

2 40761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

**“CUERPO DEL DELITO, AVANCE O
RETROCESO EN NUESTRO SISTEMA DE
ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO

(CIENCIAS PENALES)

P R E S E N T A

LIC. ANGEL ALONSO TRUJILLO

ASESOR:

MTRA. TRINIDAD YOLANDA SANTOS CELIS

MÉXICO D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2002.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedicatorias

A mis padres

Hortencia Trujillo Sánchez (+)

y

José Alonso Hernández (+)

*Una prueba de que fueron buenos padres
es el haber mejorado la obra que ellos
empezaron*

No los defraude

A Martha Lidia, mi esposa y compañera de lucha

*Mi agradecimiento por su apoyo incondicional,
tanto en la abundancia como en la adversidad*

Gracias por enriquecer mi vida

A mis hijos, Martha Angélica y Carlos Ernesto

*Hoy les digo que he cumplido y que sirva este
trabajo como ejemplo de superación*

Los Amo....

A mis hermanos de sangre

José Luis, Estela, Javier y Carmen

*Gracias por su apoyo durante los años
en que vivimos juntos*



*A una gran mujer, mi tía Gloria
Infinitas gracias por tu apoyo moral
a lo largo de mi vida, gracias por tu
orientación y consejo, gracias por
haber forjado en mí, principios y valores*

A todos mis sobrinos

*Que este humilde trabajo sirva como
ejemplo de superación en toda la familia*

A mis amigos y compañeros de generación:

*Gracias por su compañerismo
y amistad desinteresada.*

*A mis compañeros de lucha y amigos
de trabajo en el Instituto Federal de
Defensoría Pública en Irapuato, Guanajuato:
Alicia, Martín Carlos y Jorge Luis*

Gracias por el apoyo recibido

*A la Universidad Nacional Autónoma de
México, nuestra máxima casa de estudios,
mi especial agradecimiento al "Campus
Aragón".*

*A todos mis maestros de la Maestría, por
sus sabias enseñanzas*

TESIS CON
FECHA DE ORIGIN

*Al Maestro Jaime Flores Cruz, quien es
un simbolo de la humildad en la enseñanza.*

*A mi mastro el Dr. Raul Plascencia Villanueva
Quien me dio la oportunidad de trabajar en una
noble Institución, La Comisión Nacional de
Derechos Humanos*

Mi agradecimiento y respeto

*A mi Asesor de Tesis:
Maestra Trinidad Yolanda Santos Celis
Por su paciencia, ayuda y dirección acertada
en el presente trabajo.*

Gracias por el apoyo recibido.

*A los integrantes del Honorable Comité Tutorial:
Mtra. Trinidad Yolanda Santos Celis
Mtra. Elizabeth Flores Gaytan
Dr. David Vega Vera
Mtro. Ricardo Ojeda Gandara
Mtro. Héctor Gonzalez Romero*

*Por sus observaciones y consejos
aportados en la presente Tesis
Recepcional.*

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**CUERPO DEL DELITO, AVANCE O RETROCESO EN NUESTRO SISTEMA DE
ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO.**

INTRODUCCIÓN..... I - VI

**CAPITULO I
NOCIONES DEL CONCEPTO DE DELITO**

1.1. Aspectos doctrinales del delito.....	1
1.1.1. Definición etimológica de delito y sus generalidades.....	2
1.1.2. La Escuela Clásica.....	4
1.1.3. La Escuela Positiva.....	6
1.1.4. La Terza Scuola o Tercera Escuela.....	8
1.1.5. Noción como ofensa a bienes jurídicos.....	10
1.2. Noción jurídica – dogmática del delito.....	12
1.2.1. Noción jurídico - dogmática sustancial.....	12
1.2.1.1. Concepto Unitario o Totalizador del delito.....	12
1.2.1.2. Concepto Atomizador o Analítico del delito.....	13
1.2.1.2.1. Franz Von Liszt.....	14
1.2.1.2.2. Ernesto Von Beling.....	15
1.2.1.2.3. Max Ernesto Mayer.....	16
1.2.1.2.4. Edmundo Mezger.....	17
1.2.1.2.5. Luis Jiménez de Asúa.....	18
1.2.1.2.6. Francesco Antolisei.....	19
1.2.2. Noción jurídico – dogmático formal.....	20
1.2.2.1. El delito en el Código Penal Mexicano.....	20
1.2.2.1.1. De Martínez de Castro de 1871.....	21
1.2.2.1.2. Del Distrito y Territorios Federal de 1929.....	21
1.2.2.1.3. Código Penal Federal de 1931.....	22

CAPITULO II
EL CUERPO DEL DELITO

2.1. Concepto doctrinal.....	23
2.2. Concepto legal o formal.....	29
2.3. Nociones históricas del cuerpo del delito.....	32
2.4. El cuerpo del delito en las leyes penales adjetivas en diversas épocas.....	37
2.5. El cuerpo del delito en la jurisprudencia.....	49
2.6. Algunos criterios para la comprobación del cuerpo del delito.....	78

CAPITULO III
EVOLUCION HISTORICA DEL TIPO PENAL

3.1. Definición de Tipo Penal.....	88
3.2. Diversas Teorías del Tipo Penal.....	92
3.2.1. Estructura y concepto de delito en el Sistema Clásico.....	93
3.2.1.1. Acción.....	93
3.2.1.2. Tipicidad.....	97
3.2.1.3. Antijuridicidad.....	102
3.2.1.4. Culpabilidad.....	104
3.2.2. Estructura y concepto de delito en el Sistema Neoclásico.....	108
3.2.2.1. Acción.....	108
3.2.2.2. Tipicidad.....	111
3.2.2.3. Antijuridicidad.....	114
3.2.2.4. Culpabilidad.....	116
3.2.3. El Sistema Finalista.....	122
3.2.3.1. Alexander Graf Zu Dohna.....	123
3.2.3.2. Hellmuth Von Weber.....	126
3.2.3.3. Hans Welzel.....	127

3.2.3.4. Estructura y concepto de delito en el Sistema Finalista.....	128
3.2.3.4.1. Acción.....	129
3.2.3.4.2. Tipicidad.....	134
3.2.3.4.3. Antijuricidad.....	140
3.2.3.4.4. Culpabilidad.....	143

CAPITULO IV

GENESIS Y CONTENIDO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LOS ARTICULOS 16 Y 19

4.1. Reforma Constitucional de 3 de septiembre de 1993 a los artículos 16 y 19 (del cuerpo del delito a elementos del tipo).....	150
4.2. Reforma Constitucional de 8 de marzo de 1999 a los artículos 16 y 19 (de los elementos del tipo a cuerpo del delito).....	169

CAPITULO V

ASPECTOS PROCESALES ANTES Y DESPUES DE LA REFORMA

5.1. La reforma procesal de 10 de enero de 1994, al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales (comprobación de los elementos del tipo y probable responsabilidad).....	195
5.2. La reforma procesal de 18 de mayo de 1999, a los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales (comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad).....	210
5.3. La reforma procesal de 3 de mayo de 1999, al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	229

5.4. El papel adoptado por las legislaturas locales después de la reforma constitucional y procesal de 1999 (cuerpo del delito).....	231
5.5. Avance o retroceso en nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano, con la reforma, de los elementos del tipo penal a cuerpo del delito.....	262
5.5.1. La seguridad pública, procuración y administración de justicia.....	267
CONCLUSIONES.....	280
PROPUESTAS.....	289
BIBLIOGRAFÍA.....	291

INTRODUCCIÓN

Con mucho acierto expone sus ideas Sergio García Ramírez, en relación a la labor legislativa, cuando señala que de gran trascendencia para una sociedad resulta la labor del legislador, pues de su oportunidad, prudencia y sabiduría depende, en una medida muy grande, la felicidad de un pueblo, propósito del buen gobierno. El legislador, deliberando en su fuero interno, trabajando en el rigor de su conciencia, debe vivir largas noches de angustia e insomnio. Cuando imagina una ley o recibe un proyecto, comienza su grave ejercicio de responsabilidad que concluirá en la norma positiva. Esta se agrega inmediatamente a la historia. Es historia, desde que inicia su vigencia. Y a partir de ese punto también comienza, inexorable, el juicio de la historia sobre el trabajo del legislador. El legislador tiene una ventaja sobre el juez que conoce de una contienda. El juez no puede abstenerse de sentenciar. Se le ha sustraído la posibilidad de decidir. Es verdad que legislar constituye su misión y su obligación, cuando hay por qué y para qué hacerlo; pero también es verdad que no legislar puede ser una forma de servir al pueblo y de asumir y cumplir una obligación.¹

En efecto, el proceso penal en México desde la promulgación de la Constitución de 1917 y posteriormente en la legislación secundaria, se sustentó en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Sin embargo, en la práctica se observaron problemas sobre el contenido de cada una de dichas categorías, por lo cual en 1994, se procedió a reformar tanto la Constitución como los Códigos de Procedimientos Penales, federal y distrital para sustituir el término "cuerpo del delito" por el de "elementos del tipo penal" y determinar los elementos a través de los cuales se acreditaban dicho "tipo penal" y la "probable responsabilidad".

El punto más debatido de dicha reforma se centró en la determinación a nivel de ley de la ubicación del elemento subjetivo dolo en el tipo y la obligación

¹ García Ramírez, Sergio, Una Reforma Constitucional inquietante (La iniciativa de 9 de diciembre de 1997), Criminología, Año LXIV, No.1, México, Enero-Abril, 1998, p. 3.



del Ministerio Público de acreditarlo para poder ejercer la acción penal en contra del probable responsable de la comisión de un delito. Ello dio lugar a una serie de problemas de conceptualización e interpretación entre los Ministerios Públicos y Jueces, estos últimos fueron reduciendo el libramiento de las ordenes de aprehensión solicitadas, argumentaron la deficiente integración de la Averiguación Previa. Mientras tanto, el legislador considero que los índices de criminalidad, corrupción e impunidad, se incrementaban hasta niveles alarmantes. Se pretende echar la culpa de estos fenómenos sociales a la teoría de la acción final, la cual según el legislador ha servido para otras naciones, pero de ninguna manera para nuestro país, bajo el argumento de que no correspondía plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano.

Ante dicha situación, el legislador mexicano inició el proceso de contrarreforma a la Constitución, que culminó el 8 de marzo de 1999 reformando los artículos 16 y 19, para de esta forma volver al concepto de cuerpo del delito, y no tardó la correspondiente reforma a la legislación secundaria por la cual se suprimieron todos esos elementos introducidos por la reforma de 1994 y de esa forma facilitar al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal en contra de un mayor número de personas, con un menor número de requisitos legales.

Ciertamente, la llegada de la sistemática de la acción final, acuñada desde 1930, por Hans Welzel en Alemania, provocó revuelo en nuestro sistema penal, ya que la exigencia de acreditar los elementos del tipo penal en las órdenes de aprehensión, o bien para que el Ministerio Público estuviera en aptitud de ejercer la acción penal y los jueces dictaran autos de formal prisión o de sujeción a proceso, vino a ajustarse a un marco de derecho, que otorgaba a los ciudadanos, una mayor garantía de seguridad jurídica; sin embargo esas expectativas se vinieron abajo, pues resulta evidente que la actual reforma en materia penal, trajo como consecuencia un retroceso en nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano, pues al haber aprobado la actual redacción de los artículos 16 y 19 Constitucionales, con la expresión procesal "cuerpo del delito", se pone de relieve

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el ataque y restricción a la "garantía de seguridad jurídica", ya que deberá atenderse de hoy en adelante según la reforma de mérito, a lo que la legislación procesal en su artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales ha definido 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. Luego, es evidente que la reforma de referencia no incluyó la acreditación de los elementos subjetivos del tipo, los cuales por virtud del artículo 134 del mismo ordenamiento adjetivo de la materia y fuero, serán analizados por el juzgador después del dictado de auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda.

Ahora bien, nuestra investigación jurídica tiene como objetivo analizar y conocer el contenido de la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, de 8 de marzo de 1999, mediante la cual se cambia la expresión "elementos del tipo", por la de "cuerpo del delito", y principalmente entender, si el cambio de nomenclatura relativa a la estructura de los elementos que integran el cuerpo del delito, dada la reforma procesal a los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es un avance o un retroceso en nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano.

Para arribar a nuestro objetivo, el presente trabajo se integra de cinco capítulos, mismos en los que de una manera general se contienen los siguientes aspectos:

En el capítulo primero se conocerán las nociones del concepto de delito, iniciando su estudio a partir de su definición etimológica, para posteriormente conocer sus aspectos doctrinales como los sustentados por la Escuela Clásica, la Escuela Positiva, la Tercera Escuela y la noción como ofensa a bienes jurídicos; en ese mismo sentido se conocerá la noción jurídico - dogmática del delito, integrada por la llamada noción jurídico - sustancial y noción jurídico - formal; en la primera, se estudiara a la corriente unitaria o totalizadora, así como la analítica

TESIS CON
DATA DE ORIGEN

o atomizadora, sin dejar de soslayar las ideas de Lisz, Beling, Mayer, Mezger, Jiménez de Asúa y Francesco Antolisei; en la segunda, se hará un breve esbozo del Código Penal mexicano, como el de Martínez de Castro de 1871, el del 1929, así como el Código Penal Federal de 1931.

El capítulo segundo, al cual nos hemos permitido denominar, el cuerpo del delito, se integra por seis apartados, dentro de los cuales se conocerá su concepto doctrinal, el concepto legal o formal, así como la evolución histórica de dicha figura procesal, para lo cual se estudiara también la evolución que la expresión cuerpo del delito ha tenido en diferentes épocas dentro de las leyes penales adjetivas, así como el papel adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la interpretación que del cuerpo del delito ha dado en diversas jurisprudencias, concluyendo éste capítulo con algunos criterios para la comprobación del cuerpo del delito, contenidos tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales, como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El tercer capítulo, resulta de gran importancia dado su contenido, pues en este se conocerá la evolución histórica del tipo penal, partiendo de su definición, para posteriormente conocer las diversas teorías que sobre éste se han dado a lo largo de la evolución histórica de las ideas penales, como lo son precisamente las aportadas por los juristas del causalismo naturalista o sistema clásico, el causalismo valorativo o sistema neoclásico y el sistema finalista, en donde cobran importancia las ideas de Graf Zu Dohna, Von Weber y Hans Welzel; es decir, se conocerá la estructura y concepto que cada una de las sistemáticas adopta para el estudio del delito, como lo son precisamente, la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En el capítulo cuatro se dará una visión de la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993, a los artículos 16 y 19, mediante la cual se sustituye la expresión cuerpo del delito por elementos del tipo. En este mismo sentido, se conocerá la reforma constitucional de 8 de marzo de 1999, mediante la cual el



legislador, bajo el argumento de que los índices de criminalidad habían aumentado por culpa de la teoría de la acción final, consideró necesaria la reforma a la Constitución General de la República, he incorporó nuevamente a nuestro sistema penal, la expresión cuerpo del delito.

Finalmente, en el capítulo cinco se hablara de la reforma procesal de 10 de enero de 1994, al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales mediante la cual se incorporo a nuestra legislación un modelo finalista dada la estructura que del tipo penal se adopto en esa época; de la misma forma se conocerá la reforma procesal de 18 de mayo de 1999, a los artículos 134 y al propio 168 del Código Federal antes citado, en donde el legislador rompe con la estructura del tipo penal, para incorporar nuevamente la figura cuerpo del delito. Asimismo, se conocerá la reforma procesal de 3 de mayo de 1999 al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En este mismo capítulo se hablara del papel adoptado por la diferentes legislaturas locales respecto a la reforma constitucional y procesal de 1999, es decir, se pretende conocer, si los textos procesales en materia penal, son congruentes o no, con dichas reformas y observar si se respeta el principio de supremacía constitucional. Todo lo anterior, será tomado en cuenta para saber si la reforma constitucional y procesal de 1999 representa un avance, o un retroceso en nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano, para al final conocer algunos aspectos generales de la seguridad pública, procuración y administración de justicia en nuestro país.

Con relación a la hipótesis planteada en nuestro trabajo, esta consiste fundamentalmente en considerar que el legislador de 1999 se equivocó en estimar que el incremento en los índices de criminalidad, corrupción e impunidad eran atribuibles a la sistemática de la acción final y que con la expresión "cuerpo del delito" se resolverían los problemas justicia en México, lo cual no represento otra cosa, más que un retroceso en nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto al método empleado en el presente trabajo, se utilizarán principalmente el inductivo-deductivo, así como el analógico o comparativo, sin dejar de soslayar el método histórico.

La técnica a utilizar consiste en la investigación documental, misma que será de gran utilidad, apoyándonos también en la investigación de campo.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que por la gran trascendencia jurídica y social que representa la reforma constitucional de 8 de marzo de 1999 a los artículos 16 y 19, es de gran importancia para los estudiosos del derecho penal conocer los motivos que la fundamentan y sobre todo sus implicaciones prácticas en la vida jurídica del país, pues el cambio de expresión elementos del tipo penal, por la de cuerpo del delito, ha representado un duro golpe a la garantía de seguridad jurídica en los sujetos implicados en el drama penal.

Se pretende con este humilde trabajo, brindar un elemento mediante el cual surja la inquietud de seguir investigando sobre el tema planteado y poder establecer en un futuro, propuestas de solución a los problemas de la justicia en México, pues es innegable que todo trabajo tendiente a mejorar la justicia será un instrumento de lucha para liberar a los hombres de otros hombres, es decir, para liberar a los hombres de la opresión y de la marginalidad social.

EL AUTOR

FEBRERO 19 DE 2002.

CAPITULO I

NOCIONES DEL CONCEPTO DE DELITO

El presente capítulo al que nos hemos permitido denominar "nociones del concepto de delito" servirá de base o punto de partida sobre el cual se sustentará nuestra investigación, pues ciertamente a lo largo del presente trabajo se empleará el concepto de "delito", por ello en el desarrollo de su contenido se tomara en cuenta la noción del concepto de delito desde el punto de vista doctrinal y por otra parte, el aspecto jurídico formal; de donde resulta que en su aspecto doctrinal se conocerá en primer lugar su contenido etimológico y las generalidades que sobre la definición de delito se han establecido, pasando de manera muy importante por el pensamiento de las principales escuelas penales, como son la escuela clásica, la escuela positiva, la terza scuola o tercera escuela y la noción como ofensa a bienes jurídicos, partiendo desde del pensamiento de Francisco Carrara, pasando por las de Lombroso, Ferri y Garofalo, hasta llegar a las ideas de Birnbaum; también se tomara en cuenta el concepto dogmático jurídico desde el punto de vista sustancial, es decir, las diferentes definiciones de delito que se han aportado al derecho penal desde Franz Von Litz, Ernesto Von Belling, Max Ernest Mayer, Edmundo Mezger, Luis Jiménez de Asúa y Francisco Antolisei; por otra parte y en relación al aspecto jurídico formal se conocerá el concepto de delito en nuestro Código Penal Mexicano, a partir del de Martínez de Castro de 1871, el de 1929, hasta llegar al Código Penal vigente de 1931; lo anterior sin lugar a dudas servirá como una herramienta más para la mejor comprensión del presente trabajo.

1.1 ASPECTOS DOCTRINALES DEL DELITO.

En todo trabajo de investigación se requiere de un método, por ello resulta importante conocer en primer lugar la definición etimológica de nuestro concepto o núcleo rector sobre el cual versa nuestro trabajo, es decir el concepto de

“delito”, para posteriormente conocer las generalidades que se han dado sobre el particular, es decir las diversas connotaciones que se han elaborado sobre dicho concepto, conociendo también el desarrollo que a lo largo de la historia de las ideas penales ha tenido este, a saber la escuela clásica, la escuela positiva, la tercera escuela, hasta llegar a la noción como ofensa a bienes jurídicos.

1.1.1.DEFINICIÓN ETIMOLÓGICA DE DELITO Y SUS GENERALIDADES.

Sentado lo anterior, es importante conocer en primer lugar la definición etimológica de delito, para lo cual y habiendo consultado el Diccionario de la Lengua Española, la palabra delito proviene del término delicto, y entre sus múltiples acepciones implica culpa, crimen, quebrantamiento de la ley, acción u omisión voluntaria castigada por la ley con pena grave.¹

Rafael Márquez Piñeiro al establecer su concepto de delito recurre al pensamiento de Jiménez de Asua y Carrara, de donde resulta que la palabra delito deviene del latín delicto o delictum, supino del verbo delinqui, delinquere, que significa “desviarse”, “resbalar”, “abandonar, dice que el maestro Carrara habla de “abandono de una ley”, cometer una infracción o una falta.²

¹ Diccionario de la Real Academia Española, Tomo II, 19ª ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid España, 1970, p. 432.

² Márquez Piñeiro, Rafael, Derecho penal, Parte general, 2ª.,ed., Ed.Trillas, México, 1990, p. 131.

Jiménez de Asúa señala que en las fuentes romanas se adoptaron estas expresiones: *scelus*, *fraus*, *maleficium*, *flagittum*, *facinus*, *peccatum*, *probum*, *delictum* y *crimen*, predominando las dos últimas, es decir, *delicto* o *delictum*, supino del verbo *delinquo*, *delinquere*, que significa “desviarse”, “resbalar”, “abandonar”, “abandono de una ley” dice Carrara, cometer una falta, y *crimen*, del griego *cerno*, *iudio* en latín, que a pesar de ser en su origen término que significa las acciones menos reprobables, llega finalmente a designar los más graves delitos. Las palabras *crimen* y *delictum* se usaron técnicamente en el Derecho Penal de la Edad Media y en la práctica forense. Frecuentemente se dio a la primera el estricto significado de un delito grave, y a la segunda, el de delito leve.³

Por su parte, el maestro Fernando Castellanos Tena dice que la palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.⁴

No deja de soslayarse el gran esfuerzo que diferentes autores a lo largo de la historia de la humanidad han realizado con la finalidad de producir una definición de delito con validez universal, para todos los tiempos y lugares, sin embargo en virtud de que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y al contrario, acciones no delictuosas han sido consideradas como delitos.⁵

³ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, “El Delito”, Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1951, p. 19

⁴ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 32ª. ed, Ed. Porrúa, México, 1993, p.125

⁵ Ciertamente varias han sido las definiciones que del concepto de delito se han dado, por ello hubo quien consideró que el delito era lo contrario a la ley, es decir, en las primeras nociones de delito predomina el aspecto meramente legal, lo cual como dice Jiménez de Asúa resulta una tautología, en este tipo de concepciones se encuentran Cayetano Filangieri, Carnignani, Carrara y otros; también hubo quien lo considero con aspiraciones filosóficas, como Montesquieu y dentro de las cuales se encuentran otras como las que consideran al delito como algo lesivo a la justicia, aquí se encuentra Juan Domingo Romagnosi, otros lo consideran como violación de un deber, de esto hablo Pellegrino Rossi; para Adolfo Franck el delito es la violación de un derecho; Juan Jacobo Reusseau concibió al delito como lo opuesto a la voluntad de todos, como el quebrantamiento de los fines sociales y humanos; Eugenio Mouton refiere que el delito es el quebrantamiento de la seguridad, pero desde el punto de vista de A. Hamon, el delito es una lesión

1.1.2. LA ESCUELA CLÁSICA

En este período histórico hallaron su fuente de inspiración varios autores quienes formaron parte de la escuela clásica, entre los más sobresalientes por el contenido de su concepto en relación a la noción de delito, destacan por su importancia Giovanni Carminagni, Pellegrino Rossi, Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, Giadomenico Romagnosi, Gaetano Filangieri, y Francisco Carrara, quien ciertamente es considerado por la mayoría de los doctrinarios como el jefe visible de dicha escuela, quien en su monumental Programa de Derecho Criminal expuso los fundamentos del sistema penal de su época.

