983
- Ortolán M., *Tratado de derecho penal*, s/e, Madrid, 1878

- Osorio y Nieto Cesar A., *La Averiguación Previa*, Segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1994.
- Pavón Vasconcelos Francisco, *La Causalidad en el Delito*, Ed Jus, México, 1977.  
 \_\_\_\_\_ *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Tercera edición, Ed. Porrúa, México, 1974
- Petit Candaudap Celestino P., *Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal*, Décimo sexta edición, Ed. Porrúa, México, 1994.
- Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, Vigésima primera edición, Ed. Porrúa, México, 1995
- Plascencia Villanueva Raúl, *Teoría del Delito*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1998.
- Quintero Olivares Manuel G., *Manual de Derecho Penal*, Segunda edición, Ed. Arazandi, España, 2000
- Ramos Pedrueza Antonio, *La Ley Penal en México, s/e*, México, 1911
- Reyes Echandia Alfonso, *Antijuridicidad*, Cuarta edición, Ed. Temis, Colombia, 1997.  
 . *Culpabilidad*, Tercera edición, Ed. Temis, Colombia, 1997.  
 . *Tipicidad*, Sexta edición, Ed. Temis, Colombia, 1997
- Rivera Silva Manuel, *El Procedimiento Penal*, Vigésimo quinta edición, Ed. Porrúa, México, 1997.
- Rodríguez Manzanera Luis, *Criminología*, Décimo primera edición. Ed. Porrúa, México, 1997
- Román Quiroz Verónica, *La Culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Ed. Porrúa, México, 2000
- Romero Tequextle Gregorio, *Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo*, Editores, México, 1999
- Roxin Claus, *Derecho Penal*, Tomo I, Segunda edición, Ed. Civitas, Barcelona, 1997.  
 \_\_\_\_\_ *Teoría del Tipo Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979
- Salas Campos Raúl G. *La Substitución de las figuras procesales "El Cuerpo del Delito y la Presunta Responsabilidad, por las de: Acreditar los Elementos del Tipo Penal y la Probable responsabilidad"*, Revista Jurídica de Posgrado, Año 1, julio, agosto, septiembre, 1995  
 \_\_\_\_\_ *La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*, Pérez Nieto editores, México, 1995.  
 \_\_\_\_\_ *Los Delitos Fiscales*, Pérez Nieto editores, México, 1995.

- Silva Silva Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Ed Harla, México, 1990
- Sosa Ortiz Alejandro, *Los Elementos del Tipo Penal*, Ed. Porrúa, 1999.
- Sumario del Crimen, *Los asesinatos del baño de ácido*, Núm. 7, 1990, España.
- Vázquez Padilla Octavio M., *Subjetivismo e injusto*, Cárdenas editores, México, 2001.
- Vela Treviño Sergio, *Antijuridicidad y Justificación*, Tercera edición, Ed. Trillas, México, 1997
- \_\_\_\_\_. *Culpabilidad e inculpabilidad*, Segunda edición, Ed. Trillas, México, 1990
- \_\_\_\_\_. *El principio de legalidad y los tipos abiertos*, Criminalia, Abril-junio, 1978. México
- Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, Décimo primera edición, Ed Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969.
- \_\_\_\_\_. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Ed Ariel, Barcelona, 1964
- \_\_\_\_\_. *La teoría de la acción finalista*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951
- Zaffaroni Eugenio R., *Manual de Derecho Penal*, Segunda edición, Cárdenas Editores, México, 1997
- \_\_\_\_\_. *Tratado de derecho Penal*, Tomo III y IV, Cárdenas Editores, México, 1988
- Zamora Jimenez Arturo, *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, Angel Editor, México, 2001

## LEGISLACIONES

- Código de Procedimientos Penales de 1880*, Imprenta de Comercio, de Dublan y Compañía. México. 1880
- Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales de 1894*, Imp, y Lit. de F Díaz de León Sucesores, Sociedad Anónima, México, 1894.
- Código Federal de Procedimientos Penales de 1908*, *se*, México, 1908.
- Código Federal de Procedimientos Penales de 1934*, Diario Oficial de la Federación de 30 agosto de 1934, México.
- Código Federal de Procedimientos Penales*, *se*, México, 1985.
- Código Federal de Procedimientos Penales*, Ed Sista, México, 1997.

*Código Federal de Procedimientos Penales*, Ed. Sista, México, 2001.

*Código Penal para el Distrito en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal*, Tercera Edición, Ediciones Fiscales ISEF, 1999, México.

*Código Penal Federal*, Ed. Sista, México, 2001.

*Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871*, s/e, México, 1871.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, s/e, México.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 112 edición, Ed. Porrúa, México, 1996.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 135 edición, Ed. Porrúa, México, 2001.

*Exposición de Motivos al Código de Procedimientos Penales del Distrito y territorios Federales*.

*Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*, Ediciones fiscales ISEF, México, 2000.

#### DIARIOS OFICIALES

*Diario Oficial de la Federación* de 30 de agosto de 1934

*Diario Oficial de la Federación* de 27 de diciembre de 1983.

*Diario Oficial de la Federación* de 24 de diciembre de 1984.

*Diario Oficial de la Federación* de 10 de enero de 1994

*Semanario Judicial de la Federación*, tomos XXVIII y XXIX

#### MEDIOS INFORMATICOS

CD-ROM Jurisprudencia y tesis aisladas, IUS 98 19917-1998, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1998.

CD-ROM Jurisprudencia y tesis aisladas, IUS 2000: 19917-2000, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000.

UNIDAD DE CONSULTA DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, TESIS Y JURISPRUDENCIAS, Palacio de Justicia Federal, Acceso 3, p. b., Eduardo Molina 2, Col. El Parque, Del. Venustiano Carranza, 15210, México, D. F.