En tal virtud y por cuestiones de método, no se desarrollaran los contenidos conceptuales de todos los autores antes citados, sin embargo, solo se tomaran en cuenta las ideas de Francisco Carrara, quien como ha quedado señalado es el máximo representante de dicha escuela, define el concepto de delito como la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.⁶

Para Carrara el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la Ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos. Carrara

de la libertad; Quintiliano Saldaña dice que todo delito es político porque se ataca al régimen social en sus instituciones fundamentales.

⁶ Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., p. 39

consideró importante anotar en su concepto de delito, como la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y también, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones; finalmente, estima al acto y a la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.⁷

La definición de Carrara nace de la idea que es el fundamento de toda su doctrina: el delito no es una conducta, ni una prohibición legal; es un "ente jurídico"; es la lesión de un derecho por obra de una acción u omisión humana: "la infracción de la ley del Estado". Se propone con ello hacer saber a quienes tiene a su cargo la elaboración y sanción de la leyes, que no habrá delito mientras no exista la ley cuya violación tenga pena fijada previamente.⁸ De lo anterior podemos advertir claramente que el Maestro de Pisa, según sus propias palabras, aspira a fijar el limite perpetuo de lo ilícito. Adapta su noción del "ente jurídico" a la definición del delito: el choque con la ley, su infracción, es lo que lo constituye. Pero esa colisión ha de producirse con la ley del Estado, la ley de los hombres, la ley civil, distinguiéndose así el delito del pecado y del vicio. Un acto solo puede considerarse punible cuando la ley lo prohíbe.

Consideramos que la definición de Carrara y toda su doctrina constituyeron en su momento un avance claro para la ciencia penal, y muchas de sus conclusiones pueden ser hoy adoptadas como actuales, en tal virtud podemos decir también que los elementos sobre los cuales la escuela clásica construye su concepto de delito son fundamentalmente:

⁷ Castellanos Tena, Fernando, *op.cit.*, p.126.

⁸ Fontan Balestra, Carlos, Derecho Penal (Introducción y Parte General), 13ª ed., Ed Abelado - Perrot, Buenos Aires Argentina, 1990, p.164.

- a) La infracción de la Ley del Estado
- b) La ley sea promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos
- c) Resultante de un acto externo del hombre, ya sea positivo o negativo
- d) El acto del hombre sea moralmente imputable y políticamente dañoso.⁹

1.1.3. LA ESCUELA POSITIVA

Contraria a la escuela clásica y fundamentalmente como reacción a las ideas de Carrara, surgió en el pensamiento penal una revolución, se llamo positivismo; dentro de sus principales exponentes, se encuentran Cesar Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, es aquí precisamente en donde aparece la noción sociológica del concepto de delito, pretende demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos; opuso al abstracto individualismo de la escuela clásica la necesidad de defender más eficazmente el cuerpo social contra la acción de la delincuencia, antepuso en suma los intereses sociales a los del individuo.

Cesar Lombroso, mas que desarrollar un concepto de delito, realizó investigaciones sobre la población carcelaria del norte de Italia, las cuales lo llevaron a la conclusión de que el delincuente es un anormal, se planteó así una teoría sobre el delincuente nato, y estableció que antes que estudiar el delito como entidad jurídica o como infracción a la ley penal, había que estudiarlo como una

⁹ Al respecto hay autores como Francisco Pavon Vasconcelos, que consideran dentro de los fundamentos básicos de la escuela clásica que la responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la imputabilidad moral y en el libre albedrío; sobre el particular cita a Puig Peña, quien considera que toda la estructuración y basamento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha basado en ese principio fundamental. Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal. Como Llegó a decir un eminente autor: "el que niega el libre albedrío no puede justificar el Derecho Penal".

acción humana, como un fenómeno humano natural y social; de aquí la fase antropológica de la Escuela Positiva, que cedió el paso a la sociología representada por Ferri, quien concibió el delito como el producto de factores antropológicos, físicos y sociales.¹⁰ Más adelante perfecciona Ferri su noción de delito sin influjo jurídico y dice: son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.¹¹

Fue Rafael Garófalo el que desarrollo una auténtica posición sintética del concepto de delito, hace un análisis de los sentimientos para elaborar su definición sobre la base de la existencia de los que considera perdurables en la humanidad; que son, según él, los de piedad y probidad o justicia. La lesión de tales sentimientos constituye, entonces, el delito natural. Pero el ataque debe lesionarlos en la medida media en que son poseídos por las razas humanas superiores y que es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad; es así que establece su famosa definición de que el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (probidad y piedad) según la medida en que se encuentren en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad.¹²

De lo anteriormente expuesto, podemos decir que la característica más importante de la escuela positiva en relación a la noción de delito, es el haberse fundamentado en criterios criminológicos, por ende su característica antropológica, tomando en cuenta de manera más importante las causas que originan la delincuencia, que el haber realizado estudios más profundos sobre el concepto de delito, pues ciertamente concibieron a éste, ante todo, como un fenómeno natural,

¹⁰ Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, Ed. Universidad Nacional de México, México, 1937, p. 75.

¹¹ Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., p. 44.

¹² *Ibidem.*, p. 42., Véase también a Rafael Márquez Piñero, op. cit., p. 134, y Fernando Castellanos Tena, op. cit. p. 126.

humano, originado por un triple orden de factores: individuales (orgánicos y síquicos), físicos y sociales (ambiente social, económico, político).

En tal virtud, los elementos fundamentales de la definición de delito en la escuela positiva fueron los siguientes:

- a) La violación a los sentimientos del ser humano
- b) Dicha violación debía recaer únicamente en la ofensa a los sentimientos de probidad y de humanidad o piedad
- c) Que dicha violación fuera eminentemente necesaria para la adaptación del hombre en sociedad.

1.1.4. LA TERZA SCUOLA O TERCERA ESCUELA

Las escuelas Clásica y Positiva, que durante algún tiempo se disputaron el predominio en Europa y América, dieron lugar al nacimiento de corrientes intermedias que pretendieron conciliar sus opuestos principios, surge así la llamada tercera escuela, conocida también como escuela crítica, ecléctica o Terza Scuola; ésta puede considerarse como una variedad del positivismo crítico, nació en Italia por obra de Emanuele Carnevale, profesor de la Universidad de Palermo y autor de un trabajo que bajo el título de "Una Terza Scuola di diritto penale in Italia", publicó en 1891; dentro de los integrantes de dicha corriente se encuentran también Bernardino Alimena y Gian Battista Impallomeni,¹³ sin embargo, en la mayoría de la bibliografía consultada aparecen como principales representantes de dicha escuela, únicamente los dos primeros.

¹³ Reyes Echandía, Alfonso, Derecho penal (Parte general), Ed. Temis, Bogota Colombia, 1990, p.19.

Para el gran jurista mexicano, Francisco Pavon Vasconcelos las principales características de dicha escuela consisten en que fundamentalmente recoge, de la escuela positiva, el método experimental; niega el libre albedrío y proclama el determinismo positivista pero negó que el delito sea un acontecimiento inevitable; refuta el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, adoptando el criterio de la defensa jurídica; vio en la sanción un medio intimidatorio cuyo fin es la prevención general del delito; de la Escuela Clásica acepta, únicamente, la distinción entre imputables e inimputables.¹⁴ Por su parte, Luis Jiménez de Asúa, considera que los principales postulados de dicha escuela fueron la afirmación de la personalidad de Derecho penal contra el criterio de la dependencia que propugnaba Ferri en sus primeros tiempos; exclusión del tipo criminal y reforma social como deber del Estado.¹⁵ Fernando Castellanos Tena, considera que ciertamente dicha escuela constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica; admite de aquél la negación del libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad moral; distingue entre delinquentes imputables e inimputables, aun cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad; agrega, que para Bernardino Alimena, según el decir de Cuello Calón, la imputabilidad deriva de la humana voluntad, la cual se halla determinada por una serie de motivos y tiene su base en la "dirigibilidad" del sujeto, es decir, en su aptitud para percibir la coacción psicológica; de ahí que sólo son imputables los capaces de sentir la amenaza de la pena. Son principios básicos de la Terza Scuola, en opinión del mismo Cuello Calón, la imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre; la naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica; y la pena tiene como fin la defensa social.¹⁶

¹⁴ Cfr. Pavon Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1982, p. 64.

¹⁵ Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito (principios de derecho penal), 4ª ed., Ed. Hemes, México, Buenos Aires, 1960, p. 61.

¹⁶ Castellanos Tena, Fernando, op. cit., p. 69.

Luego, podemos decir que la tercera escuela, para el desarrollo de su noción de delito, tomó derivado de los conceptos de determinismo y la dirigibilidad el concepto de imputabilidad e inimputabilidad, de ahí lo que posteriormente se concibió como un presupuesto de la culpabilidad, es decir, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

1.1.5. NOCION COMO OFENSA A BIENES JURIDICOS

En el año de 1834, Bimbaum publicó en Alemania un artículo en la revista *Archiv des Criminalrechts*, contribuyendo a la creación de un nuevo concepto en la teoría del delito, este fue el concepto del "Bien Jurídico". su análisis sobre este concepto se basó fundamentalmente en descubrir qué es lo que en verdad se lesiona con una acción delictiva, de acuerdo con la idea de la naturaleza de las cosas. En primer lugar, para resolver esta cuestión, analizó la estructura del delito, señalando que éste viene en una ley acompañada de una pena que amenaza una acción, y al final es donde se encuentra el hecho, es decir, al final del delito se desprende lo que en la sociedad burguesa se sanciona.

Se cuestionó, en segundo lugar, qué es lo que en verdad "la acción lesiva", lesiona, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, y contestó que las acciones delictivas no lesionan derechos sino bienes; el objeto del delito para Birnbaum, de acuerdo con el natural uso del idioma, no a la lesión del derecho, sino al de bien. Quería que los valores morales y religiosos quedaran protegidos a través del Derecho Penal; y por ello empleó el término "Bien", que fuera más amplio que el de "Derecho". Por otro lado, no se aferró a ninguna concepción filosófica del Estado, sino que dio por sentado la necesidad de la existencia del Estado para garantizar suficientemente los bienes de la sociedad, es decir, aquellos que por naturaleza se les hayan dado a los hombres y aquellos que sean resultado del desarrollo de la sociedad como unión burguesa. Llamó a la lesión de la primera

clase de bienes "delitos de lesión naturales"; y a los del segundo grupo, "delitos de lesión social". Catalogo como "Bien" todo aquello que él quería que el Estado protegiera, por ejemplo, las buenas costumbres o el temor a Dios. Nunca utilizó Birnbaum en realidad el término "Bien Jurídico", sino toda su formulación la hizo a partir del término "Bien"; aunque para él los términos "Bien Jurídico" y "Bien" eran equivalentes.¹⁷

Se puede decir que Birnbaum no pensaba dotar con su concepto de "Bien" el contenido material del objeto de protección jurídica del delito, pues no era ésta su misión sino tan sólo corregir la terminología del objeto del delito de tal manera que éste quedara determinado; lo que sirvió rotundamente para acercarse a una posición materialista del objeto de protección del Derecho Penal.

Rafael Márquez Piñeiro establece que Birnbaum entendió la esencia del delito como una lesión o intereses jurídicos o como un peligro para ellos. Bien jurídico es todo aquello, material o incorporal, que satisface las necesidades humanas (individuales o colectivas). El bien jurídico constituye el objeto de la protección penal y la finalidad del ataque delictivo, para destruirlo, deteriorarlo o sencillamente ponerlo en peligro. Conocer el bien jurídico del tipo penal es el mejor medio de interpretar dicho tipo. Dicha noción explica el contenido material del delito (lesión o peligro), determina la finalidad del ordenamiento penal (protección de bienes jurídicos) y fundamenta la sistematización de los delitos en parte esencial del derecho penal.¹⁸

¹⁷ González Salas Campos, Raúl, La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Ed. Poreznieto Editores, México, 1995, p. 7-10

¹⁸ Márquez Piñeiro, Rafael, op. cit., pp. 134-135.

1.2. NOCIÓN JURÍDICA - DOGMÁTICA DEL DELITO

De la bibliografía consultada se pone de relieve que para el estudio de la noción jurídico - dogmática del delito, se deberá atender a los dos grandes rubros en que esta se divide doctrinariamente, y que son:

- a) Noción jurídico sustancial
- b) Noción jurídico formal

1.2.1. NOCIÓN JURÍDICO - DOGMÁTICA SUSTANCIAL

Desde el punto de vista de la noción jurídico sustancial, se establece que para penetrar a la esencia del delito, se deberá saber cuales son sus elementos integrantes del mismo, los cuales invariablemente habrán de examinarse, y si concurren todos sus elementos integradores se podrá estar en aptitud de saber si hay o no delito, pues a falta de uno de ellos no habrá delito.¹⁹ Ahora bien, son dos los principales sistemas para realizar el estudio jurídico sustancial del delito²⁰, a saber:

- a) Unitario o totalizador
- b) Analítico o atomizador.

1.2.1.1. CONCEPTO UNITARIO O TOTALIZADOR DEL DELITO

Según esta corriente unitaria o totalizadora, el delito no se puede dividir, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Señala Antolisei que para los afiliados a esta doctrina, el delito es como un bloque

¹⁹ Ibidem, op. cit., p.133

²⁰ Castellanos Tena, Fernando, op. cit., p. 129

monolítico que no se puede dividir, es decir, de ninguna forma es algo fraccionable.²¹

Esta corriente a nuestro juicio resulta errónea, pues para conocer el contenido dogmático del delito, es menester descomponerlo en sus partes y analizar cada una de estas de acuerdo a la sistemática que se adopte, ya sea causalista o finalista; pues entender lo contrario, es decir, que el delito no se puede dividir para ser analizado en sus partes que lo integran, traería como consecuencia que la llamada teoría del delito sería letra muerta y por ende no tendría razón de ser.

1.2.1.2. CONCEPTO ATOMIZADOR O ANALITICO DEL DELITO

El concepto atomizador o analítico del delito estudia el ilícito penal por sus elementos constitutivos; evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes, ello no implica por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad.²² Esta teoría acepta que el delito puede fraccionarse en elementos, y éstos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad.²³

En este sentido, partiendo de las dos corrientes que acabamos de conocer consideramos que la unitaria o totalizadora que entiende al delito como un todo orgánico que no se puede dividir para su estudio, es evidente que hoy en día no encuentra sustento jurídico sólido, pues tanto en la propia dogmática, la ley y la jurisprudencia se advierte la necesidad de estudiar de manera analítica el delito, es decir, descomponer el todo en fracciones, tal es el caso del propio artículo 168

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del delito (sistemas causalista y finalista), 4° ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p. 8.

del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual hoy por hoy continúa adoptando dicha noción analítica, lo cual se veía mas claramente establecido antes de la reforma constitucional del 8 de marzo de 1999 y la procesal de 18 de mayo del mismo año; en tal virtud nos adherimos fielmente a la teoría atomizadora o analítica, pues ciertamente estimamos que brinda mayor certeza jurídica.

Luego, con el fin de señalar las diferentes concepciones del delito desde el punto de vista analítico, señalaremos básicamente el pensamiento de los autores que definen al delito desde esta perspectiva y que son los que a continuación se citan:

- a) Franz Von Liszt
- b) Ernesto Von Beling
- c) Max Ernesto Mayer
- d) Luis Jiménez de Asúa
- e) Francesco Antolisei

1.2.1.2.1. FRANZ VON LISZT

Liszt considera que el delito es un hecho al cual el orden jurídico asocia una pena como lógica consecuencia. Pero hace luego un análisis del cual deduce que el delito ha de ser un acto humano antijurídico y culpable. Seguidamente se pregunta si la circunstancia de estar sancionado con una pena debe incluirse o no, como elemento esencial en la definición del delito. Se decide por la afirmativa, por considerar que la pena es un elemento específico del delito, ya que el legislador la reserva como consecuencia únicamente del delito y no de los demás actos antijurídicos cumplidos culpablemente. Así pues, queda completada la definición en los siguientes términos: acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena.²⁴

²⁴ Fontan Balestra, Carlos, op. cit. p. 168.

De lo anterior, podemos advertir que los elementos del delito según la concepción de Liszt son los siguientes:

- a) Acto
- b) Culpable
- c) Antijurídico
- d) Punible

1.2.1.2.2. ERNESTO VON BELING

Define el delito diciendo que es la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una sanción penal adecuada y suficiente para las condiciones de la sanción penal. En esta concepción aparece ya la tipicidad o "adecuación típica". Para ser delito un acto ha de reunir estos requisitos: acción, descrita objetivamente en la ley, es decir, tipicidad; contraria al derecho, esto es, que exista antijuridicidad; dolosa o culposa, o sea, que medie culpabilidad; sancionada con una pena, lo que equivale a decir, aunque el propósito fuera el de mirarlo como mera consecuencia, que tenga fijada una penalidad; y que se den, además, las condiciones objetivas de punibilidad.²⁵ El aporte fundamental de Beling consistió en la creación de un tercer principio que puede sintetizarse en la expresión: "no hay delito sin tipicidad"; es decir, no es posible calificar de delictuosa una conducta mientras de ella no se haya hecho una previa descripción abstracta en una norma positiva; solo entonces puede afirmarse que la conducta es típica; la tipicidad surge así como un elemento autónomo del delito, de eminente naturaleza descriptivo-objetiva, e independiente del juicio de valor sobre su antijuridicidad y del contenido subjetivo de la conducta misma. Para Beling, una definición juridicocientífica del delito ha de comprender todos los elementos que permitan caracterizar un fenómeno de la experiencia como delito y ha de poder resolver adecuadamente todos los problemas de su fenomenología, tales como los de

²⁵ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, op. cit., pp. 52-53.

coparticipación, concurso y grados desde su concepción hasta su postconsumación. Con el objeto de satisfacer tales exigencias define el delito como una acción típica, contraria al derecho, culpable, adaptable a una pena y suficiente a las condiciones objetivas de punibilidad.²⁶

Por virtud de los anterior, podemos decir que los elementos integradores de la noción de delito según Beling, son los siguientes:

- a) Acción
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Culpabilidad
- e) Punibilidad
- f) Condiciones objetivas de punibilidad

1.2.1.2.3. MAX ERNESTO MAYER

Por su parte, Max Ernesto Mayer define el delito como acontecimiento, típico, antijurídico e imputable.²⁷

Como podemos observar en la definición de delito de Mayer la adecuación típica no funciona totalmente independiente, no se formula referida independiente a la definición; los elementos del delito no mantienen entre sí la total independencia que le asigna la posición clásica; la tipicidad es indicio de la existencia de la antijuridicidad, y la estudia comprendida en la teoría de la acción. Además, podemos decir que Mayer destacó la existencia de los elementos normativos en el tipo, esto es, que el tipo no era meramente descriptivo, sino que dentro de las circunstancias que contenía había algunas que no podían

²⁶ Reyes Echandía, Alfonso, op. cit., p. 3

²⁷ Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, op. cit., p. 54

comprenderse sino desde un punto de vista valorativo, como es el caso de las "buenas costumbres", "funcionario público".²⁸

Por lo anterior y por virtud de la definición dogmática de delito propuesta por Max Ernes Mayer se advierten los siguientes elementos constitutivos del delito y que en su concepto son:

- a) Acontecimiento
- b) Típico
- c) Antijurídico
- d) Imputable
- e) Se incluyen los elementos normativos de valoración.

1.2.1.2.4. EDMUNDO MEZGER.

Define el delito como acción típicamente antijurídica y culpable.²⁹ Para nada alude a las condiciones objetivas de la penalidad, que ha de tratar en otro sentido, y tampoco a la penalidad que es para él una consecuencia del delito y no una característica.

Podemos decir que Mezger parte del mismo sistema de Liszt y Beling, esto es, que el delito es acción, como el marco más general y al mismo tiempo limitador del concepto de delito, y las demás características como especificadoras y reductoras. Dentro del concepto de acción señala el querer interno (como simple impulso de voluntad), un comportamiento externo y el resultado exterior, con lo cual entonces engloba también la causalidad. Por eso su sistema sigue siendo causal. Ataca el esquema Liszt - Beling en relación a la afirmación de Beling que el tipo es ajeno al valor pues en la medida que concibe la antijuridicidad como una

²⁸ Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Ed. Ariel, S.A., Barcelona 1984, p. 161.

²⁹ Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito (principios de derecho penal), op.cit., p. 206.

lesión objetiva de las normas de valoración, la acción típica surge justamente como la concreción de esa lesión, en la medida que no hay causas de justificación. Por último, en lo referente a la culpabilidad, recoge los aportes de la llamada concepción normativa, y con ella expresa que la culpabilidad, además de tener un contenido determinado de carácter psicológico (dolo o culpa), es fundamentalmente un juicio de desvalor, la culpabilidad es reprochabilidad. Por eso en Mezger al revés que en sistema Liszt - Beling, dolo y culpa no son la culpabilidad o las formas que reviste la culpabilidad, sino simples componentes de ella.³⁰

De lo anterior, podemos decir que la estructura dogmática del delito según Mezger se integra únicamente de dos elementos y que son:

- a) Acción típica y antijurídica
- b) Culpabilidad

1.2.1.2.5. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

Luis Jiménez de Asúa define dogmáticamente al delito señalando que es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Por ello, considera que las características del delitos en atención a sus elementos integradores, serán las siguientes: la actividad, adecuación típica; antijuridicidad, imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.³¹

³⁰ Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p. 161

³¹ Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito (principios de derecho penal), op. cit., pp. 206-207.

De esta manera, los elementos del delito que se desprenden de la definición del concepto dogmático elaborada por Luis Jiménez de Asúa, son los siguientes:

- a) Actividad
- b) Adecuación típica
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Punibilidad
- g) Condiciones objetivas de punibilidad, en algunos casos

1.2.1.2.6. FRANCESCO ANTOLISEI

Para Francesco Antolisei el delito es aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, está en contradicción con los fines del Estado y exige como sanción una pena criminal.³²

De gran trascendencia para la dogmática jurídico penal resulta el concepto de delito aportado por Antolisei al introducir el elemento "comportamiento humano", de lo cual resulta que se despejan las dudas en relación al concepto de acción, en consecuencia consideramos correcta esta concepción de comportamiento humano, pues en ella se hayen incitas la acción y la omisión; luego, desde esta perspectiva los elementos estructurales del delito son:

- a) Comportamiento humano
- b) Contradicción con los fines del Estado
- c) Sanción criminal

³² Antolisei, Francesco, Manual de Derecho Penal, Parte General, 8ª ed., Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1988, Tr. Jorge Guerrero y Mariano Ayerra Redín, p. 119.

1.2.2. NOCIÓN JURÍDICO- DOGMÁTICO FORMAL

Esta noción de delito es la que se encuentra apegada a la ley, que impone su amenaza penal, El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal. Si no hay ley sancionadora no existe delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social. Se trata de una noción incompleta pues no preocupa la naturaleza del acto en si, sino que solo atiende a los requisitos formales.³³

1.2.2.1. EL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL MEXICANO

En relación al análisis dogmático formal de la noción de delito en nuestro Código Penal Mexicano, es necesario hacerlo no solamente desde la óptica del Código Penal vigente, sino a partir de aquellos Códigos Punitivos que han regido para la vida penal del país y los cuales por su particular importancia es menester hacer referencia a ellos para conocer y saber cual era en cada momento histórico el concepto de delito contenido en dichas disposiciones jurídicas. Analizaremos, dicho concepto a partir de los siguientes cuerpos normativos:

- a) Código Penal de Martínez de Castro de 1871
- b) Código Penal de Almaráz de 1929
- c) Código Penal vigente de 1931

1.2.2.1.1. DE MARTÍNEZ DE CASTRO DE 1871

El Código Penal de 1871, nutrido en el español de 1870, define en su artículo 1º, al delito como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".³⁴

Los elementos estructurales del delito, según el Código de Martínez de Castro de 1871, a saber son los siguientes:

- a) Infracción de la Ley Penal
- b) Voluntariedad
- c) Acción u omisión

1.2.2.1.2. DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929.

En este Código Penal de 1929, se definió en su artículo 11 al delito como "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".³⁵

³⁴ Carranca y Trujillo, Raúl, op. cit., p. 128

³⁵ Idem.

Desde esta perspectiva los elementos que integran la definición de delito de acuerdo al Código Penal de 1929 son:

b) Lesión de un derecho protegido.

c) Sanción penal.

1.2.2.1.3. CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1931

El Código Penal Federal vigente que data de 1931, define al delito en su artículo 7º como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales", de donde se pone de relieve que su estructura es la siguiente:

a) Comportamiento de acción u omisión

b) Punible

CAPITULO II EL CUERPO DEL DELITO

El objeto de análisis en esta ocasión lo constituye el cuerpo del delito, por ello, resulta necesario conocer cuál es su esencia y razón de su existencia, sus antecedentes más importantes que se han desarrollado en el ámbito del pensamiento penal y cual ha sido su aplicación en lo que viene a constituirse como el sistema de justicia penal en México, lo cual sin lugar a dudas quedaría incompleto si en el presente trabajo omitiéramos hablar de las definiciones doctrinales que en torno a dicho concepto se han dado, y por supuesto, su contenido en diferentes leyes penales adjetivas, así como el criterio adoptado por nuestro máximo Tribunal Federal, en diversas jurisprudencias, sin dejar de soslayar algunos criterios para la comprobación del cuerpo del delito.

2.1. CONCEPTO DOCTRINAL.

Por cuestión de método, es importante conocer en primer lugar lo que la doctrina a dicho con relación al concepto de "cuerpo del delito", y en tal virtud, podemos decir, que el criterio mayoritario, dada la bibliografía consultada sobre el particular, se inclina de manera importante en establecer una línea divisoria entre los que entienden una concepción puramente objetiva, dentro de un contexto causalista, y los que lo identifican con un criterio más amplio, es decir, con la inclusión de elementos de carácter subjetivo que ciertamente lo relacionan con el concepto de tipo.

La primera concepción se encuentra representada por Juan José González Bustamante, Julio Acero y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tanto que la segunda corriente, se encuentra representada por Manuel Rivera Silva, Guillermo Colín Sánchez y Mariano Jiménez Huerta.

González Bustamante, señalaba que el cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos,

materiales que se contienen en la definición. Esta es la idea más precisa y completa que hemos conocido y nos permite distinguir el cuerpo del delito, del delito mismo; cuando hablamos del cuerpo del delito, nos viene a la memoria algo preciso, objetivo, material, que podemos apreciar con el auxilio de nuestros sentidos. En la contemplación de los fenómenos que nos rodean, concebimos la existencia de un cuerpo como una sustancia material en el mundo de relación. Cuerpo es todo aquello que tiene existencia y que es perceptible por nuestros sentidos...Cuerpo del delito es, en consecuencia, todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente.³⁶

Julio Acero, nos dice que el cuerpo del delito es el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción. Si se quiere insistir en identificarla, con ella aclaramos cuando menos el delito mismo, pero considerado en su aspecto puramente material, de hecho violatorio de actos y omisiones previstos por la ley, prescindiendo de los elementos morales, intención delictuosa, descuido de la gente o lo que sea, que haya ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero no sólo para constituir la responsabilidad y no el cuerpo.³⁷

En relación con el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe decirse que este será analizado en un apartado específico, por lo cual, únicamente en este momento debe precisarse que en diversas ejecutorias, sostuvo que por cuerpo del delito, debía entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito. Por cuerpo del delito

³⁶ González Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal Mexicano. 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1985, pp. 159-160.

³⁷ Romero Tequextle, Gregorio, Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo (Causalismo y Finalismo), Ed. Zogs, Editores, S.A de C.V., México, 1999, p. 37.

debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura descrita concretamente por la ley penal.³⁸

Dentro de esta concepción puramente objetiva se encuentra también Doña Victoria Adato, quien concluye afirmando que no puede admitirse que sea necesario comprobar el dolo cuando éste se contenga como elemento destacado en la definición de delito, pues aún cuando así sea, (es decir, aún cuando aparezca expreso en la definición) siempre seguirá siendo una forma de culpabilidad y no un elemento del tipo, es decir, jamás será necesario como elemento constitutivo del delito³⁹

Del contenido de este criterio, es evidente que se pone de relieve la adopción de una teoría de carácter puramente causalista, en donde ubica a los elementos subjetivos, (dolo y culpa) como elementos integrantes de la culpabilidad, es decir, lo objetivo en el tipo y lo subjetivo en la culpabilidad, sin embargo su posición se queda trunca al no tomar en cuenta los elementos subjetivos como parte integrante del cuerpo del delito, pues como se verá más adelante, ello brinda mayor seguridad jurídica a los sujetos implicados en el drama penal.

Por lo anterior, podemos decir que para la concepción antes citada, el cuerpo del delito tiene las siguientes características:

- a) La existencia de elementos puramente objetivos
- b) La existencia de elementos materiales o externos que son apreciados a través de los sentidos
- c) La abstracción de elementos subjetivos, como el dolo y la culpa.

³⁸ Camona Castillo, Gerardo A., La Reforma Constitucional en Materia Penal y la Noción de Cuerpo del Delito, Revista Concordancias (Estudios Jurídicos y Sociales), Año 4, No.6, 1999, Editorial Centro de Investigaciones, Consulta y Docencia en Guerrero A.C., pp. 37- 38.

³⁹ Romero Tequextle, Gregorio, op. cit., pp.37- 38.

En cuanto a la corriente que identifica al cuerpo del delito con elementos subjetivos, Rivera Silva, sostiene que el cuerpo del delito es lo 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. Así pues, 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 ese casillero. Explicando el "todo", ya podemos indicar que el cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que empotra con precisión en la definición legal de un delito. Así pues, el cuerpo del delito es el contenido del "delito real" que cabe con los límites fijados por la definición de un "delito legal".⁴⁰

Guillermo Colín Sánchez, desde su punto de vista considera que el cuerpo del delito son los elementos integrantes de la conducta o hecho delictivo; en consecuencia, para ese fin será necesario determinar si está comprobado el injusto punible, lo cual corresponderá a lo objetivo, subjetivo y normativo, de acuerdo con la descripción legal de cada tipo de los previstos por el legislador en el Código Penal y 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 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 lo que corresponde como figura delictiva, o sea: "el total delito" (robo, abuso de confianza, fraude, allanamiento de morada, etc.).⁴¹

⁴⁰ García Ramírez, Sergio, y Adato de Ibarra, Victoria, Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p. 285.

⁴¹ Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1985, p. 293.

Para el eminente jurista, Mariano Jiménez Huerta, el cuerpo del delito es medular en el sistema mexicano, pues sobre él descansa el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores. Preciso es subrayar, empero, que fundamentalmente erraría quien concibiese este concepto como trascendente sólo en el Derecho procesal penal y irrelevante para el Derecho penal sustantivo. Por ser, como hemos dicho, un concepto medular de todo el sistema, obvio es que el mismo deja sentir su impronta en la dogmática del delito. Y en forma específica, en el estudio de la tipicidad.⁴²

Desde nuestro punto de vista, nos adherimos plenamente a esta concepción de cuerpo del delito, pues al identificarla con la teoría de la tipicidad, ciertamente brinda mayor seguridad jurídica, toma en cuenta como elementos integrantes de la concepción "cuerpo del delito", los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal; además compartimos la postura adoptada por nuestro gran maestro de Derecho Procesal Penal, el doctor, Arturo Arriaga Flores, cuando define el cuerpo del delito como: el conjunto de elementos objetivos, externos o materiales, y subjetivos o internos que integran la conducta delictivas preceptuada en el ordenamiento legal respectivo; y sigue diciendo el doctor Arriaga, que la definición adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, versa en que el cuerpo del delito únicamente se atenderá a los elementos objetivos, excluyendo a los subjetivos, lo que es erróneo. Se debe atender también a los elementos subjetivos, y pone un ejemplo, dice, pensemos en el delito de atentados al pudor, en el cual coexisten elementos objetivos y subjetivos; el artículo 260 del Código Penal establece: al que sin el consentimiento de una persona de llegar a la cópula, ejercite en ella un acto sexual con intención lasciva o la obligue a ejercitarlo, se le impondrá prisión de 15 días a un año o de 10 a 40 días de trabajo a favor de la comunidad...Es decir, en este precepto coexisten elementos objetivos: ejercer un

⁴² Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1972, p. 30.

acto sexual con intención lasciva en la persona ofendida; elemento subjetivo; debe ser con propósito lascivo y sin intentar llegar a la cópula.⁴³

También podemos poner otro ejemplo, con relación al ilícito de robo, en donde el elemento núcleo rector lo constituye el elemento normativo "apoderamiento", este elemento para su realización requiere de una intención dolosa en el activo, por ende, del elemento subjetivo dolo, ya que para apoderarse de una cosa, ajena mueble, el activo se dirige a la cosa de manera consciente y voluntaria. En tal virtud, paso a exponer brevemente una experiencia personal; en alguna vez realizamos un viaje a la ciudad de Acapulco, en compañía de la familia, al desocupar el hotel en donde nos encontrábamos hospedados, empezamos a recoger nuestras cosas personales, el caso es que llevábamos una toalla de color verde, en el hotel se nos había proporcionado también una toalla de color verde, con idénticas características que la de nosotros.

Luego, las dos toallas fueron guardadas en diferentes maletas, una por mi y la otra por mi hija, quien estaba en la creencia de que la toalla que había guardado era la de nosotros; surge la siguiente interrogante, ¿ que hubiera pasado si nos hubieran detectado la toalla verde del hotel?, ¿se actualizaría el delito de robo?, la respuesta esta en atención a la sistemática que quisiera adoptarse, si atendemos a una concepción puramente objetivo descriptivo y en atención al resultado material, ciertamente se actualiza el tipo penal de robo, pues en el mundo de relación alguien se apodero de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de quien puede disponer de ella con arreglo a la ley; pero si se adopta la concepción que toma en cuenta los elementos subjetivos y por ende, la

⁴³ Amiaga Flores, Arturo, Derecho Procedimental Penal Mexicano, Ed. Textos Jurídicos de "Caballeros del Derecho, A.C.", México, 1997, p. 249.

asemeja como parte esencial del tipo penal, es evidente que no se acreditarían sus elementos constitutivos, ya que en ningún momento se actualizaría el elemento subjetivo dolo, no existió la voluntad de apoderamiento, no existió intencionalidad en el activo, se desconocía la parte objetiva del tipo penal; en consecuencia con esta concepción se brinda mayor seguridad jurídica.

Por lo anterior, podemos decir que para esta corriente, el cuerpo del delito tiene las siguientes características:

- a) Se identifica con la teoría de la tipicidad
- b) Contiene elementos, objetivos, normativos y subjetivos

2.2. CONCEPTO LEGAL O FORMAL.

Si ya conocimos el contenido doctrinal que de la expresión cuerpo del delito se ha dado, resulta necesario conocer también su concepto legal o formal, en tal virtud esta se haya incita en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales; sin embargo, en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, solo se establece, cuando se tendrá por comprobada dicha corporeidad delictiva.

De gran importancia es en la actualidad la definición que de cuerpo del delito se hace en nuestro Código Federal de Procedimientos Penales, pues con anterioridad a la vigencia de dicho artículo, no se daba una definición sobre el particular, solo establecía de que forma se tendría por acreditado el cuerpo del delito, pero de ninguna forma se daba una definición, lo cual sin lugar a dudas es una importante aportación legislativa en la reforma procesal penal que nos ocupa, independientemente de las múltiples implicaciones que en la dogmática jurídica ha tenido en su aplicación.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece:

“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 señale como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera.

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

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

Por su parte el diverso numeral 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece:

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

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

En caso de que la ley incorpore a la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo

esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.”

De lo anterior, podemos afirmar que la definición legal de cuerpo del delito que adopta nuestro sistema de justicia penal, es diferente en atención al Código Procesal de que se trate, pues para el Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende a la materialidad del hecho que la ley señale como delito y si el tipo lo requiere, a los elementos normativos.

Sin embargo, para el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, se atiende no únicamente a los elementos objetivos y normativos, sino también a los elementos subjetivos, lo cual sin lugar a dudas es una concepción más amplia que brinda mayor seguridad jurídica.

Podemos decir que la concepción adoptada en materia federal corresponde al pensamiento de la sistemática neoclásica, al admitir en su connotación “cuerpo del delito”, elementos objetivos y normativos. Sin embargo, esto será materia de análisis más adelante en el presente trabajo.

Con relación al criterio adoptado por el Código Procesal del Distrito Federal es evidente que tiene un contenido más amplio ya que adopta elementos objetivos, normativos y subjetivos, y en esa tesitura, ciertamente se identifica con la sistemática finalista o de la acción final, lo cual sin lugar a dudas brinda mayor seguridad jurídica a las partes procesales; esto también será motivo de análisis en apartado posterior.

2.3. NOCIONES HISTORICAS DEL CUERPO DEL DELITO.

Para comprender el presente y realizar sobre todo un esfuerzo prospectivo, es indispensable analizar y comprender el pasado. En el caso concreto, para conocer que fue el cuerpo del delito, es necesario hacer referencia a las figuras procesales que le dieron origen, y las que hasta nuestros días, de uno u otro modo, han dejado claros vestigios en el moderno concepto que tal figura procesal tuvo.

El cuerpo del delito (*corpus delicti*) consiste en un añejo concepto, que ubica la doctrina su raíz en las leyes germánicas de la Edad Media, las cuales contemplaban 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 cual se adoptó⁴⁴.

Estuardo Mario Bermúdez Molina, señala que son varios los autores que coinciden en señalar a Farinaccio (1581) como el creador de este concepto. Agrega el autor, que el contenido de dicha figura procesal en sus inicios se le identificaba con los nombres específicos de *corpus instrumentorum* (instrumento o cosas con las cuales se cometió el delito), *corpus criminis* (la persona o cosa objeto del delito), o *corpus probationem* (las piezas de convicción, huellas, vestigios o rastros dejados por el delito, verbigracia la pistola, la navaja, la lesión causada, el objeto desapoderado o la sangre producto del disparo de un arma de fuego). En aquel entonces, dichas definiciones del cuerpo del delito se tuvieron

⁴⁴ Cancino, Antonio José, citado por Plascencia Villanueva Raúl, Teoría del Delito, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1998, p. 85.

como validas, dada la nula evolución de la ciencia penal. Es a principios de este siglo y gracias a la creación del concepto de tipo, hoy elemental en la estructura conceptual del delito, cuando se advierte que las concepciones antes dichas correspondían en realidad, solo a algunos de los elementos componentes del aspecto objetivo del tipo. Con ello se advierte también que ya desde esa época queda rebasado el concepto original del cuerpo del delito referido únicamente a los objetos, instrumentos o huellas del mismo. A la vez, desde entonces, queda unido este concepto procesal al concepto de tipo, que, sin embargo, señala el autor, no es el que lo conforma⁴⁵.

Jiménez Huerta, considera que en tres sentidos distintos ha sido y es principalmente empleada la expresión *corpus delicti*. Unas veces, como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, incito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción – un incendio, un homicidio, un fraude, etc.-; otras, como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración – un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota –; y en una tercera y última acepción, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material – un puñal, una joya, un frasco de residuos de veneno, una llave falsa, etc. Dice el autor, que existen en el ordenamiento jurídico mexicano, inequívocas bases dogmáticas que permiten afirmar que la expresión cuerpo del delito, tan frecuente en la constitución Federal y en las leyes de procedimientos penales, está empleada en el primero de los sentidos indicados, esto es, como conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el Código punitivo o una ley especial. Agrega que no desconocemos que en los artículos 94 a 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios

⁴⁵ Bermúdez Molina, Estuardo Mario, Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo, Ed. Procuraduría General de la República, México 1996, p. 3.

Federales, y en los artículos 168 a 187 del Código Federal de Procedimientos Penales, se contienen numerosas disposiciones que recogen el sentido que la expresión *corpus delicti* tiene según las acepciones segunda y tercera anteriormente citadas; pero también afirmamos que dichos preceptos hacen concreta referencia a la comprobación del cuerpo del delito, esto es, a los medios legales de acreditar lo que en el sistema de la ley se entiende por cuerpo del delito, y esta irrefragable realidad evidencia plenamente que son conceptos totalmente diversos, el concepto sustancial y abstracto de *corpus delicti* y el de los medios arbitrados por las leyes de procedimientos para obtener su comprobación.

De la misma forma la concepción *Belingniana* como la construcción del *Corpus delicti*, se fincan sobre bases rígidamente objetivas. El punto débil de una y otra fue limitar la significación y alcance del tipo penal y *corpus delicti* a lo estrictamente objetivo. Pronto se evidenció que no era siempre posible estructurar el tipo penal sobre una base estrictamente objetiva, como también que no era siempre posible construir el *corpus delicti* con elementos estrictamente materiales. La razón de esta doble imposibilidad yace en que, como el tipo delictivo concretiza la antijuridicidad y el *corpus delicti* corporiza el delito, esta labor de concreción o corporización no siempre es posible hacerla sin tomar en consideración elementos subjetivos situados en ánimo de la gente. Así surgieron señala Jiménez Huerta, en la doctrina científica penal Alemana los llamados elementos típicos subjetivos, esto es, aquella especial intención o aquella determinada finalidad que tiñe de ilicitud la conducta y configura el tipo penal; así surgió en la elaboración científica mexicana y en la doctrina jurisprudencial sentada por la Suprema Corte de Justicia en orden al *corpus delicti* principalmente en relación con el delito de difamación, lo que para el autor denomina como elementos corporales oriundos de una proyección subjetiva, esto es aquella especial intención o finalidad de la que depende la configuración del cuerpo del delito; concluye el jurista hispano americano que el *corpus delicti* y el tipo penal se

cimentan y funden en un todo en la dogmática del delito construida sobre la legislación nacional⁴⁶

A decir de Manzini los elementos del cuerpo del delito son los siguientes:

- 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 detentación fabricación o venta o cuya portación o uso constituye delito;
- Las cosas que representan el precio o el provecho del delito;
- Las cosas que son el producto del delito, aun indirecto, y
- Cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa, o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito⁴⁷.

Del contenido de la concepción antes citada se pone de relieve una total desestimación de los elementos subjetivos, pues resulta evidente que para este autor la figura cuerpo del delito se encuentra relacionada o halla su contenido dogmático en elementos de carácter puramente objetivos y materiales, lo que se relaciona ciertamente con las posturas de carácter causalista relativas al concepto doctrinal de cuerpo del delito, es decir, de ninguna forma relaciona su contenido con la teoría de la tipicidad.

Se decía también que alrededor de la comisión de un delito, antes o bien después de consumado, existen una serie de elementos físicos o modificaciones al mundo exterior material, que bien podrían confundirse con el cuerpo del delito y que ameritan una delimitación. A partir de la idea anterior surgía la duda en torno a los elementos del cuerpo del delito en los supuestos de los delitos que no

⁴⁶ Jiménez Huerta, Mariano, Corpus Delicti y Tipo Penal, Ed. Cuadernos Criminalia, No. 19, México, 1956, pp. 28 y ss.

⁴⁷ Plascencia Villanueva, Raúl, op cit., pp. 88-89.

producen manifestación material tangible exterior, este problema se pretendía resolver con la distinción entre "delicta facti permanentis y delicta facti transeuntins, según sea que dejen huellas, rastros o vestigios o bien que no los dejen. Por lo anterior, era necesario distinguir entre el cuerpo del delito y el delito, entendiendo por el primero la materialidad considerada en sus elementos externos, lo cual resultaba congruente con las definiciones que lo consideran como un conjunto de elementos externos o materiales que constituyen el delito mismo, en tanto el segundo era el resultante de la suma de un comportamiento antijurídico, culpable y punible.⁴⁸

En el sentido anterior, se excluía todo lo subjetivo en virtud de la afirmación en el sentido de que dichas circunstancias pertenecen a la culpabilidad y no al cuerpo del delito.

La idea del cuerpo del delito se enfoca al aspecto externo material excluyendo los elementos normativos y subjetivos, que también son de relevancia para efectos de la función de garantía de la ley penal y para permitir sus efectos. En atención a estas circunstancias, así como a otras tantas críticas, el concepto de corpus delicti fue superado a principios del siglo XX por el de tipo penal, que permitió una concepción más amplia en la cual guardan cabida elementos de toda índole y no exclusivamente materiales.

Finalmente, es notable que la evolución del corpus delicti nos permite analizarlo desde las siguientes perspectivas:

- a) Con elementos eminentemente objetivos, externos o materiales;
- b) Con elementos de carácter objetivo y subjetivo y
- c) Como parte del tipo penal.

⁴⁸ Plascencia Villanueva, Raúl, El Cuerpo del Delito y la Reforma Constitucional de 1999, Ed. Revista Tribuna Jurídica, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo, enero, 2000, Número 21, p. 87.

En cuanto al primer supuesto, recordemos que por tradición el cuerpo del delito siempre estuvo identificado con aspectos de carácter objetivos, los cuales con el paso del tiempo resultaron insuficientes para explicar la partes subjetiva del delito, a raíz de las ideas Neokantianas resultó insostenible defender la idea del cuerpo del delito con un contenido material exclusivamente.

En el segundo caso, fue necesario incluir a un cuerpo del delito a nivel subjetivo a fin de permitir dar cabida a las motivaciones, así como a la voluntad que incide en el sujeto activo.

Por ultimo, el cuerpo del delito se constituye como un elemento del tipo penal en atención al carácter objetivo de éste y a la característica de continente de elementos objetivos, subjetivos, normativos y descriptivos del tipo penal, lo cual nos permite considerar al tipo penal como un continente y al cuerpo del delito a nivel de contenido.

2.4 EL CUERPO DEL DELITO EN LAS LEYES PENALES ADJETIVAS EN DIVERSAS EPOCAS.

El cuerpo del delito ha sido una de las figuras de fondo, de necesaria comprobación para poder dictar un auto de formal prisión en contra de un sujeto implicado en el drama penal considerado como probable responsable en la comisión de un delito. Esta figura procesal representó una garantía, tanto de libertad como de seguridad jurídica, a la luz del artículo 19 de la Constitución General de la República y en ese sentido, corresponde ahora conocer su contenido en diversas épocas, dada la legislación adjetiva correspondiente.

Bermúdez Molina Estuardo Mario, señala que en el primer Código Procesal Penal que tuvo nuestro país, es decir, el de 1880, no se precisó el contenido de dicho concepto, así en los artículos 121 y 157, se establece lo siguiente:

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

Artículo 157.- Si el delito hubiere dejado vestigios permanentes, ó éstos no existieren ya, el juez recogerá todas las pruebas relativas a la naturaleza y circunstancias del hecho; y en el segundo caso, hará constar los motivos que hayan producido la desaparición de los vestigios, y tomará todas las providencias que conduzcan a la comprobación del delito.⁴⁹

Por su parte el Código de Procedimientos Penales de 1894 indicaba: "Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos hace el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por éste en su artículo 9º. (artículo 104).

El artículo 9º del Código Penal de 1871, establecía lo siguiente: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo: a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito."

Los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban el delito con el cuerpo del delito. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretendiendo aclarar la confusión, sentó jurisprudencia, declarando que: por cuerpo del delito debe entenderse: "el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo".⁵⁰

⁴⁹ Bermúdez Molina, Estuardo Mario, op. cit., pp. 18-19.

⁵⁰ Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., p. 291.

En este sentido, y retomando nuevamente las ideas de Bermúdez Molina, señala que el Código Federal de Procedimientos Penales de 1909 en su artículo 107, le daba a la figura procesal del cuerpo del delito, el siguiente tratamiento:

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

Lo propio aconteció con posterioridad en el Código de Procedimientos Penales de 1929, dado que el artículo 263 se expresaba en iguales términos:

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

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

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

Refiere también, que a este concepto de tipo correspondió, por muchos años, la definición de cuerpo del delito, como hemos visto. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció – y no podía ser de otra manera – que en aquellos delitos (sobre todo respecto del de difamación), en que necesariamente debiera acreditarse el dolo para establecer la tipicidad, no podría tenerse por comprobado aquél si éste no se demostraba, con independencia del criticado artículo 9º del Código Penal, vigente en ese tiempo⁵¹.

Después, ya en el año de 1984, el concepto del cuerpo del delito referido exclusivamente a los elementos materiales del tipo fue superado por la nueva fórmula, que exigía, para la comprobación de dicha figura procesal, la total existencia de los componentes del tipo, tanto objetivos como subjetivos, y ello con independencia de la teoría del delito que en particular se sustentara.

⁵¹ Bermúdez Molina, Estuardo Mario, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

Así, el legislador de 1984 estableció, tanto en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como en el diverso numeral 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo siguiente:

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

Artículo 168.- El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código.

Alejandro Sosa Ortiz, señala que "la reforma antes citada no dejó claro si dentro del nuevo contenido asignado al cuerpo del delito, deberían quedar incluidos como elementos subjetivos el dolo y la culpa. Así, Luis de la Barrera y Solórzano al ocuparse de la reforma al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (D.O.F. del 4/1/84), cuyo contenido fue idéntico (por lo que se refiere al cuerpo del delito) a la del artículo 168 que se comenta, expresa:

Es plausible la reforma al artículo 122. Este precepto disponía que "el cuerpo del delito que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción". Ahora dice: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código". El criterio de que el cuerpo del delito es lo externo o material del delito – defendido por González Bustamante y Julio Acero – es absolutamente ineficaz para resolver los casos que se presentan en la práctica. ¿ Como identificar, con este criterio, un parricidio, un aborto honoris

causa, un robo, un rapto, un incesto, un estupro? ¿Cómo distinguir un delito de lesiones de un delito de homicidio en grado de tentativa? Los elementos subjetivos y los elementos normativos son también necesarios para integrar el cuerpo del delito. El cuerpo del delito dependerá del contenido de cada tipo, y de éste no puede excluirse, como elemento subjetivo de primera importancia, la voluntad dolosa o culposa, sin la cual no hay conducta típica.”⁵²

Sosa Ortiz, al citar a Marco Antonio Díaz de León, señala que en resumen sostiene que con la citada reforma se ampliaba el concepto del cuerpo del delito para agregarse a su contenido solamente aquellos elementos normativos y subjetivos (dolo específico) que expresamente contuviesen los tipos penales, pero, sin comprender indiscriminadamente al dolo o a la culpa. Así se desprende del contenido de los siguientes párrafos:

“Desde luego, el nuevo texto reformado de este artículo a comento, si bien, configurado únicamente por los elementos materiales del tipo referidos a los objetos, los instrumentos, huellas o rastros dejados por el delito, como v.gr., la pistola o el cadáver, también lo es, por el otro, que (por ser inapropiado en algunos aspectos a nuestra legislación y jurisprudencia sobre este concepto), no se incluye cien por ciento la concepción finalista de la acción en el sentido de comprenderse indiscriminadamente dentro del cuerpo del delito, el dolo y la culpa y aun la antijuridicidad. El delito, con sus citados elementos ya probados en el proceso y atribuidos a su autor, sólo puede determinarse en la sentencia definitiva; antes de ésta, durante la averiguación previa o cualquier procedimiento de la instancia criminal, propiamente no puede hablarse de la existencia del delito- totalidad de sus elementos- y, menos aún, de que alguien sea delincuente responsable del mismo.

⁵² Sosa Ortiz, Alejandro, Los Elementos del Tipo Penal. (la problemática de su acreditación), Ed. Porrúa, México, 1999, pp. 3 - 4.

Si como elementos del cuerpo del delito se incluyera, a la manera de los finalistas en el tipo, el dolo, la culpa y aun la antijuridicidad, se llegaría a la aberración procesal de que la consignación o el auto de formal prisión equivalieran a una sentencia definitiva y el cuerpo del delito, al delito, pues, comprobados todos estos elementos, por el Ministerio Público durante la averiguación previa o por el juez durante la pre-instrucción, prácticamente se convertiría al órgano jurisdiccional casi como observador en el resto del proceso, al cual sólo correspondería fijar el quantum de la pena en base al reproche y a la peligrosidad del autor del cuerpo del delito. Esto es, constitucional y procesalmente hablando, el cuerpo del delito únicamente es prueba de la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina "la ley penal", significando ello, primero, al hablar de "conducta", que el proceso tiene por objeto acciones humanas-acción en sentido estricto u omisión de una acción determinada- contemplantes de un hecho típico y de un mínimo de elementos establecientes de su relevancia jurídico-penal; en este sentido, pues, cuerpo del delito es de alguna manera también descripción de la conducta prohibida por un determinado y específico tipo penal (aspecto subjetivo), que desde luego no todos los tipos lo contienen. En segundo lugar, en esta definición se hace referencia, además del aspecto subjetivo, a los elementos integrantes del hecho delictuoso (aspecto objetivo), representados, normalmente, por la consecuencia resultante como producto de la acción.

Es decir, el cuerpo del delito se compone con los elementos del tipo y con el hecho típico, sin incluir la antijuridicidad. Se entiende por tipo, comúnmente, la descripción de la conducta prohibida por una norma. Por hecho típico entendemos el resultado concreto de la realización de un hecho prohibido como presupuesto de la aplicación de una pena; este concepto se refiere, pues, al hecho típico y no a quién o cómo lo produce; alude objetivamente al resultado delictivo y no a la acción final del autor dirigida a la realización del tipo o a la que sin dirigirse igualmente se integra éste como consecuencia de la falta de cuidado concreto. Ya en el proceso penal para establecer el cuerpo del delito se requiere que dicha

descripción deberá adecuarse al hecho concreto a fin de poder establecer que es típico. De esta manera, la figura procesal del cuerpo del delito, que aquí presentamos abarca la descripción del tipo y el hecho típico; pero no comprende al autor o partícipe de éste o a su conducta, pues esto último propiamente es problema de la tipicidad, de la acción dolosa y culposa realizada como comportamiento relevante para el derecho penal, de la acción prohibida por la norma y sancionada con una pena al resumirse en el tipo penal, y en suma, de la probable responsabilidad, primero (auto de formal prisión) y, después, de la plena responsabilidad del inculpado (sentencia definitiva). Esto sin embargo, no implica negar la posible existencia de alguno de los elementos subjetivos en el cuerpo del delito expresamente determinados así en ciertos tipos como elementos esenciales de algunos delitos como v.gr., señalados en los artículos 336 bis ("al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia...etc."), o 350 ("...La difamación consiste: en comunicar dolosamente..."etc.), del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal.⁵³

Cabe agregar que los Códigos procesales penales de Zacatecas, Sonora, Tlaxcala y Veracruz, a pesar de la reforma del Código Federal de que se habla (27/XII/83) siguieron considerando únicamente los elementos materiales del hecho o conducta delictuosa en el cuerpo del delito. Los dos primeros fueron reformados hasta el año de 1994 (6/VIII y 2/IX), y permanecen a la fecha sin reforma los dos últimos, siendo sus textos respectivamente los siguientes:

Art. 62.- El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso. Estos elementos materiales se probarán con cualquiera de los medios de prueba establecidos por la ley.

⁵³ Sosa Ortiz, Alejandro, op. cit., pp.4-6.

Art. 164.- 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 éste justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

Asimismo es de destacarse, que esta limitada concepción se consagró jurisprudencialmente por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante dos ejecutorias pertenecientes a la Quinta Época y otras tres correspondientes a la Sexta mediante la siguiente tesis:

“CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Quinta Época: Suplementos de 1956, p. 178. A.D. 173/53. Héctor González Castillo. Unanimidad de 4 votos. Tomo CXXX, p. 485, A-D 6337/45. J. Jesús Castañeda Esquivel. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XIV, p. 86 A.D. 110/57. Víctor Manuel Gómez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XVII. p. 77. A-D. 2677/58. Juan Villagran Hernández. 5 votos, Vol. XLIV, p. 54 A.D. 6698/60. José Zamora Mendoza. 5 votos.”

Esta tesis se publicó de nuevo, erróneamente, con el número 81, en la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985 y con el número 569 en el Apéndice 1917-1988, puesto que, como ya se apuntó, desde el año de 1984 estaba ya en vigor tanto en el ámbito federal como en la mayoría de las legislaciones locales (incluida la del Distrito Federal) la reforma comentada que suprimía la limitación de que únicamente los elementos materiales

u objetivos del hecho delictuoso eran los que se habrían de referir en la comprobación del cuerpo del delito y, por ello, la referida jurisprudencia ya no tenía vigencia en la mayoría de la legislaciones procesales del país. Fue hasta el actual apéndice (1917-1995), que la tesis en cuestión es reproducida, con la indicación de ser históricamente obsoleta.⁵⁴

Posteriormente y con la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, de tres de septiembre de 1993, y su correlativa en materia procesal penal, de diez de enero de 1994 al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se supera la noción de cuerpo del delito por la de elementos del tipo penal, y en tal virtud dicho texto trajo diversas consecuencia, no solo de carácter interpretativo, sino en la propia aplicación de su contenido dogmático, lo que sin lugar a dudas repercutió también en nuestro sistema de justicia penal; sin embargo, en este momento únicamente se citara el contenido de dicho artículo, ya que en capítulo posterior se abordaran algunas consideraciones en torno a dicha reforma procesal, en tal virtud el texto vigente para esa época fue el siguiente:

“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.**

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad 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

⁵⁴ Idem., pp. 7-8

elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

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

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

Así, y ante la gran incertidumbre que ocasiono la interpretación y aplicación del artículo antes citado, no se dejó esperar la contra reforma constitucional y procesal, pues mientras para algunos sectores de nuestra sociedad, como lo son, políticos, encargados de la seguridad pública y de la procuración de justicia en México, consideraban que el haber retomado teorías de otros países, había traído como consecuencia, mayor impunidad, y además el que los índices de criminalidad e inseguridad pública se hubieran incrementado, le echaron la culpa de estos problemas sociales a la teoría de la acción final, a la sistemática finalista; sin embargo también existió otro gran sector de la sociedad que consideraba lo contrario, es decir, que dicha sistemática brindaba mayor seguridad jurídica a los sujetos implicados en el drama penal, y que los problemas de la inseguridad pública y el incremento de la criminalidad hallaban sus causas en otros factores, como la corrupción, la pobreza y la mala distribución de la riqueza; sin embargo, estas consideraciones serán ampliada en un apartado específico, por ello y por cuestión de método únicamente corresponde en el presente capítulo hacer referencia al contenido de la nueva redacción de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los cuales por virtud de la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, de ocho de marzo de 1999, quedó concretizado su contenido mediante la reforma procesal de 18 de mayo de 1999 y 3 de mayo del mismo año, respectivamente, por lo cual quedaron de la siguiente forma:

“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 señale como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera.

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

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

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

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

En caso de que la ley incorpore a la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o

culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.”

2.5. EL CUERPO DEL DELITO EN LA JURISPRUDENCIA.

El tres de mayo de 1999, entró en vigor la reforma al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y el dieciocho del mismo mes y año, la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, ello, con motivo de la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, de ocho de marzo de 1999, consecuentemente quedó derogado el contenido de la reforma constitucional de tres de septiembre de 1993, por ende, el contenido de la reforma procesal al artículo 168 del Código Adjetivo en materia federal, de diez de enero de 1994, por virtud del cual se había introducido en nuestro sistema penal mexicano una sistemática de corte finalista, la cual toma en cuenta como elemento integrante del delito, la tipicidad, por ende, sustituye la expresión “elementos del tipo”, por la de “cuerpo del delito”, lo cual sin lugar a dudas ha traído como consecuencia la adopción de antiguos criterios jurisprudenciales con respecto al concepto de cuerpo del delito, por tal razón y con la finalidad de continuar con el contenido de la evolución histórica de dicha figura procesal, es pertinente ahora conocer la postura adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sobre el concepto “cuerpo del delito”, ha tenido a lo largo de la historia; es decir, partiendo del pensamiento sistemático clásico y neoclásico, hasta llegar a la sistemática de la acción final, y principalmente cual era el contenido de la jurisprudencia en cuanto a la forma de ubicación del dolo, en cuanto al tipo penal y la tipicidad, a los elementos del tipo penal, objetivos, normativos y subjetivos; a la importancia que reviste la comprobación del cuerpo del delito, a la forma de su comprobación, así como lo que debía entenderse por cuerpo del delito. Así pues, los juristas de nuestro país y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fueron retomando y sintetizando todas aquéllas ideas, las cuales se han visto reflejadas en los siguientes criterios:

a) En cuanto incluir el dolo (sistema causalista: naturalista y valorativo) en la culpabilidad-responsabilidad:

El criterio más socorrido en la jurisprudencia mexicana es el de la concepción del dolo malo y su correspondiente ubicación en la culpabilidad; mas como veremos más adelante, ello lo sostuvo tanto el sistema clásico como el neoclásico del delito. Tanto uno como otro han sido aplicados en las tesis que en el presente apartado se van a exponer; sin embargo y haciendo un poco de memoria sobre la base sociológica del sistema clásico que llevó a la concepción de una culpabilidad dolosa, se pasa a exponer lo siguiente:

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXX

Segunda Parte

Página: 24

CULPA, MODALIDADES DE LA.- La culpabilidad, como elemento esencial del delito, puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa, y ésta a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa inconsciente sin representación; la primera consiste en que el sujeto activo ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá; y la segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiere podido prever, aplicando el cuidado que su deber le imponía.

Amparo directo 7214/80. Nerio Balán López. 27 de febrero de 1981. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Víctor Ceja Villaseñor. Séptima Época, Segunda Parte: Volumen 61, Pág. 23 Amparo directo 3448/73. Manuel Hernández Pérez, 24 de enero de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 19 Segunda Parte

Página: 34

ERROR EN EL GOLPE EN EL HOMICIDIO.- El error en el golpe constituye un yerro en la fase de ejecución de la conducta, pero se dan absolutamente todos los elementos del delito, entre ellos **la culpabilidad a título de dolo**, pues el activo tuvo conocimiento de lo indebido de su conducta, y quiere privar de la vida, lo que

consigue, cambiando únicamente el sujeto pasivo; por lo que, si una persona afirma que le disparo a otra que estaba a tres metros de distancia y que en ese momento se atravesó su hija y le pegó, su responsabilidad existe plenamente.

Amparo directo 1129/70. Bernardo Herrera Moreno. 24 de julio de 1970. Unanimidad de 4 votos . Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Secretario: Fernando Labardini Méndez.

"Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXXI

Página: 1895

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 los elementos objetivos, físicos o externos que constituyen la infracción con total abstracción de la voluntad o dolo, que se refiere a la culpabilidad.

TOMO XXXI, Pág. 1895. Valezzi Antonio.- 14 de agosto de 1931."

"Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LII

Página: 2541

DOLO, NO ENTRA COMO ELEMENTO EN LA COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO. El elemento dolo no puede entrar en la comprobación del cuerpo del delito, sino sólo para fijar la responsabilidad del acusado.

Amparo penal en revisión 7085/35. Velásquez Abraham y coagraviado. 26 de junio de 1937. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Hermilo López Sánchez. La publicación no menciona el nombre del ponente."

b) En cuanto al tipo penal y la tipicidad, se decía:

"Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XVI, Segunda Parte

Página: 257

TIPO PENAL. El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos, el tipo penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal.

Amparo directo 4533/57. Antonio Sánchez Gavito. 23 de octubre de 1958. 5 votos.
Ponente: Luis Chico Goerne."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*
Tomo: CXXXI
Página: 121

TIPO PENAL. Conforme a la teoría general del derecho, el tipo penal está constituido por el injusto descrito concretamente por un precepto de la ley, a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica de punibilidad.

Amparo directo 1424/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 17 de enero de 1957.
Unanimidad de cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*
Tomo: CXXIX
Página: 535

TIPO PENAL. INDICIO DE CULPABILIDAD. Es bien sabido que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o, en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en los preceptos que lo definen y sancionan, por lo cual el tipo penal es indicio, más no fundamento de la culpabilidad.

Amparo directo 1728/56. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 18 de agosto de 1956.
Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*
Tomo: CXXV
Página: 1710

TIPO PENAL. El tipo penal está constituido por los elementos objetivos y normativos que describe el precepto que lo define, excluyéndose el dolo y la culpa, supuesto que aquél constituye un indicio, mas no el fundamento de la culpabilidad.

Amparo penal directo 1532/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 26 de agosto de 1955. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente."

"Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXII, Segunda Parte

Página: 187

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

Amparo directo 4794/53. Guillermo Jiménez Munguía. 21 de abril de 1959. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne."

"Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente:

Volumen: Informe 1959

Página: 66

TIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO. Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad (aspecto negativo del delito) y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera supone una conducta que no llega a ser típica por falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencia temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley.

Amparo directo 4794/53. Guillermo Jiménez Munguía. 21 de abril de 1959. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Secretario: Francisco H. Pavón Vasconcelos."

c) Elementos del tipo penal: objetivos, normativos y subjetivos:

"Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXVIII

Página: 263

ROBO, LA AUSENCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO NO PRESUPONE LA INEXISTENCIA DEL TIPO. Afirmar lo contrario demuestra carencia de técnica jurídica, supuesto que el delito en general se integra con la reunión de sus elementos objetivos, normativos y subjetivos en su caso, por lo que siendo la reparación del daño una consecuencia de los presupuestos lógicos: cuerpo del delito, responsabilidad penal y perjuicio, no pueden ser al mismo tiempo elementos condicionales, por lo cual trasladando estas ideas al delito de robo, éste existirá independientemente de que el agente activo se aproveche o no de los efectos hurtados, si es sorprendido en posesión de los mismos o los haya abandonado o lo desposesionen, ya que basta la materialidad del apoderamiento para que surja el delito, por lo que si se causa o no perjuicio a la víctima, esta situación carece de interés para la finalidad; de ahí que la reparación del daño tendrá razón de ser si el agente activo causa aquel perjuicio y, si no lo causa, la sentencia tendrá que absolver del daño, sin que esto pueda conducir a la afirmación de que no hubo robo.

Amparo directo 678/56. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 6 de abril de 1956. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón."

d) Elementos subjetivos del tipo penal:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 169-174 -Segunda Parte

Página: 37

CULPA O DOLO, REPROCHE A TÍTULO DE. ES NECESARIO EL ESTUDIO DE ELEMENTOS ANIMICOS O SUBJETIVOS PARA DETERMINARLO.- el Tribunal de Alzada indebidamente estimó como simple intencional el homicidio atribuido al inculpado, a pesar de que debió reprocharlo a título de culpa, si el suceso ocurrió según se explica a continuación, no sin antes destacar que el caso a estudio es susceptible de ser examinado desde dos puntos de vista. Un primer enfoque consiste en apreciar el evento luctuoso únicamente en lo externo objetivo y

conduce a la conclusión inaceptable por cierto, como después se verá, de que pudiera entrar en juego la legítima defensa, ya que el ofendido sacó de la cintura una pistola y con ella apuntó al inculcado, pero éste, con un movimiento rápido también desenfundó su arma, produciéndose el disparo con el cual se privó de la vida al sujeto pasivo. Según se previno antes, esta solución es inaceptable por su expresión netamente objetiva, que desatiende los móviles o aspectos subjetivos que dan cabal significación al hecho y permiten valorarlo adecuadamente. De ahí la necesidad de investigar el significado real de las conductas al través de los aspectos físicos o anímicos, sin que ello implique un abandono de los factores objetivos que constituyen el punto de partida para llegar al fuego interno de los protagonistas del suceso delictivo. Un segundo punto de vista, acorde con la evolución actual del Derecho Penal toma el fenómeno delictivo en su totalidad esto es, como una unidad estructurada sobre elementos tanto objetivos como subjetivos.

Así, los datos de índole externa, perceptibles en forma inmediata por los sentidos son la plataforma de arranque para penetrar en las oscuras regiones anímicas de autor. Por esta vía, desarrollando la correspondiente labor de interpretación, se determina el título del juicio de reproche, con la preocupación de no llevar la indagación de lo anímico hacia terrenos ajenos a lo normativo jurídico y que carezcan de vinculación con el concreto hecho típico enjuiciado. Supuesta la corrección del enfoque anterior, en autos se comprobó que el ofendido, "como broma pesada", sacó de la cintura una pistola escuadra apuntó al hoy inculcado y le dijo "ya te tengo", por lo que en un movimiento rápido el inculcado desenfundó su revolver y le contestó al sujeto pasivo "yo también te tengo", produciéndose en esos momentos el disparo del arma. Ahora bien, el anterior cuadro delictivo revela un intercambio de bromas entre el ofendido y el acusado, del que se infiere que el hoy quejoso actuó con *ánimus jiocandi* o *ludendi*, incompatible con el *ánimus necandi u occidendi*, propio del elemento volitivo del dolo en el homicidio, como con el ánimo de defensa característico de la excluyente de responsabilidad a que se refiere el artículo 15, fracción III del Código Penal. El acertó contenido en el párrafo anterior es fuente de las siguientes conclusiones: primera, en el caso a examen debe destacarse la de legítima defensa, en atención a que el ofendido no agredió al acusado y éste no actuó con ánimo de defensa. Segunda, sí en inculcado no tuvo en mente privar de la vida al ofendido, lógicamente deja de estructurarse el dolo por falta de ocurrencia en su elemento volitivo. Tercera, el acusado incurrió en una grave imprudencia o negligencia, al conducir su broma a tal grado de realidad - pero siempre sin querer causar la muerte - que desembocó en el tartago luctuoso, reprochable a título de culpa.

Amparo directo 3876/82. Fernando Chicoya Naranjo. 7 de abril de 1983. Mayoría de 3 votos. Ponente: Francisco Pavon Vazconcelos. Secretario: Tomas Hernández Franco. Disidente: Mario G. Rebolledo.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 Tomo: III – Marzo de 1996
 Tesis: VI. 2º. 56 P.
 Página: 923

DIFAMACION, DELITO DE NOTAS PERIODISTICAS.- Para la configuración del delito de difamación se requiere como elemento subjetivo del tipo, el dolo directo, por ser presupuesto indispensable (comunicar dolosamente) a una o más personas la imputación que se hace a otra, de un hecho cierto o falso, que pueda causar deshonra, descrédito, perjuicio o exponerlo a desprecio de alguien; de tal forma que resulta indispensable se demuestre que el quejoso conociendo las circunstancias del hecho típico hubiera querido el resultado, o sea que, en su conducta específica, haya extendido la voluntad o intencionalidad de causar el daño que resultó; por lo que es inconcuso que no puede estimarse acreditada la responsabilidad penal del quejoso sino se justifica que él haya sido la persona que realizó tal comunicación dolosa al medio informativo de que se trata.

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 22/96. Gerardo Hugo Juárez Martínez. 21 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

“Sexta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: XXVI, Segunda Parte
 Página: 57

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

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

"Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XLIV, Segunda Parte
Página: 54

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Es bien sabido que la comprobación del cuerpo del delito es la base del procedimiento penal, y al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte sustenta el criterio de que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger), Tratado de Derecho Penal, Primer Tomo, páginas trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos.
Amparo directo 6698/60. José Zamora Mendoza. 16 de febrero de 1961. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante."

"Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LXXX, Segunda Parte
Página: 25

INTENCIONALIDAD O NO INTENCIONALIDAD EN LOS DELITOS. Conforme a lo dispuesto en el artículo 8o. del Código Penal Federal, los delitos pueden ser intencionales o no intencionales, de manera que puede afirmarse en principio que todo delito admite los dos grados de la culpabilidad, a menos que la descripción legal sea tal que necesariamente implique la voluntariedad del resultado, ya sea por contener elementos subjetivos que implícitamente la requieren (el que engañando a otro), o bien cuando explícitamente el legislador al crear el tipo, consignó la intencionalidad como elemento del mismo.

Amparo directo 4428/63. Ramón Acuña Pacheco. 20 de febrero de 1964. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante."

e) Respetto de la forma para acreditar el aspecto subjetivo del delito:

"Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 169-174 Segunda Parte

Página: 37

CULPA O DOLO, REPROCHE A TITULO DE. ES NECESARIO EL ESTUDIO DE ELEMENTOS ANÍMICOS O SUBJETIVOS PARA DETERMINARLO. El tribunal de alzada indebidamente estimó como simple intencional el homicidio atribuido al inculcado, a pesar de que debió reprocharlo a título de culpa, si el suceso ocurrió según se explica a continuación, no sin antes destacar que el caso a estudio es susceptible de ser examinado desde dos puntos de vista. Un primer enfoque consiste en apreciar el evento luctuoso únicamente en lo externo u objetivo y conduce a la conclusión inaceptable por cierto, como después se verá-, de que pudiera entrar en juego la legítima defensa, ya que el ofendido sacó de la cintura una pistola y con ella apuntó al inculcado, pero éste, con un movimiento rápido, también desfundó su arma, produciéndose el disparo con el cual se privó de la vida al sujeto pasivo. Según se previno antes, esta solución es inaceptable por su expresión netamente objetiva, que desatiende los móviles o aspectos subjetivos que dan cabal significación al hecho y permiten valorarlo adecuadamente. De ahí la necesidad de investigar el significado real de las conductas al través de los fenómenos físicos o anímicos, sin que ello implique un abandono de los factores objetivos que constituyen el punto de partida para llegar al fuero interno de los protagonistas del suceso delictivo. Un segundo punto de vista, acorde con la evolución actual del derecho penal toma el fenómeno delictivo en su totalidad, esto es, como una unidad estructurada sobre elementos tanto objetivos como subjetivos. Así, los datos de índole externa, perceptibles en forma inmediata por los sentidos, son la plataforma de arranque para penetrar en las oscuras regiones anímicas del autor. Por esta vía, desarrollando la correspondiente labor de interpretación, se determina el título del juicio de reproche, con la precaución de no llevar la indagación de lo anímico hacia terrenos ajenos a lo normativo jurídico y que carezcan de vinculación con el concreto hecho típico enjuiciado. Supuesta la corrección del enfoque anterior, en autos se comprobó que el ofendido, "como broma pesada", sacó de la cintura una pistola escuadra, apuntó al hoy inculcado y le dijo "ya te tengo", por lo que en un movimiento rápido el inculcado desfundó su revolver y le contestó al sujeto pasivo "yo también te tengo", produciéndose en esos momentos el disparo del arma. Ahora bien, el anterior cuadro delictivo revela un intercambio de bromas entre el ofendido y el acusado, del que se infiere que el hoy quejoso actuó con animus giocandi o ludendi, incompatible con el animus necandi u occidendi, propio del elemento volitivo del dolo en el homicidio, como con el ánimo de defensa característico de la excluyente de responsabilidad a que se refiere el artículo 15, fracción III, del Código Penal. El acerto contenido en el párrafo anterior es fuente de las siguientes conclusiones: Primera, en el caso a examen debe descartarse la legítima defensa, en atención a que el ofendido no

agredió al acusado y éste no actuó con ánimo de defensa. Segunda, si el inculcado no tuvo en mente privar de la vida al ofendido, lógicamente deja de estructurarse el dolo, por la falta de concurrencia de su elemento volitivo. Tercera, el acusado incurrió en una grave imprudencia o negligencia, al conducir su broma a tal grado de realidad --pero siempre sin querer causar la muerte-- que desembocó en el tártago luctuoso, reprochable a título de culpa.

Amparo directo 3876/82. Fernando Chincoya Naranjo. 7 de abril de 1983. Mayoría de 3 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco. Disidente: Mario G. Rebolledo."

f) Respecto a los elementos normativos:

"Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXI

Página: 1633

ESTUPRO, COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE. La presunción de castidad y honestidad de la víctima del delito de estupro, debe destruirse por el acusado, no obstante tratarse de un hecho negativo, porque la circunstancias que demuestren lo contrario, tienen el carácter de activos positivos, ya que según el comentario que Francisco González de la Vega hace el artículo 263 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, la castidad y la honestidad de la mujer están constituidos por los siguientes elementos: "la castidad es la abstención física de toda actividad sexual lícita, y la honestidad es la de carácter sexual: consistente en la buena reputación de la mujer, por su correcta conducta erótica. La castidad y la honestidad son elementos normativos que el Juez debe valorar discrecionalmente, según los indicios existentes, y atendiendo a las normas generales de cultura del medio y a la época en que viven los protagonistas activos y pasivos"; de modo es que si el acuerdo no destruye la citada presunción, se comprueba el cuerpo del delito de estupro.

Amparo penal directo 7669/38. Rodríguez Miguel. 2 de agosto de 1939. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente."

"Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 175-180 Segunda Parte

Página: 128

ROBO. BIENES PERDIDOS O ABANDONADOS. SU FALTA DE ENTREGA NO INTEGRA EL DELITO. No es exacto que por no entregarse a la autoridad los bienes perdidos o abandonados que hubiera hallado una persona, se puedan estimar agotados los elementos normativos del tipo penal del robo. En efecto, para la configuración del robo es menester que la cosa objeto de él se encuentre en poder de otro, dé la que necesariamente habrá de ser desposeído por el agente, y esto no ocurre si el bien se encuentra perdido o abandonado. Es decir, se requiere que la cosa ajena, en el momento del hecho, sea propiedad o esté en posesión conjuntamente de la persona a la que se sustrae, y si bien pudiera decirse que, en tratándose de cosas perdidas, subsiste el derecho subjetivo entre el titular y la cosa, que no se da en relación con las cosas abandonadas, de todos modos resulta obvio que en el caso de las cosas perdidas no se quebranta la posesión legítima del titular, que es a la que indudablemente alude el tipo en comento. Estimar lo contrario y encuadrar la conducta en el precepto legal citado, es interpretar analógicamente la Ley Penal, que es de exacta aplicación. Dicho de otra forma, en las condiciones apuntadas, jurídicamente no puede estimarse configurado el delito de robo, por no haberse agotado uno de los elementos existenciales del tipo, pues no hay el apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que podía disponer de ella con arreglo a la ley, en forma directa, y el hecho de infringir la ley Civil, que impone la obligación de entregar a la autoridad municipal las cosas perdidas o abandonadas, evidentemente no constituye un ilícito penal. La apropiación de tales bienes en estas circunstancias podrá caer en el ámbito del ilícito civil, mas no dentro del campo estricto del Derecho Penal. No estimarlo así contrariaría el principio de "nullum poena sine lege", dado que la conducta referida resulta atípica, es decir, no aparece prevista penalmente, ya que tal proceder no encuentra perfecto encuadramiento o adecuación al tipo descrito en el artículo 367 del Código Penal.

Amparo directo 6402/82. Eligio González Silva. 30 de noviembre de 1983. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebollo F. Secretario: Francisco Nieto González."

g) En cuanto a la importancia que reviste la comprobación del cuerpo del delito, se dijo:

"Quinta Época
 Instancia: Pleno
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: IV
 Página: 564

CUERPO DEL DELITO. Su comprobación constituye la base de todo el procedimiento penal, y sin ella no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna.

Amparo penal directo. Hernández Jesús. 12 de marzo de 1919. Unanimidad de nueve votos. La publicación no menciona el ponente.”

“Quinta Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: VI
Página: 663

CUERPO DEL DELITO. La falta de su comprobación, en el proceso, trae por consecuencia que el auto de formal prisión implique una violación de las garantías que consagra el artículo 19 constitucional.

TOMO VI, Pág. 663. Pérez Baldomero.- 15 de abril de 1920.”

“Quinta Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: VII
Página: 1248

CUERPO DEL DELITO. La comprobación del cuerpo del delito constituye la base de la averiguación penal.

TOMO VII, Pág.- 1248 .- Amparo en revisión.- González Bueno Francisco.- 16 de octubre de 1920.”

“Quinta Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XIII
Página: 621

CUERPO DEL DELITO. El artículo 16 constitucional no exige que se compruebe el cuerpo del delito para que pueda dictarse la orden de aprehensión.

TOMO XIII, Pág. 621.- Amparo en Revisión.- Nieto Leopoldo F.- 3 de Octubre de 1923.”

“Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXV
Página: 1086

CUERPO DEL DELITO. Aun cuando las disposiciones locales relativas a la comprobación del cuerpo del delito, formen parte de la Ley procesal, su infracción debe considerarse como violación de fondo, puesto que vulnera el artículo 19 constitucional.

Quinta Época:
Tomo XXV, Pág. 1086. Bañales Elías. Tesis Relacionada Con Jurisprudencia 43/85."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LXXVI
Página: 177

CUERPO DEL DELITO, COMPROBACIÓN DEL. La Suprema Corte, en diversas ejecutorias, ha sostenido que el hecho de que las leyes comunes establezcan, como preferentes, determinados medios especiales para la comprobación del cuerpo del delito, no puede significar, de manera alguna, la exclusión de los demás medios establecidos por la ley, para ese efecto, pues cuando ésta expresa que los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificarán comprobando sus elementos constitutivos, propiamente nos dicen que los que la requieran no se pueden probar justificando sus elementos, es decir, que los medios especiales señalados como adecuados para la comprobación de ciertos delitos, no son los únicos, pues esto acarrearía la impunidad en gran número de casos, lo que seguramente no pudo ser la intención del legislador.

Amparo penal directo 7697/40. Méndez José. 2 de abril de 1943. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LXXXI
Página: 5339

CUERPO DEL DELITO, COMPROBACIÓN DEL. Las reglas de comprobación del cuerpo del delito establecidas específicamente por los Códigos de Procedimientos Penales, no constituyen sino la regla general que debe atenderse en los casos especialmente previstos, pero no excluyen de ninguna manera la potestad del Juez, dadas las circunstancias, para comprobar el cuerpo del delito, en los términos estatuidos por los mismos códigos.

Amparo penal en revisión 4086/44. Aguilar Nicolás. 8 de septiembre de 1944. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Teófilo Olea y Leyva. La publicación no menciona el nombre del ponente.”

h) En cuanto a lo que debía de entenderse por cuerpo del delito, se consideró lo siguiente:

“Quinta Época
 Instancia: Pleno
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: VII
 Página: 1043

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.

TOMO VII, Pág. 1043. Vivanco de H. Carlos.- 14 de septiembre de 1920.”

“Quinta Época
 Instancia: Pleno
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: XIII
 Página: 1105

CUERPO DEL DELITO. Todos los tratadistas, sin excepción, convienen en que el cuerpo del delito, es la ejecución del mismo delito.

TOMO XIII, Pág. 1105.- Tomás Faustino y coags.- 11 de diciembre de 1923.- Siete votos.”

“Quinta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: XXVI
 Página: 1982

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues esta confusión sería antijurídica, ya que delito es la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista, un elemento psicológico, o subjetivo, el cuerpo del delito debe entenderse que es el conjunto de los elementos objetivos, físico o externos, que constituyen el delito; con tal abstracción de la voluntad o dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad.

TOMO XXVI.- Pág. 1982.- Pérez Nieto Florisel.- 21 de enero de 1930."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXVIII
Página: 388

CUERPO DEL DELITO. Debe tenerse por justificado, cuando lo están los elementos que constituyen el hecho delictuoso.

TOMO XXVIII, Pág. 388. Galván Ramón y coag.- 23 de enero de 1930."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXVIII
Página: 365

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito debe entenderse al conjunto de elementos externos o físicos y no los morales o subjetivos, que propiamente se refieren a la culpabilidad; por tanto, para dictar auto de formal prisión, basta que se compruebe la existencia de esos elementos externos. El dolo se refiere a la culpabilidad y no forma parte integrante del cuerpo del delito.

TOMO XXVIII, Pág. 365. Flores Antonio.- 21 de enero de 1930."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXVIII
Página: 209

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

TOMO XXVIII.- Pág. 209.- Aguilar Anastasio.- 14 de enero de 1930."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXXI
Página: 107

CUERPO DEL DELITO. Tratándose de delitos que no dejan huella, la comprobación del cuerpo del delito viene realmente a efectuarse con la prueba de los elementos del delito, o sea, de la culpabilidad del reo.

TOMO XXXI, Pág. 107.- García Miguel.- 8 de enero de 1931."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXXIII
Página: 1262

CUERPO DEL DELITO, COMPROBACIÓN DEL. La Suprema Corte ha estimado que cuando las leyes comunes establecen como preferentes medios especiales de prueba para la comprobación del cuerpo del delito, esta preferencia no puede significar, en manera alguna, que los demás medios de prueba que la ley establece queden excluidos, pues cuando ésta expresa que los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificarán comprobando los elementos que los constituyen, propiamente no dice que los requisitos requieran prueba pericial, no se puedan probar justificando sus elementos, lo que quiere decir, en suma, que esos medios especiales se señalan como adecuados para ciertos delitos, más no como únicos, pues esto acarrearía la impunidad en gran número de casos, lo que seguramente, no puede ser la mente del legislador. Esta tesis se corrobora con lo que expresa el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, en cuyo precepto se establece que en todos aquellos delitos en que se requieran conocimientos especiales para su probación, se utilizarán, asociadas, las pruebas de inspección judicial y de peritos, sin perjuicio de las demás.

TOMO XXXIII, Pág. 1262. Sosa y Silva Enrique.- 13 de octubre de 1931."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXXV
Página: 298

PECULADO, CUERPO DEL DELITO DE. Como la ley no señala modo especial de comprobar el delito de peculado, tal cosa deberá hacerse justificando todas y

cada una de las circunstancias constitutivas de ese hecho delictuoso; pero como por cuerpo del delito debe entenderse, según lo ha establecido la Sala Penal de la Suprema Corte, en numerosas ejecutorias, los elementos materiales de la infracción, es evidente que el estudio acerca de la existencia de esos elementos, debe concretarse a los componentes objetivos del hecho criminoso, conocido con el nombre de peculado, dejando el análisis de la dañada intención, que inconcusamente es una cuestión subjetiva, y que propiamente atañe a la culpabilidad, para cuando se haga el estudio de la responsabilidad penal del acusado.

TOMO XXXV, Pág. 298.- Malvido Becker Ernesto.- 12 de marzo de 1932.- Tres votos.”

“Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLIII

Página: 262

ABUSO DE CONFIANZA, CUERPO DEL DELITO DE. El cuerpo de una infracción penal consiste, como su mismo nombre lo revela, en la reunión de los principios puramente materiales, objetivos, que la integran, con total exclusión de los datos subjetivos que concurren en el hecho criminoso, que no atañen de manera directa a la realidad del delito, sino que propiamente se refieren al elemento intencional, y tienen mas bien, influencia sobre la responsabilidad del acusado, así, la existencia de una trasgresión criminal, debe justificarse mediante la comprobación de los actos tangibles que la forman. Esta tesis, que está corroborada por las legislaciones de algunos estados de la federación y por el Código Federal vigente en el Distrito Federal, debe aceptarse, con tanta mas razón, cuando que, en casos como el de abuso de confianza, y en la hipótesis de ser también indispensable la demostración de los elementos subjetivos, de no existir otra prueba, bastaría la simple afirmación del indiciado, de haber entregado a alguna persona el bien mueble recibido en confianza, para hacer imposible la comprobación del cuerpo del delito.

Bianchy Luis. Pág. 262.

Tomo XLIII. 22 De Enero De 1935.”

“Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LV

Página: 286

LESIONES, COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que lo

constituyen, es decir, la realidad del mismo; por lo cual, comprobar el cuerpo del delito no es más que demostrar la existencia de éste con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente. Ahora bien, el artículo 109 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal previene: "en caso de lesiones, el herido será atendido bajo la vigilancia de dos médicos legistas, por los médicos de los sanatorios u hospitales penales, quienes tendrán obligación de rendir al Ministerio Público o al Juez, en su caso, un parte detallado del estado en que hubieren recibido al paciente; el tratamiento a que se le sujete y el tiempo probable que dure su curación. Cuando ésta se logre, harán un nuevo dictamen expresando con toda claridad el resultado definitivo de las lesiones y el del tratamiento. Los médicos darán aviso al Ministerio Público o al Juez, tan luego como adviertan que peligra la vida del paciente, así como cuando sobrevenga su muerte", y el artículo 94 de la misma ley, estatuye que cuando el delito deje vestigios o huellas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta que levante. De modo que si los médicos del puesto de socorros adscrito a una delegación del Ministerio Público hicieron constar que le encontraron a la víctima contusiones en diversas partes del cuerpo, clasificándolas de las que curan en menos de quince días, pero omitieron detallarlas, sin expresar siquiera en qué parte del cuerpo presentaba esas contusiones; y en el acta que se levantó por el personal de la delegación no solamente se incurrió en la misma omisión, sino que ni siquiera se dio fe de las alteraciones a la salud que se dice presentaba la víctima, y en el Juzgado del conocimiento no se dio fe de las lesiones, se ignora en qué partes del cuerpo las sufrió el ofendido y su clasificación, para los efectos de la penalidad. Y si después de varios meses se rinde otro dictamen médico, en el cual se dice que reconocieron al ofendido, quien dijo haber sufrido hace un año contusiones en ambos brazos, y se hace constar que no presenta huellas de dicho traumatismo; y que de ser cierto, las lesiones no pusieron en peligro la vida y curaron en menos de 15 días, debe concluirse que ni los médicos de la delegación, ni el Ministerio Público, ni el Juzgado instructor, ni los peritos médicos legistas supieron en qué partes del cuerpo recibió las contusiones el ofendido, atendiéndose a lo manifestado por éste, para que los médicos legistas rindieran su dictamen, expresando que fue en ambos brazos y que no pusieron en peligro la vida y curaron antes de 15 días; y existe la convicción de que no llegó a comprobarse el cuerpo del delito de lesiones y debe concederse el amparo al quejoso, contra el fallo condenatorio.

Amparo penal directo 6405/37. Arciniega Flores Amador. 13 de enero de 1938. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente."

"Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LIX

Página: 2685

CUERPO DEL DELITO, LA COMPROBACIÓN DEL, ES LA BASE DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL Y SIN ELLA NO PUEDE DECLARARSE LA RESPONSABILIDAD DEL ACUSADO. La comprobación del cuerpo del delito constituye la base del procedimiento judicial, y sin ella no puede declararse la responsabilidad del acusado ni imponerle pena. Ahora bien, por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que lo constituyen, es decir, la realidad del mismo, y comprobarlo no es más que 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. El artículo 465 del Código de Justicia Militar previene que en caso de homicidio o lesiones, además de la descripción que de las lesiones hagan el Juez o el agente de la Policía Judicial Militar, que intervenga en las diligencias, es de gran importancia el informe de dos peritos y aun de uno solo, si no hubiere otro disponible, y el curso rápido de las actuaciones no permitiere separar. Los peritos darán por medio de certificados que ratificarán personalmente ante el Juez respectivo, la esencia de las lesiones, dentro de 48 horas, después de haberse encargado de la curación de un herido. Al cumplirse con este precepto, tomarán siempre en consideración el arma empleada para inferir las lesiones, la región en que éstas están situadas, sus dimensiones, los órganos interesados, y, en resumen, harán la clasificación con toda la claridad posible a fin de que pueda conocerse fácilmente en cuál precepto del libro segundo de dicho código, está comprendido el acto; y si de las constancias de autos aparece que ni la Policía Judicial Militar ni el Juez de la causa, dieron fe de las lesiones que sufrió el ofendido, y existe únicamente el certificado médico provisional, que no fue ratificado ante la presencia judicial, y no se rindió el certificado de sanidad, para poder saber en definitiva, la clasificación de las lesiones, no se acreditó el cuerpo del delito de lesiones; máxime, si el ofendido niega rotundamente haber sufrido la lesión a que se refiere el dictamen pericial; y debe concederse el amparo contra la sentencia definitiva que impuso pena al quejoso.

Amparo penal directo 7521/38. Enríquez Martínez Manuel. 10 de marzo de 1939. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente."

"Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CIII

Página: 1897

CUERPO DEL DELITO. El cuerpo de un delito, comprende exclusivamente los elementos externos o formales que objetivizan el hecho criminal, en tanto que el delito, en sí mismo considerado, integra lo que, tanto por la ley como doctrinalmente, se reconoce como la parte subjetiva de un crimen, o en otras palabras, la responsabilidad penal del acusado.

Amparo penal directo 2417/48. Lozano López Sergio. 24 de febrero de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Precedentes:

Tomo CIII, P. 1242.

Tomo LV, P. 2917.

Tomo XXXIII, P. 2574.

Tomo XXIX, P. 1295.

Tomo XXVIII, P. 388, 365 Y 209

Tomo XXVI, P. 1982.

Tomo XIV, P. 276.

Tomo VII, P. 1043. Ver: Jurisprudencia No. 81/85, Segunda Parte."

"Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CIII

Página: 1242

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

Amparo penal en revisión 8798/49. Villarello Fernando. 2 de febrero de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente."

"Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXIX

Página: 2141



CUERPO DEL DELITO. De acuerdo con la teoría general proceso, la comprobación del cuerpo del delito, se determina por la integración del los elementos materiales de la infracción; pero más aun porque el juzgador hace un juicio de valoración respecto de los elementos subjetivos, prescindiendo de hacer declaración alguna respecto del delito o la culpabilidad que presiden dichos actos, puesto que tal declaración es presuntiva de responsabilidad.

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."

"Sexta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: IX, Segunda Parte
 Página: 44

CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD DEL REO, FRAUDE. Tanto en los delitos llamados técnicos como en los no técnicos, el cuerpo del delito se da en forma totalmente independiente a la responsabilidad, toda vez que aquél deriva del hecho objetivo y material y en función de la víctima, en tanto que la responsabilidad tiene su génesis en la psicología interna del delincuente y se pune al exteriorizarse mediante la participación del agente en el íter criminis, por lo que es factible, en la teoría y en la realidad, que aun en el fraude, considerado como el clásico ejemplo de los delitos técnicos, se engañe a la víctima sin que aparezca el engañador.

Amparo directo 6992/57. Cresencio Abúndiz Gómez. 20 de marzo de 1958. 5 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón."

"Sexta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: XIV, Segunda Parte
 Página: 86

CUERPO DEL DELITO (ROBO). La cosa robada constituye el objeto del delito. Los elementos materiales de él son cosa bien diversa. Por cuerpo del delito se entiende la comprobación del hecho delictuoso; a la inversa, el hecho delictuoso es lo que "constituye lo que técnicamente se llama el cuerpo del delito, porque es obvio que para que haya delincuente en el viejo sentido de la palabra, se requiere primero que haya existido el acto de la infracción." Se afirma en la doctrina procesal que todo delito consta de elementos físicos, por fugaz que sea su materialidad. La simple expresión verbal es un elemento de carácter físico para los efectos de la comprobación del cuerpo del delito. Corrientemente, como lo señala Ortolán, se confunde cuerpo del delito "conjunto de elementos físicos y materiales", con la manera en que puede probarse "ya la existencia de tal hecho físico o de tal elemento material que ha entrado en su composición." Conviene por lo tanto precisar que por cuerpo del delito se entiende aquel conjunto de elementos materiales que forman parte de tal infracción.

Amparo directo 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. 20 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante."

"Sexta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XVII, Segunda Parte
Página: 77

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.

Amparo directo 2677/58. Juan Villagrana Hernández. 26 de noviembre de 1958. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne."

"Séptima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 58 Segunda Parte
Página: 27

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.

Amparo directo 1724/73. José Suárez Palomares. 26 de octubre de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

"Séptima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 79 Segunda Parte
Página: 16

CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD. El concepto de cuerpo del delito se refiere a cuestiones impersonales, independientemente de la autoría de la conducta: comprobar que hubo alteración en la salud a virtud de conducta humana es acreditar la materialidad del hecho; atribuir la causación del resultado a una persona es problema de responsabilidad.

Amparo directo 4811/74. Javier Fuentes Gutiérrez y otro. 7 de julio de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

De las tesis transcritas se advierte, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del ingreso del concepto de tipo penal a la estructura del delito y de su posterior evolución, aceptó que el cuerpo del delito se componía de elementos objetivos, normativos y en algunos casos de elementos subjetivos.

Consecuentemente, acreditar el cuerpo del delito, era acreditar los elementos del tipo respectivo (juicio de tipicidad, como primer grado de valoración o enjuiciamiento dentro de la estructura del delito), lo que conducía a la afirmación de la tipicidad de la conducta.

Con lo anterior queda patentizado, que la comprobación del cuerpo del delito se agotaba con la acreditación de esos elementos, dentro de los que destacan los elementos objetivos, pero entendidos estos, ya no en la forma en como se hizo en sus orígenes, sino que de una forma sistematizada, se desprendía del supuesto de hecho contenido en la ley.

No obstante que del análisis integral de los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se advertía que se reconocían los elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal (que se desarrollaron dentro del sistema causalista en sus dos vertientes: naturalista y valorativo), en la práctica no se analizaban dichos elementos de acuerdo a la forma en que sistemáticamente se proponía en la teoría, lo anterior para determinar si una conducta, ya sea por sus circunstancias, elementos o características, se subsumía o no en un determinado tipo penal.

En efecto, como lo señala acertadamente el maestro Jaime Flores Cruz, inexplicablemente los órganos que procuraban e impartían justicia, lejos de seguir un estudio sistemático del delito para emitir sus determinaciones (ejercicio de la acción penal, órdenes de aprehensión y comparecencia, autos de procesamiento y sentencias), se dedicaban a realizar un vaciado de pruebas, en el sentido siguiente: el cuerpo del delito quedó acreditado con los siguientes elementos de

prueba, seguido de un apartado en donde se hacía la valoración de las pruebas; posteriormente, en la probable o plena responsabilidad, se decía que las misma quedó acreditada con los mismos elementos de prueba que sirvieron de base para acreditar el cuerpo del delito, de lo cual se pone de manifiesto que el día de los hechos..., se hacía una relación de los hechos tal y como el Ministerio Público al ejercitar la acción penal lo había realizado, venía un apartado de valoración de pruebas, y si era sentencia, también un capítulo para lo relacionado con las calificativas o modificativas del delito, así como para efectos de la individualización de la pena.

Señala además, que no obstante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde 1927 y 1929 ya había establecido el criterio de que para efectos de la comprobación del cuerpo del delito, no era suficiente con expresar que quedó justificado con la concurrencia de sus elementos, sino que era indispensable que se analizaran dichos elementos y que quedara comprobada su concurrencia, para lo cual cita los siguientes criterios:

"Quinta Época
Instancia: Pleno
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*
Tomo: XXI
Página: 23

CUERPO DEL DELITO. Las sentencias penales deben especificar de modo claro y preciso, los elementos que constituyen el cuerpo del delito, y si no lo hacen, con ello violan las garantías constitucionales del procesado.
TOMO XXI, Pág. 23.- Mendoza Estrada Ramón.- 1o. de julio de 1927.- Ocho votos."

"Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*
Tomo: XXVI
Página: 737

CUERPO DEL DELITO. Para los efectos de la comprobación del cuerpo del delito, no es bastante que se exprese en los considerandos de la sentencia, que aquél quedó justificado con la concurrencia de sus elementos, sino que es

indispensable que se analicen estos y se compruebe aquélla; pues de lo contrario se deja de cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento. TOMO XXVI, Pág. 737. Gutiérrez Peláez Higinio.- 23 de mayo de 1929.- Cinco votos.”⁵⁵

Finalmente y continuando nuestro análisis en torno a la evolución de la figura procesal cuerpo del delito, surge la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, del 3 de septiembre de 1993, y su correlativa en materia procesal del 10 de enero de 1994, al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se consideró la necesidad de adoptar una sistemática de corte finalista, que correspondiera a la evolución del pensamiento penal a nivel mundial, y por ende que brindara mayor seguridad jurídica a los sujetos implicados en el drama penal .

De lo anterior, resultó que la estructura dogmática del tipo penal se componía de elementos objetivos, subjetivos específicos diferentes al dolo, normativos y subjetivos, en los cuales ciertamente y acordes a la sistemática finalista se ubican el dolo y la culpa. Esto trajo como consecuencia necesaria que nuestro máximo Tribunal Federal tratando de ser acorde a la sistemática adoptada por nuestro sistema jurídico mexicano, emitiera diversas jurisprudencias, de cuyo contenido se pone de relieve la obligación de acreditar por parte de las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia, los elementos subjetivos específicos, y subjetivos como el dolo y la culpa; al respecto, destacan por su importancia las siguientes:

“Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Marzo de 1996

Tesis: 1a./J. 7/96

Página: 477

POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD. EI

⁵⁵ Flores Cruz, Jaime, *La Vetusta Novedad del Cuerpo del Delito (Reforma Penal de 1999)*, México, Mayo de 2000, pp. 37-38. (Trabajo presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

tipo penal previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal establece sanción para el poseedor de alguno de los estupefacientes y psicotrópicos señalados en el normativo 193, pero ello siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194. Para el acreditamiento del elemento subjetivo es sin duda la confesión un medio idóneo aunque por sí sola no es suficiente, pues en la mayoría de los casos en que ella exista habrá que vincularla con otras que estén aparejadas, con la comprobación del resto de los elementos típicos de carácter objetivo. Resulta, por tanto, necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal, como son: la existencia de la droga, el tipo y la cantidad de la misma que el sujeto poseía (o transportaba), así como circunstancias de lugar, tiempo, y ocasión; después habrá que analizar la existencia de los elementos subjetivos, como son el dolo y la especial finalidad, para lo cual es idónea la confesión del inculpado de que efectivamente la poseía y que la llevaba consigo para realizar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 194, es decir: comerciar, traficar, introducir, etcétera. En tales circunstancias, el juzgador al resolver debe efectuar un enlace concatenado de los elementos objetivos con el aspecto subjetivo, y con todo ello determinar la finalidad del agente respecto del destino del narcótico, no resultando por tanto suficiente la sola afirmación aislada de dicha circunstancia sin la vinculación con otros medios de prueba.

Contradicción de tesis 5/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 16 de febrero de 1996. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: María Elena Leguizamo Ferrer.

Tesis de jurisprudencia 7/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cinco votos de los Ministros: presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga María Sánchez Cordero de García Villegas."

"Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomó: V, Febrero de 1997

Tesis: 1a./J. 6/97

Página: 197

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la

Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste." Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, atribuido al inculcado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculcado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador.

Contradicción de tesis 42/96. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito. 12 de febrero de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz.

Tesis de jurisprudencia 6/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de doce de febrero de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros, presidente Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios, previo aviso a la Presidencia."

"Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Abril de 1998

Tesis: 1a./J. 18/98

Página: 155

ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO, DE ACUERDO CON LA REFORMA AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad

judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.". Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o profile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el efecto procesal de poner a disposición del Juez al indiciado en relación con determinado delito; por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la consignación.

Contradicción de tesis 23/97. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. 25 de febrero de 1998. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Blanca Evelia Parra Meza.

Tesis de jurisprudencia 18/98. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas."

De lo anterior, podemos decir que a lo largo de la evolución del concepto del cuerpo del delito, diferentes fueron las posturas adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales ciertamente podemos afirmar que fueron acordes al desarrollo de los diferentes sistemas, tanto clásico, neoclásico y finalista, sin embargo, los sujetos protagónicos de aplicar la justicia en nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano, se resistieron a los cambios en la dogmática jurídica, o bien no entendían su contenido y por ende su aplicación, lo cual sin lugar a dudas trajo como consecuencia un rezago en la justicia penal mexicana pues se violentaba la garantía de seguridad jurídica para los sujetos implicados en el drama penal; además, con motivo de las reformas constitucionales a los artículos 16 y 19, de 3 de septiembre de 1993 y su correlativa en materia procesal al artículo 168 del Código Federal de

Procedimientos Penales, de 10 de enero de 1994, se motivo una gran necesidad de analizar diferentes conceptos, para poder entender la nueva nomenclatura que el legislador dejó plasmada en la ley, para su debida aplicación, lo cual indudablemente muchos omitimos aplicar debidamente por falta del conocimiento del contenido de la sistemática de la acción final, lo cual sin lugar a dudas despertó las inquietudes para elaborar el presente trabajo de investigación.

2.6 ALGUNOS CRITERIOS PARA LA COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO

Antes de abordar el contenido del presente apartado, es necesario decir que existe una diferencia entre lo que debe entenderse por cuerpo del delito, y la prueba de este, al respecto Arturo Zamora Jiménez señala 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, de tal manera que: corpus crimini, corpus instrumentarium y corpus probatorium son conceptos distintos. Dice además, que cuando se trata de delitos de carácter material, por su efecto como pudieren ser los que atentan contra la vida y la integridad corporal o contra la libertad y sano desarrollo psicosexual resulta más difícil la comprobación del cuerpo del delito, sin embargo hay tipos penales, cuya descripción no exige resultado material o hay delitos de omisión en que tampoco se requiere de un resultado específico, como es el caso de la omisión del deber de socorro, en cuyos supuestos es más complejo el procedimiento para comprobar la existencia del cuerpo del delito. Con base en lo anterior, se formula la siguiente pregunta ¿El cuerpo del delito es objeto o es medio de prueba?, la respuesta es que se trata de un objeto que debe demostrarse a través de los distintos medios de prueba, tanto es así que se ha señalado que el cuerpo del delito de acuerdo a su naturaleza jurídica se compone

de un conjunto de circunstancias fácticas que deben ser objeto y no, medio de prueba, de aquí que podemos afirmar la diferencia entre:

- a) La persona o cosa en que se llevo a cabo el acto criminal
- b) Los medios utilizados para ese fin
- c) Los elementos de prueba que serán necesarios para demostrar que históricamente aconteció un hecho previsto en la hipótesis legislativa como delito.⁵⁶

Ahora bien, como se ha observado a lo largo del presente capítulo y por ende en la evolución de la expresión cuerpo del delito, resulta claro observar del contenido del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ambos de 1984, que disponían de manera similar, que para comprobar el cuerpo del delito se atendería, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto prevenían esos códigos; sin embargo, hoy por hoy podemos darnos cuenta, que si bien es cierto del contenido de los artículos 168 y 122, no se establece de manera expresa, como se hacia en 1984, que para la comprobación del cuerpo del delito, se debía atender, en su caso, a las reglas especiales que para tales efectos prevenían dichos Códigos, lo cierto es que, en estos, se siguen empleando reglas especiales de comprobación del cuerpo del delito para diversas entidades delictivas.

ESTA TESIS NO SALI
DE LA BIBLIOTECA

⁵⁶ Zamora Jiménez, Arturo, Cuerpo del delito y tipo penal, Ed. Ángel Editor, México, 2000, pp. 40-41.

Ello resulta así, pues del contenido del último párrafo del artículo 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece que, el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio de prueba que señale la ley. Lo cual no sucede en tratándose del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; sin embargo es preciso decir, que en ambos Códigos se establece el libre arbitrio, tanto para el Ministerio Público, como para los Jueces y Tribunales, para la comprobación del cuerpo del delito, con la única salvedad que los medios de investigación empleados no sean contrarios a derecho; al respecto el artículo 180 del Código Adjetivo en materia federal, a la letra dice:

“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 medios no sean contrarios a derecho”.

Por su parte el diverso numeral 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en términos similares establece lo siguiente:

“Artículo 124. Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculgado, en su caso, el Ministerio Público y el Juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por la ley.”

En tal virtud, podemos decir que si bien es cierto existe una regla general para la comprobación del cuerpo del delito, contenida, tanto en el artículo 168, como en el diverso 122, de los Códigos antes citados, también es cierto que hoy en día se siguen empleando reglas especiales de comprobación, tal es el caso de

los artículos 169, 170, 171, 172, 173, 176, 177 y 179, del Código Federal de Procedimientos Penales; y de los artículos 97, 103, 104, 105, 107, 108, 111, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 121, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En esta tesitura, pasamos a exponer el contenido de los numerales antes citados, de donde resulta lo siguiente:

"Artículo 169. Cuando se trate de lesiones externas estas serán objeto de inspección con asistencia de peritos médicos, describiéndolas pormenorizadamente y se recabaran dictamen de aquellos peritos, que las describa y las clasifique en orden a su naturaleza, gravedad, consecuencias y cualquier otra circunstancia atendible para ese fin."

"Artículo 170. En caso de lesiones internas, envenenamiento y otra enfermedad proveniente del delito, además de cualesquiera de otras diligencias que resulten procedentes, se practicará inspección haciéndose constar las manifestaciones exteriores que presente la víctima y se recabará el dictamen pericial en que se expresarán los síntomas que presente, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, se harán constar esas circunstancias, agregándose el dictamen pericial."

"Artículo 171. si se tratare de homicidio, además de otras diligencias que sean procedentes, se practicará la inspección del cadáver, describiéndosele minuciosamente y se recabará el dictamen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresaran con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron la muerte. Si hubiere sido sepultado, se procederá a exhumarlo."

“Artículo 172. Cuando el cadáver no se encuentre, o por otros motivos no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en el expediente declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.”

“Artículo 173. En los casos de aborto o infanticidio, además de las diligencias mencionadas en los artículos 171 y 172, así como de cualesquiera otras que resulten pertinentes, en el primero, también reconocerán los peritos médicos a la madre, describirán las lesiones que presente y dictaminarán sobre las causas del aborto. En uno y otro caso expresarán la edad de la víctima, si nació viable y todo aquello que pueda servir para fijar la naturaleza del delito.”

“Artículo 176. Tratándose de los delitos a que se refiere la fracción II del artículo 368 del Código Penal, cuando, sin previo contrato de una empresa de energía eléctrica, de gas, o de cualquier fluido, se encuentre conectada a una instalación particular a las tuberías o líneas de la empresa respectiva, o a cualquier tubería o líneas particulares conectadas a la tuberías o líneas de dicha empresa, en la inspección que se practique, con asistencia de peritos en la materia, se harán constar estas circunstancias y se recabará el dictamen pericial que las describa y además precise la naturaleza del fluido de que se trate y cuantifique, en lo posible, la cantidad de fluido que haya sido consumido mediante la conexión de que se trate.”

“Artículo 177. Para la comprobación de los delitos relacionados con la industria petrolera nacional y con el servicio público de energía eléctrica previstos en los artículos 185, 253 fracción I, inciso i); 254 fracciones VII y VIII, 254 ter, 368 fracciones II y III del Código Penal Federal, se presumirá la propiedad federal, salvo prueba en contrario.

Para el esclarecimiento de la propiedad federa, no se exigirá la presentación de factura o escritura pública o la inscripción en el registro público.”

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

“Artículo 179. Cuando tratándose del delito de ataques a las vías de comunicación, no fuere posible practicar inspección porque para evitar perjuicios al servicio público haya sido necesario repararlas inmediatamente, se practicará inspección de las huellas y otros signos que constituyan posibles indicios de la existencia del hecho incriminado y de la antigüedad y extensión de la reparación, además de recabarse facturas u otros documentos relativos a ella y cualesquiera otras pruebas a las que se pueda tener acceso.”

Con relación a las reglas especiales de comprobación del cuerpo del delito, contenidas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, tenemos las siguientes:

“Artículo 97. Si para la comprobación del cuerpo del delito, o de sus circunstancias, tuviere importancia el reconocimiento de un lugar cualquiera, se hará constar en el acta la descripción del mismo, sin omitir detalle alguno que pueda tener valor.”

“Artículo 103. Cuando el delito fuere de los que no dejan huellas de su perpetración, se procurará hacer constar, por declaraciones de testigos y por los demás medios de comprobación, la ejecución del delito y sus circunstancias, así como la preexistencia de la cosa, cuando el delito hubiese tenido por objeto la substracción de la misma.”

“Artículo 104. Cuando la muerte no se deba a una delito, y esto se comprobare en las primeras diligencias, no se practicará la autopsia y se entregará el cadáver a la persona que lo reclame. En todos los demás casos será indispensable este requisito, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.”

“Artículo 105. Cuando se trate de homicidio, además de la descripción que hará el que practique las diligencias, las harán también dos peritos que practicarán la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarda y las

circunstancias que originaron la muerte. Sólo podrá dejarse de hacer la autopsia cuando el juez lo acuerde, previo dictamen de los peritos médicos.”

“**Artículo 107.** Cuando el cadáver no pueda ser encontrado, se comprobará su existencia por medio de testigos, quienes harán la descripción de aquél y expresarán el número de lesiones y huellas exteriores de violencia que presentaba, lugares en que estaban situadas, sus dimensiones y el arma con que crean fueron causadas. También se les interrogará si lo conocieron en vida, sobre los hábitos y costumbres del difunto, y sobre las enfermedades que hubiere padecido.

Estos datos se darán a los peritos para que emitan su dictamen sobre las causas de la muerte, bastando entonces la opinión de aquellos, de que la muerte fue resultado de un delito, para que se tenga como existente el requisito que exige el artículo 303 del Código Penal.”

“**Artículo 108.** Cuando no se encuentren testigos que hubieren visto el cadáver, pero sí datos suficientes para suponer la comisión de un homicidio, se comprobará la preexistencia de la persona, sus costumbres, su carácter, si padecía alguna enfermedad, el último lugar y fecha en que se le vió y la posibilidad de que el cadáver hubiere podido ser ocultado o destruido, expresando los testigos los motivos que tengan para suponer la comisión de un delito.”

“**Artículo 111.** Cuando se trate de una enfermedad que se sospeche haya sido ocasionada por un delito, los peritos emitirán su opinión sobre sus causas, describirán minuciosamente todos los síntomas que el enfermo presenta y harán la clasificación legal correspondiente.”

“**Artículo 112.** En los casos de aborto o infanticidio, se procederá como previenen los artículos anteriores para el homicidio; pero en el primero, reconocerán los peritos a la madre, describirán las lesiones que presente ésta y

dirán si pudieron ser la causa del aborto; expresarán la edad de la víctima, si nació viable y todo aquello que pueda servir para determinar la naturaleza del delito.”

“**Artículo 113.** En casos de envenenamiento, se recogerán cuidadosamente todas las vasijas y demás objetos que hubiere usado el paciente, los restos de los alimentos, bebidas y medicinas que hubiere tomado, las diyecciones y vómitos que hubiere tenido, que serán depositados con las precauciones necesarias para evitar su alteración, y se describirán todos los síntomas que presente el enfermo. A la mayor brevedad, serán llamados los peritos para que reconozcan al enfermo y hagan el análisis de las substancias recogidas, emitiendo su dictamen sobre sus cualidades tóxicas y si pudieron causar la enfermedad de que se trate.”

“**Artículo 114.** En todos los casos de robo, se harán constar en la descripción todas aquellas señales que pudieran servir para determinar si hubo escalamiento, horadación o fractura, o si se usaron llaves falsas, haciendo cuanto fuere necesario, que peritos emitan su opinión sobre estas circunstancias.”

“**Artículo 115.** Para comprobar el cuerpo del delito de violencia familiar deberán acreditarse las calidades específicas y circunstancias de los sujetos señalados en los artículos 343 bis y 343 ter del Código Penal para el Distrito Federal, además de agregarse a la averiguación previa los dictámenes correspondientes de los peritos en el área de salud física y mental, según lo contemplan los artículos 95, 96 y 121 del presente Código.
(...)”

“**Artículo 118.** En los casos de incendios, la policía judicial dispondrá que os peritos determinen en cuanto fuere posible: el modo, lugar y tiempo en que se efectuó; la calidad de la materia que lo produjo; las circunstancias por las cuales pueda conocerse que haya sido intencional y la posibilidad que haya habido de un

peligro, mayor o menor, para la vida de la persona o para la propiedad, así como los perjuicios y daños causados.”

“Artículo 119. Si el delito fuere de falsedad o de falsificación de documentos, se hará una minuciosa descripción del instrumento argüido de falso y se depositará en lugar seguro, haciendo que firme en él, si fuere posible, las personas que depongan respecto de su falsedad; en caso contrario se harán constar los motivos. Al expediente se agregará una copia certificada del documento argüido de falso y otra fotográfica del mismo, cuando sea posible. La comprobación del cuerpo del delito, en los casos de falsedad, se hará como lo dispone el artículo (sic) 122 de este Código.”

“Artículo 121. En todos los delitos en que se requieran conocimientos especiales para su comprobación, se utilizarán, asociadas, las pruebas de inspección ministerial o judicial y de peritos, sin perjuicio de las demás.”

Del panorama reseñado se pone de relieve, que subsisten aún, tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales como en el Código Adjetivo del Distrito Federal, reglas especiales para la comprobación del cuerpo del delito, sin embargo, estimamos que estas solo se refieren a la comprobación de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, es decir, a la forma de acreditación de los elementos que son apreciables a través de los sentidos, pero de ninguna manera a los elementos normativos, y mucho menos a los elementos subjetivos contenidos en el ser interno del sujeto que cometió el delito; en tal virtud, el hecho de que sigan existiendo éstas reglas en ambos ordenamientos legales adjetivos, no es óbice para que se entre al estudio de los elementos normativos, subjetivos específicos diferentes a dolo y subjetivos en donde se ubican el dolo y la culpa, pues como ha quedado precisado, ello brinda mayor seguridad jurídica a los sujetos implicados en el drama penal, ya que trátase de la concepción que se quiera adoptar para entender a la expresión cuerpo del delito, o elementos del tipo, lo cierto es que,

para poder determinar si un hecho determinado es delito o no, deberán analizarse todos sus elementos, es decir, la parte objetiva y la subjetiva, y no limitarse a la utilización de las llamadas reglas especiales de comprobación, pues el delito es un todo que debe ser analizado en cada una de sus partes y no a medias.

CAPITULO III

EVOLUCIÓN HISTORICA DEL TIPO PENAL

Para una mejor comprensión del presente trabajo, consideramos necesario realizar una visión retrospectiva en relación a la evolución del tipo penal, para lo cual es necesario tomar como punto de partida la propia definición que sobre el tipo penal se ha dado, para posteriormente revisar y conocer las diferentes sistemáticas del delito; a saber, el sistema clásico, neoclásico y finalista, por ende, la estructura del delito adoptada por estas, ya que en ellas se establece el contenido de sus propios grados de enjuiciamiento y valoración, para conocer si una conducta es delito o no; como lo son, la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

3.1. DEFINICION DE TIPO PENAL.

Etimológicamente, la palabra **tipo** proviene de la raíz latina, **tipus**, y del griego **typos**, que significa modelo; se concibe como una forma característica. En el derecho alemán, el tipo fue conceptualizado como **tatbestand**, (que se traduce como supuesto de hecho. Proviene del latín, medieval **facti** especies, y significa figura del hecho, razón por la que en Italia lo han denominado como **facti** especie), acepción que encontramos en el siglo XVII, en la Ordenanza Criminal Prusiana, así como el artículo 59 del Código del Reich, a la cual en algunos casos la identifican como el hecho del delito, en otros casos como hecho especie, el caso legal, la encuadrabilidad, y el tipo como tal.⁵⁷

⁵⁷ Mancera Espinosa, Miguel Angel, El Tipo Penal, Revista Criminalia, Año LXIII, No. 1, México, enero-abril, 1997, Ed. Pomúa, p. 25.

Por otra parte, siguiendo el pensamiento del gran jurista Mariano Jiménez Huerta, éste señala que el sustantivo tipo, del latín, **tipus**, que en su acepción trascendente para el Derecho Penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa o la que ministra fisonomía propia. Lo caracterizado como tipo se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales, y continúa diciendo, que la más profunda raíz histórica del tipo hállese en el concepto de cuerpo del delito contenido en las viejas leyes y que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos.⁵⁸

Jiménez de Asúa, señala que el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que cataloga en la ley como delito.⁵⁹

Para Raúl Zaffaroni, el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).⁶⁰

Reyes Echandía, nos dice que podemos definir el tipo penal como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas y subjetivas.⁶¹

⁵⁸ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, op. cit., p. 23.

⁵⁹ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, op. cit., p. 654.

⁶⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª ed., Ed. Cárdenas Editor Distribuidos, México, 1997, p. 391.

⁶¹ Reyes Echandía, Alfonso, op. cit., p. 7.

Hans Welzel, establece que todo ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe, matar, hurtar, cometer adulterio, etc. Tiene que especificar la materia de sus prohibiciones. Esta materia de prohibición contiene la descripción objetiva, material, - " el modelo de conducta " - , de la conducta prohibida. Sólo gracias a este modelo de conducta pueden reconocer los ciudadanos y el juez qué formas de conductas están prohibidas. Para el Derecho Penal tiene una especial importancia el que se concrete el contenido de la prohibición. Pues sólo gracias a esa especificación concreta de la materia de la prohibición se satisface la exigencia del principio **nulla poena sine lege**. Continúa diciendo el autor que el "tipo" es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el Derecho Penal; más adelante señala que el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas posibles de conducta humana.⁶²

Claus Roxin, señala que un tipo penal que resume en sí la totalidad de las circunstancias determinantes de lo injusto, resulta adecuado a las exigencias del elemento fundamental y delimitador de la estructura del delito. El tipo penal tendrá un fundamento en cierto modo apriorístico, aunque no arbitrario, y que se corresponderá en su esencia como tipo de injusto. Las insuficiencias, las faltas y los vacíos idiomáticos no repercuten negativamente. En la medida en que permite determinar la materia de la prohibición, el objeto de un juicio de valor, como es el caso de toda ley penal válida, el tipo puede verificarse sobre una base común a todo delito. Las mismas ventajas, se comprueban en cuanto se considera como elemento delimitador. Sólo el garantiza que únicamente caerán bajo el concepto de tipo penal los comportamientos, que son verdaderamente relevantes desde el

⁶² Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, Trad. Bustos Ramírez, Juan y Yáñez Pérez, Sergio, 11ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993, pp. 58-59.

punto de vista jurídico-penal, y sólo él posibilita una cierta delimitación de algún sentido indudable.⁶³

Por su parte, el maestro Porte Petit, nos dice que tipo constituye el presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula: "**nullum crimen sine typo**". El concepto que de tipo se da, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho, descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además, según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.⁶⁴

Finalmente, Olga Islas, desde su perspectiva lógico matemática, establece que el tipo es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos. Nos dice además que esta definición contiene, implícitamente, las siguientes afirmaciones: El tipo es una mera descripción general y abstracta; su elaboración corresponde exclusivamente al legislador; el tipo regula tan sólo eventos que contienen la propiedad de ser antisociales; el tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal; para cada clase de eventos antisociales hay un , y sólo un, tipo legal; cada tipo legal señala una, y sólo una, clase de eventos antisociales descrita; el tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible; el tipo tiene como función la protección de uno o más bienes jurídicos; sin la existencia previa de un tipo, no haya delito.⁶⁵

⁶³ Roxin, Claus, Teoría del tipo penal, Trad. de Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1979, pp. 277-278.

⁶⁴ Márquez Piñero, Rafael, El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Ed. UNAM, México, 1992, p. 163.

⁶⁵ Islas de González Mariscal, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 2ª. ed., Ed. Trillas, México, 1985, p. 21.

En efecto, podemos afirmar que del contenido de las definiciones que sobre el tipo penal se han dado en el presente apartado, se pone de relieve que el tipo es una figura legal delimitadora de las conductas que se consideran penalmente relevantes, y que establece la materia de su prohibición, por ende, el tipo penal garantiza la legalidad y la seguridad jurídica, bajo el principio de **nullum crimen sine typo**, lo cual fue definido así por obra de Beling.

3.2. DIVERSAS TEORIAS DEL TIPO PENAL.

A lo largo de la evolución del tipo penal, han sido varias las teorías que en torno a él se han desarrollado, y en ese sentido se implementaron diferentes nomenclaturas sobre la estructura de los elementos del delito en sus diferentes grados de enjuiciamiento o niveles analíticos de estudio; desde las concepciones puramente objetivo-descriptivas, pasando por las que consideraban la inclusión de elementos de carácter normativo, hasta llegar a las que tomaban en cuenta la existencia de elementos subjetivos del tipo.

En tal virtud, las primeras concepciones que se desarrollaron son atribuidas a la llamada teoría causalista, integrada a su vez por dos sistemáticas, conocidas como causalismo naturalista o sistema clásico, y por otra, conocida como causalismo valorativo, sistema neoclásico o sistema teleológico. Luego, vino la teoría finalista o de la acción final. En la primera sistemática, podemos ubicar como sus principales representantes a Fran Von Liszt, Ernesto Von Beling y a Radbruch; en el sistema del causalismo valorativo se encuentran, Hans Albrecht Fischer, Max Erns Mayer, Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudental y Edmundo Mezger. En la sistemática finalista, podemos ubicar ciertamente a, Alexander Graf zu Dohna, Hellmuth von Weber y por supuesto a Hans Welzel.

3.2.1. ESTRUCTURA Y CONCEPTO DE DELITO EN EL SISTEMA CLASICO.

Esta sistemática se ubica en la primera época de la formulación de la llamada teoría del delito; entre sus principales representantes podemos citar a Franz Von Liszt, Ernesto Von Beling y Radbruch.

3.2.1.1. ACCIÓN.

Juan Bustos Ramírez, nos dice que Liszt toma como pensamiento científico el de las ciencias naturales, trata de aplicarlo al campo de la teoría del delito. Por eso, su intención es alcanzar un sistema definitorio de sucesivas determinaciones en el campo del delito, al igual que el usado por Linne en el ámbito de las plantas. Son estas ideas las que llevan a Liszt y a Beling a establecer un sistema de características limitadas y limitantes: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Se trata pues, de un ordenamiento obncompreensivo, cuya base es la acción. La acción aparece como lo sustantivo, las demás características como simples adjetivaciones. Continúa diciendo, que la acción es considerada solo como un hecho de la naturaleza, lo fundamental en ella es un movimiento corporal y la voluntad humana un simple impulso. Luego, es esta acción así concebida la que recibe el tipo y conforma la tipicidad. La tipicidad resulta así una característica totalmente objetiva, sin asomo alguno de valoración o subjetividad (incolora o sin sangre). Lo único que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es meramente descriptiva y objetiva.⁶⁶

⁶⁶ Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Español, Parte General, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1984, p. 159.

Franz Von Liszt, desde 1881, desarrolló el concepto superior de "acción humana"; siendo él el que le dio al concepto de acción el perfil clásico, con los elementos de la corporeidad y de la causalidad del resultado. De este concepto general de acción, Liszt llegó al concepto buscado de delito, mediante la continua clasificación de las acciones; primero en "antijurídicas", luego en "culpables" y, finalmente, en acciones "amenazadas con una pena". Liszt no partió, pues, del delito y buscó un sistema para sus elementos particulares, sino partió de un sistema y buscó colocar en él los elementos del delito, usando, como dijimos, las ideas de clasificación, logrando un concepto de delito estructurado fundamentalmente de dos elementos: antijuridicidad y culpabilidad, correspondiendo a la primera todo lo objetivo del delito y a la segunda todo lo subjetivo. Después de estos atributos de la acción, Liszt se refiere a las características de estar amenazada con una pena.⁶⁷

Con las concepciones de Liszt en torno al concepto de delito es evidente como señala Zaffaroni que todavía dentro del injusto no se distinguía la tipicidad de la antijuridicidad, había muchísimas conductas antijurídicas y culpables que no eran delitos. Se hacía necesario agregar otro requisito para evitar este fenómeno de caracterización insuficiente del delito. Para ello, después de la antijuridicidad y de la culpabilidad, solíase agregar la punibilidad. El delito se conceptuaba como una conducta antijurídica culpable y punible.⁶⁸

Hans Welzel, considera que el concepto causal de acción, desarrollado por V. Liszt y Beling y fundamentado más detenidamente por Radbruch, lo fraccionaba en dos partes constitutivas diferentes: el proceso causal externo (objetivo), por un lado, y el contenido de la voluntad, "simplemente" subjetivo, por otro. De acuerdo con ello, "la acción" sería el mero proceso causal que desencadena la voluntad (" el impulso voluntario", o la "inervación") en el mundo exterior (efecto de la

⁶⁷ Moreno Hernández, Moisés, Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana, Criminología, año, LVIII, Septiembre-Diciembre, Número 3, México, 1992, p.36.

⁶⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. op. cit., p. 346.

voluntad), sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si sólo lo podía prever (contenido de la voluntad).

Señala Welzel, que como escribía Radbruch (1940), hay "que adoptar aquel concepto amplio de acción, que exige únicamente la causalidad de la voluntad respecto al hecho y que remite completamente a la culpabilidad el problema de cuál era el contenido del querer; aquel concepto de acción, por consiguiente, según el cual ella no es un movimiento corporal cualificado de un modo determinado, sino sólo causado de manera determinada (a saber, por un acto de voluntad consciente)". Acción es, según esto, todo movimiento corporal causado por un acto de voluntariedad, y a este respecto se entendía por "voluntariedad" toda conducta "que, libre de fuerza mecánica o fisiológica, estuviese motivada por representaciones". Por "querer" debía entenderse también "únicamente el impulso de la voluntad por el que ponemos causas", definido aquél "fisiológicamente como inervación, psicológicamente como proceso de conciencia". Estas concepciones fueron resumidas por Mezger (1932) en las siguientes frases: "La doctrina jurídico – penal de la acción sólo le interesa saber qué es lo que ha sido causado por el querer del autor, qué es lo que se ha producido como "efecto" del querer. Todos estos efectos son partes integrantes de la acción. Si, y hasta qué punto estos efectos han sido contenido de la conciencia y del querer del actor, carece aquí de relevancia;...este problema no entra en consideración respecto del concepto de la acción... Para constatar la existencia de una acción basta la certeza de que el autor ha actuado voluntariamente. Lo que haya querido es aquí indiferente; el contenido de la voluntad es relevante sólo para el problema de la culpabilidad". Welzel sintetizando las ideas antes expuestas establece que, el concepto causal de acción, con su fraccionamiento de la acción en el proceso causal "externo", por un lado, y el contenido de la voluntad "interno", por otro, parecía satisfacer mejor a la separación exigida por la dogmática entre antijuridicidad y culpabilidad. Pues con esto se podía referir la antijuridicidad al proceso causal externo (a la lesión causal de bienes jurídicos) y la culpabilidad al contenido de la voluntad (la relación anímica del hechor con el resultado). Sobre esta base surgió el sistema Liszt-

Beling-Radbruch, llamado generalmente hoy en día sistema clásico, a pesar de que en realidad provenía de una efímera situación histórica y que reflejaba la situación dogmática en Alemania alrededor de 1900.⁶⁹

En este sentido, es preciso decir que la explicación naturalística del acto u omisión humana, se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre uno y otro se da una relación. De esta suerte podemos decir, que para el causalismo naturalista y en particular para, Liszt, la acción es un factor de orden naturalístico desencadenante de un resultado material, es simple y sencillamente un proceso causal.

A partir de Liszt el sistema causalista señala que los subelementos que integran a su vez al elemento acto, o acción son:

- a) Manifestación de la voluntad, que consiste en la intervención voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (cuando nos hallamos frente a la omisión).
- b) Un resultado, que 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, y
- c) Un nexo causal, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto por la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa y efecto.⁷⁰

En relación a la omisión, ciertamente fue Liszt, el primero en descubrir que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, sino en el terreno del espíritu, en el sentido social del suceder y, en concreto, en el hecho de que el ordenamiento jurídico espera una determinada acción. Sin

⁶⁹ Welzel, Hans, op. cit., pp. 46-47.

⁷⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, op. cit., p. 11.

embargo con ello se había abandonado las bases del concepto naturalístico de acción.

Welzel al hacer una crítica a la sistemática del causalismo naturalista, dice que el error fundamental de la teoría causal de la acción consiste en que no sólo desconoce la función constitutiva, por antonomasia, de la voluntad rectora respecto de la acción, sino que incluso la destruye y convierte en un mero proceso causal desencadenado por un acto de voluntad cualquier (acto de voluntariedad) y sigue diciendo que la eliminación de la voluntad de la acción anticipadora y rectora convierte la acción en un proceso natural carente de sentido, tal como se lo configuraba primitivamente Liszt cuando definió la acción como "modificación material, por insignificante que sea, del mundo exterior, perceptible por los sentidos" y concibió la injuria como "provocación de vibraciones al aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del ofendido".⁷¹

3.2.1.2. TIPICIDAD.

En relación a la tipicidad⁷², Jiménez de Asúa no dice que en la evolución de esta se presentan varias fases, entre las que encontramos, la independiente, la del carácter indiciario de lo injusto y la de la ratio essendi de la antijuridicidad; en tal virtud, y por cuestión de método resulta únicamente necesario precisar en este momento lo relativo a la primera fase o fase de independencia, ya que es precisamente la que se refiere a la sistemática clásica del delito.

⁷¹ Welzel, Hans, op. cit. p. 48.

⁷² Debe decirse que en la construcción dogmática del tipo penal, se deben distinguir con claridad dos fases distintas, las cuales son atribuidas sin lugar a dudas a Beling; la primera aparece en 1906, la cual ciertamente es la que nos interesa en este momento, pues es la que se refiere a la etapa del causalismo naturalista o sistema clásico del delito; la segunda fase se ubica en el año de 1930, en la cual Beling hace un nuevo análisis de su teoría, e introduce nuevos conceptos, como el de "tipo de delito" (Delikttypus) y la "figura rectora" (Leitbild), y para lo cual se sugiere consultar a Luis Jiménez de Asúa, en su Tratado de Derecho Penal, op. cit., pp. 657 y ss.

Esta fase de independencia nos dice el maestro Jiménez de Asúa, es la primera etapa de la tipicidad, tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. "Matar a un hombre" es el tipo del delito de homicidio. Es una mera descripción. Establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que se concreta en la característica del delito llamada antijuridicidad. Finalmente: el juicio que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y de reprochárselo a título de dolo o de culpa, se hace en virtud de la culpabilidad. Pero "el tipo no es valorativo – dice Beling –, sino descriptivo, y pertenece a la ley y no a la vida real".⁷³

En el año de 1906, con la aparición de la "Teoría del Delito", Beling, aportó a los elementos señalados por Liszt el de la "tipicidad", de la acción y creó, además, una sistemática más consistente para los elementos del delito, ya que la tipicidad no pertenece a todas las acciones humanas – antijurídicas y no antijurídicas –, sino sólo a aquéllas que se encuentran legalmente descritas bajo el principio de **nulla poena, nullum crimen sine lege**. Fue Beling, el primero que le dio al tipo penal su función específica en el sistema del delito, consistente en señalar el punto de referencia para el "juicio de antijuridicidad" y para el "juicio de culpabilidad" y en ser el portador de la función político – jurídica de garantía; de ahí que para él, el concepto de delito se edifica en el "tipo", y en la "tipicidad" aparece como concepto fundamental de la teoría del delito. Con base en esto, Beling arribó finalmente, con la suma de otros elementos a su definición de delito, la cual la establece de la siguiente forma: "delito es la acción típica, antijurídica, culpable, colocada bajo la amenaza de una pena adecuada y suficiente a las condiciones de la amenaza penal."⁷⁴

⁷³ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, op. cit., p. 660.

⁷⁴ Moreno Hernández, Moisés, op. cit., pp. 36-37

En este sentido, la teoría del tipo y la tipicidad fue evolucionando, pues Beling, la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. De esta forma Beling propugnaba por que además del respeto a la máxima **no hay pena sin ley** debía consagrarse el principio **no hay delito sin tipicidad**, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque la tipicidad y la antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero darse el caso de que no sea antijurídica. Continúa diciendo el autor, que el tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede del marco de la tipicidad; más aún, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería a la culpabilidad. De esta manera se dice que tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora. Igualmente la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, pues en la tipicidad del acto no se hace referencia al dolo o a la culpa, especies de la culpabilidad.⁷⁵

Ahora bien, sí la construcción de Beling se basa en el concepto causal-mecánico de acción y en la configuración valorativamente neutra y descriptiva del tipo, - referida a ese concepto de acción -, se comprenderá perfectamente que para Beling el tipo sea puramente objetivo. Para Beling el tipo abarca el conjunto de características externas del delito, contenidas en la respectiva disposición legal. El tipo constituye pues una figura objetiva, entendiéndose por objetivo todo aquello que puede ser apreciado sin necesidad de recurrir a una contemplación de la esfera anímica del autor. La relación interna existente entre autor y hecho tipificado, pertenece a la culpabilidad. Beling por un lado, con buen criterio señala que la acción típica constituye el objeto atribuible al sujeto en el juicio de culpabilidad. Por otro, adopta una concepción psicológica de esta última, como

⁷⁵ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, op. cit., pp. 17-18.

relación psíquica entre el autor y la producción antijurídica del tipo. Así se explica que defina al tipo como el objeto a que se refiere el dolo en el artículo 59 del Código Alemán. De ahí entrevé Beling una segunda consecuencia: si el tipo constituye el objeto del dolo, deberán excluirse del mismo toda clase de elementos subjetivos, pues el dolo – lo subjetivo – no puede referirse, salvo que incurramos en una “imagen atormentada”, a elementos subjetivos. En orden a la primera conclusión, derivada de la incorrecta apreciación dogmática, es preciso indicar que el parágrafo 59 del Código Alemán simplemente formula la necesidad de que en los hechos dolosos conozca el autor todas las características contenidas en la ley penal. De ahí no se desprende sin embargo que el dolo constituya un elemento extraño al tipo, ni que el aspecto objetivo de éste agote la totalidad del mismo. La segunda consecuencia sentada por Beling – desestimación de otros elementos subjetivos, distintos del dolo, en el tipo – debe ser rechazada no sólo por ser inadmisibles el principio del que parte, sino además por no derivarse necesariamente de la primera conclusión formulada – configuración del tipo como el objeto de referencia del dolo -. En este sentido, el rechazo de elementos subjetivos en el tipo se desprende, según Beling, de la imposibilidad psicológica que representa el referir el dolo – conciencia y voluntad del hecho – a un ulterior elemento subjetivo. El considerar al tipo como el objeto de conocimiento a que se refiere el parágrafo 59, no representa obstáculo alguno para la admisión de elementos subjetivos en la tipicidad⁷⁶.

Welzel, haciendo algunas observaciones críticas a la teoría del tipo elaborada por Beling, nos dice que al tratar de formular la estructura (trimembre) del delito, en acción típica, antijurídica y culpable, éste decía que el tipo no contiene “ningún juicio valorativo” y esta libre de todo elemento subjetivo-anímico.

⁷⁶ Córdoba Roda, Juan, Una nueva concepción del delito. (la doctrina finalista), Ed. Ariel, Barcelona, 1963, pp. 14-16.

Este último defecto ha quedado corregido con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto y el desarrollo de la doctrina de la acción finalista: el tipo comprende tanto los elementos objetivos, como los subjetivos o anímicos de la acción. Más adelante dice que la constatación de la tipicidad de una acción no es valorativamente neutral; selecciona, más bien, de la multitud de conductas humanas, aquellas que son relevantes para el derecho penal y precisamente en el sentido de que tienen que ser necesariamente antijurídicas o jurídicas, pero nunca "valorativamente neutrales". La afirmación de la tipicidad supone la constatación de la diferenciación valorativa de una acción para el Derecho penal; más incluso: dado que el tipo es la descripción de la materia de la prohibición, la realización del mismo es un "indicio" de la antijuridicidad de la acción. Pero – y en esto tiene razón Beling – la tipicidad no implica todavía la antijuridicidad. Dado que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas (mandatos y prohibiciones), sino que contiene también preceptos permisivos, la realización de la materia de la prohibición no es necesariamente antijurídica, pues puede estar autorizada por un precepto permisivo.

La significación material, independiente, del tipo en el concepto trimembre del delito es, por tanto, la siguiente: el tipo selecciona entre la cantidad innumerable de conductas jurídicamente indiferentes aquella que es relevante para el Derecho penal y está sujeta a una valoración como jurídica o antijurídica. Al describir, al mismo tiempo, materialmente, la conducta relevante para el Derecho penal, hace posible mediante el juego de la prohibición y el precepto permisivo, la constatación inequívoca, de acuerdo con las exigencias del Estado de Derecho, de la antijuridicidad de la conducta. Esta función del tipo, de describir materialmente la relevancia jurídico – penal de una conducta (diferenciación valorativa) y convertirla con ello, en la base para la constatación inequívoca de la antijuridicidad, le asegura la posición de un elemento independiente del delito, previo al juicio de la antijuridicidad y al reproche de la culpabilidad. Este es el sentido permanente de verdad del concepto de tipo de Beling y de la estructura

trimembre del delito de Bebing y Liszt (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a pesar de todos sus defectos, condicionados históricamente.⁷⁷

3.2.1.3. ANTIJURIDICIDAD.

Con relación a la antijuridicidad esta fue entendida como dañosidad social o ataques a los bienes jurídicos. En este sentido, la antijuridicidad, como segunda determinación o adjetivación de la acción, viene a ser su especificación valorativa (primera coloración o inyección de sangre). La antijuridicidad es un elemento entonces objetivo y valorativo. En suma, lo injusto, como concepto que engloba a la acción típica y antijurídica, tiene como carácter fundamental el de la objetividad, es el ámbito de lo subjetivo, ya sea objetivo-descriptivo si se trata de la tipicidad o bien objetivo-valorativo si se trata de la antijuridicidad.⁷⁸

Congruente con lo anterior, Moisés Moreno Hernández, nos dice que en el sistema clásico del delito 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. Es en la afirmación de la antijuridicidad de la conducta, que se da por primera vez la formulación de un juicio de valoración.⁷⁹

Heinrich Jescheck al establecer que el tipo era entendido como descripción puramente externa de la acción y desprovisto de todo valor, cita el ejemplo de la muerte de una persona, que al someter a prueba la antijuridicidad puede resultar justificada como acción de guerra de un soldado, y nos dice que la valoración jurídica de este suceso no podía tener lugar hasta el momento de la antijuridicidad, y ello, en todo caso, desde una perspectiva puramente objetiva y concluye que la

⁷⁷ Welzel, Hans, op. cit., pp. 62-63

⁷⁸ Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p.159.

⁷⁹ Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 38.

relación entre tipicidad y antijuridicidad se agotaba en ser la primera un indicio "de la presencia de una norma prohibitiva".⁸⁰

Welzel considera que la dogmática del Derecho Penal intentó comprender, primeramente (desde 1884), el concepto de lo injusto, partiendo de la distinción: "objetivo" – "subjetivo". A lo injusto debían pertenecer, exclusivamente, los caracteres externos objetivos de la acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad. El fundamento doctrinal de esta concepción era suministrado por la doctrina de la acción causal, que separaba tajantemente la acción, como un mero proceso causal externo, del contenido subjetivo de la voluntad; de este modo se incluyó todo lo "externo" en la antijuridicidad y todo lo "interno" en la culpabilidad. Esta separación se vio además apoyada dogmáticamente por la poca claridad existente en torno al sentido de la "objetividad" de la antijuridicidad. Dado que la antijuridicidad es, según opinión admitida, un juicio desvalorativo "objetivo" (= general), era fácil que surgiera la creencia errónea de que lo injusto (la acción antijurídica) tenía que ser concebido de un modo puramente objetivo, pero en el sentido, completamente diferente, de algo que pertenece exclusivamente al mundo exterior. (continúa diciendo Welzel) Pero si la antijuridicidad se refiere al (supuesto) proceso causal externo, la doctrina dominante tenía que concebir lo injusto, materialmente, como lesión o peligro de un bien jurídico; la culpabilidad aparecía, al contrario, como la relación anímica subjetiva entre el autor y el resultado. Finalmente dice que la doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que rechazamos, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico).⁸¹

⁸⁰ Heinrich Jescheck, Hans, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Vol. I., Ed. Bosch, Casa Editora, S. A., Barcelona, 1978, p. 275.

⁸¹ Welzel, Hans, op. cit., pp. 73- 75.

3.2.1.4. CULPABILIDAD.

Ahora bien, falta todavía hacer una determinación de la acción, esta vez, en relación al contenido de su voluntad, lo cual se logra mediante la culpabilidad, que establece justamente la relación subjetiva psicológica con el hecho típico antijurídico (dolo o culpa). La culpabilidad es pues, el aspecto subjetivo del delito (la segunda coloración o inyección de sangre); el dolo y culpa agotan su contenido, son las dos formas que puede revestir la culpabilidad.⁸²

El concepto de culpabilidad de la estructura clásica del delito reunía, frente a esto, la totalidad de procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollaban en el interior del autor. A partir de ahí, la imputabilidad se concibió como "presupuesto de la culpabilidad", el dolo y la imprudencia se entendieron como "formas" o "especies" de la culpabilidad, y el estado de necesidad se incluyó como "causa de exclusión de la culpabilidad". La conciencia de la antijuridicidad se reclamó como elemento de la culpabilidad por un sector de la doctrina con la misma decisión con que otro sector la rechazó. Faltaba todavía un concepto de culpabilidad materialmente determinado y, así, quedó sin resolver la cuestión de cómo sus elementos particulares podían reunirse en una unidad de sentido. La ciencia tuvo que conformarse, de momento, con su enumeración bajo el rótulo de lo "subjetivo" (concepto psicológico de culpabilidad).⁸³

En efecto, la influencia de la corriente naturalista condujo al desarrollo del "concepto psicológico de culpabilidad", y por ende para determinar la culpabilidad del sujeto se establecía cuál había sido la relación de causalidad psíquica, también llamado nexo psicológico, entre el autor y la producción antijurídica del tipo, es decir, el resultado; en ese sentido se pronunció Von Liszt al afirmar: "la relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológica."

⁸² Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p. 160.

⁸³ Heinrich Jescheck, Hans, op.cit., p. 275.

De esta guisa, si había identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado, es decir si el autor había conseguido provocar el resultado deseado, su culpabilidad era dolosa, la cual se consideraba "la especie más perfecta de culpabilidad, pero no supone la relación Psíquica completa entre el hecho y su autor." En cambio, a la culpa se le consideraba como una conexión psíquica imperfecta con el hecho.

La concepción antes descrita, sustentada en razones no sólo filosóficas sino políticas, llevaron al sistema clásico a la denominación de **dolus malus** cuyos elementos, en resumen, eran: "a) el conocimiento y la voluntad de los hechos, y b) la conciencia de la significación antijurídica (conocimiento del Derecho)". De ahí que para Beling " el dolus significaba reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente", en consecuencia "no solo no existe el dolo que interesa cuanto el autor, con respecto a la ilicitud en general, no estuviese en actitud dolosa, sino que no lo hay cuando, dándose tal dolo "genérico", no tenga el autor la dirección específica orientada a la realización del delito-tipo correspondiente (p. ej. Cuando consciente e ilícitamente ha hecho un disparo).⁸⁴

Finalmente, podemos decir como acertadamente lo refiere Zaffaroni que el concepto de culpabilidad como relación psicológica no sirve para explicar la culpa inconsciente y, por ello, algunos pensaron que la culpa inconsciente no es un problema del derecho penal, lo cual considera que es insostenible. Por otra parte, este concepto de culpabilidad se encuentra enfrentado con un serio problema: el enfermo mental, por ejemplo, actúa con una relación psicológica, de modo que no podría negarse la exigencia del delito en su conducta. Consideramos que en este particular del enfermo mental, ciertamente persiste la existencia del delito, pero sin la imposición de una pena, por tratarse de un inimputable.

⁸⁴ Díaz Aranda, Enrique, Dolo (Causalismo-Finalismo y la Reforma Penal en México), 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 9-11

Bajo el cuadro protagónico antes descrito, podemos concluir, que a la acción se le coloca como el concepto superior de la sistemática; luego lo injusto (o acción injusta) en lo objetivo, y en él se da un aspecto objetivo-descriptivo, que es la tipicidad, y, un aspecto objetivo-valorativo, que es la antijuridicidad. La culpabilidad es en el ámbito de lo subjetivo.

En relación a la culpabilidad podemos decir, que se le entendió desde el punto de vista de la teoría psicológica, sus principales postulados son los siguientes:

- 1.- Relación hecho – autor.
- 2.- Vínculo subjetivo y objetivo.
- 3.- El dolo y la culpa constituyen:
 - a) Relación psíquica entre el autor y su hecho.
 - b) Especies de la culpabilidad.
- 4.- Conexión de causalidad psíquica implica culpabilidad
- 5.- Imputabilidad como presupuesto de culpabilidad.

Podemos decir también, que el concepto de delito para el sistema clásico, se establece de la siguiente forma:

“Conducta típica, antijurídica y culpable (algunos siguieron conservando la punibilidad).”

La estructura del delito quedó de la siguiente manera:

(Modelo de Fran Von Liszt):

- a) **Conducta**, entendida como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.
- b) **Antijuridicidad**, entendida como causación de un resultado socialmente dañoso.
- c) **Culpabilidad** entendida como relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o de culpa.
- d) **Punibilidad**, entendido como sometimiento a pena de lo anterior.

(Modelo de Ernst Von Beling):

- a) **Conducta**, entendida como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.
- b) **Tipicidad**, como prohibición de la causación de un resultado.
- c) **Antijuridicidad**, entendida como contradicción entre la cuasación del resultado y el orden jurídico.
- d) **Culpabilidad**, entendida como relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o de culpa.

3.2.2. ESTRUCTURA Y CONCEPTO DE DELITO EN EL SISTEMA NEOCLÁSICO.

Los cambios conceptuales en la transición del sistema clásico al sistema neoclásico fueron realizados no sólo para superar las críticas realizadas al primero, sino también por la influencia filosófica de la época. El concepto de delito en el sistema Liszt/Beling/Radbruch, fue sumergido en Alemania, en un proceso de transformación desde la primera década del siglo XX por la dogmática posterior; que fue caracterizado como "sistema teleológico" y que estuvo esencialmente determinado por la "teoría del conocimiento" de la escuela neokantiana sudoccidental alemana. Esta aportación, junto al método "científico causal" de la ciencia natural, un método "científico intelectual" (espiritual) propio, que comprende y enjuicia los sucesos en atención a los fines y valores. Sin embargo, como dice Welzel, esta nueva corriente, que también es conocida como "filosofía de los valores" o escuela de Baden Baden, no es más que una continuación del positivismo que influyó en la dogmática anterior.

3.2.2.1. ACCIÓN.

La nueva dogmática sometió uno tras otro a un proceso de transformación todos los elementos del concepto clásico de delito. La reforma empezó por el concepto de acción, que, entendido naturalísticamente, era el que en menor medida se avenía con un sistema del Derecho Penal referido a valores. Las dificultades que presentaba la teoría de la acción se intentaron resolver por distintos caminos. Por una parte, se debilitó el concepto de acción mediante el recurso al concepto de comportamiento, que se entendió como actuación de la voluntad humana en el mundo exterior. La acción pasaba a ser, según esto, "comportamiento voluntario", "realización de voluntad", "comportamiento espontáneo" o, sencillamente, "comportamiento humano" (concepto causal de acción). Por otra parte, se creyó poder prescindir del propio concepto de acción e

iniciar la estructura del delito por la tipicidad. El concepto social de acción de Eb. Schmidt, desarrollado ocasionalmente, supone ya el paso a un momento de evolución posterior: **la acción se concibió como “fenómeno social en su sentido de actuación de la realidad social”**.⁸⁵

El primero que atacó el sistema causalista naturalista fue Radbruch, quien expresó que no existía un concepto superior y, consecuentemente tampoco tal ordenamiento piramidal del delito, ya que acción y omisión serían realidades completamente diferentes: “ Así como es de verdadero que un concepto y su opuesto contradictorio, que positivo y negativo, que a y no –a no pueden ser colocados bajo un común concepto superior, del mismo modo es verdadero que la acción y la omisión tienen que permanecer independientes, una junto a otro”. En todo caso, el propio Radbruch plantea que para superar esta contradicción y dado que lo importante es esa acción naturalística, hay que colocar como concepto fundamental de la teoría del delito a la realización típica.⁸⁶

Por su parte, Enrique Díaz Aranda al abordar el tema de la acción dentro de la concepción objetivo – valorativa nos dice que a partir de la inclusión de conceptos valorativos, Mezger conceptualizó la acción como imputación, al señalar: “sólo lo que es imputable es acción, y lo que es acción es también imputable... la imputación es el juicio por el que se expresa que el acto es una acción”. Sin embargo, más adelante Mezger se retracta de sostener ese concepto – valor por considerarlo insostenible.

⁸⁵ Ibidem, p. 278.

⁸⁶ Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p. 160.

A este respecto, si bien es cierto que el sistema neoclásico mantuvo a la teoría causal de acción como eje de análisis de la conducta típica, también lo es que incluyó un matiz valorativo, el cual se puede observar claramente en la teoría de la relevancia, en palabras de Mezger: "con arreglo a la teoría correcta también es causa en Derecho Penal, por tanto, causal en orden al resultado, toda condición que no puede ser suprimida *in mente* sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto. Pero sólo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal. Pues aún en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir, importante jurídicamente."

En este contexto, de teorías causales de acción modificadas, se expuso la teoría de la adecuación creada por Von Bar y posteriormente desarrollada por J.V. Kries, la cual establece: "Entre las condiciones que cooperan a la producción del resultado destacan algunas que son generalmente "apropiadas" (adecuadas) para la producción de un resultado de la índole del que en cuestión se trata, y de las que puede decirse, según nuestra experiencia deducida de la observación de los hechos de la vida *tienden de modo general a producir resultados de dicha índole*. "En tal caso se puede denominar adecuado a la causación e igualmente es lícito hablar, en contraste a esto de una causación no adecuada o fortuita cuando, faltando tal conexión general (tendencia general en la condición), sólo respecto a un caso aislado y concreto es posible decir que dicho resultado no hubiera aparecido si no hubiera tenido lugar una cierta acción antijurídica". En resumen, de acuerdo con esta teoría sólo se consideraría como acción para efectos penales aquella que generalmente es apropiada para producir el resultado típico, con lo cual quedaba inserto un elemento valorativo a través del cual se pudiera establecer cuando una causa es adecuada para producir un resultado y se dejaba atrás el criterio puramente objetivo-causal.

Al igual que en el sistema clásico la acción debía ser voluntaria y se continuaba reservando a la culpabilidad el fin perseguido por el autor; esta división de análisis sistemático, lo delimito Mezger como sigue: "la teoría de la acción y la teoría de la culpabilidad descansan ambas en el querer del autor. Pero mientras que a la acción pertenece todo lo que es efecto del querer a la culpabilidad sólo corresponde lo que, siendo efecto de querer, es , al mismo tiempo, contenido (contenido de la representación) del querer. Hoy aparece firme de modo incontestable que sólo lo representado puede ser contenido del querer y que lo no representado tampoco puede ser querido".⁸⁷

3.2.2.2. TIPICIDAD.

En el ámbito de la tipicidad, Heinrich Jescheck nos dice que, tuvieron lugar cambios importantes. La concepción puramente descriptiva y libre de valor del tipo resultó hondamente afectada por el descubrimiento de los elementos normativos, que requieren la atribución de un contenido de valor para alcanzar un sentido susceptible de aplicación. De otra parte, el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo hizo insostenible la concepción del tipo puramente objetiva y únicamente determinada por factores pertenecientes al mundo exterior. Sobre el particular , el autor nos ilustra con un ejemplo, cuando dice: "En el supuesto de que un estudiante tome un libro de la Facultad de Derecho con el fin de devolverlo al día siguiente, faltará el ánimo de apropiación y, con él, el tipo de hurto. Admitir un concepto de hurto puramente objetivo, independiente de ánimo de apropiación, carecería de sentido, pues sólo realiza el tipo de injusto de hurto el que persigue la lesión del patrimonio ajeno, y no quien sólo tiene en mente la privación temporal de la posesión. Por ello, el ánimo de apropiación no solo pertenece a la culpabilidad, sino al propio tipo de hurto."⁸⁸

⁸⁷ Díaz Aranda, Enrique, op. cit., pp.21-23

⁸⁸ Heinrich Jescheck, Hans, op. cit., pp. 278-279.

Las transformaciones no sólo se produjeron en relación a la distinción objetivo y subjetivo, sino también respecto de la separación descriptivo y valorativo. El propio Max Ernest Mayer destacó la existencia de elementos normativos en el tipo, esto es, que el tipo no era meramente descriptivo, sino que dentro de las circunstancias que contenía había algunas que no podían comprenderse sino desde un punto de vista valorativo, como es el caso de "buenas costumbres", "funcionario público", etc.⁸⁹

Mezger considera como elemento normativo del tipo todo aquel que para ser determinado requiere de una previa valoración. Mientras que los elementos típicos subjetivos y objetivos se refieren a aquellas partes integrantes del tipo penal fijadas por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos, corporales y anímicos, y, en consecuencia han de ser constatados caso por caso por el juez, cognoscitivamente, en los elementos típicos "normativos" se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Señala además que dichos elementos normativos, exigen una valoración jurídica o cultural.⁹⁰

El descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo constituye una consecuencia de la admisión de una concepción material del injusto, derivada de la recepción de la filosofía de los valores en el Derecho penal. La aparición de los elementos subjetivos, primero en la antijuridicidad y posteriormente en la tipicidad, resulta exclusivamente de la nueva naturaleza atribuida al tipo. La introducción de estos elementos no se deriva de un cambio en la configuración de lo óntico – de la acción – sino tan sólo de una mutación en la consideración de lo conceptual – del tipo.

⁸⁹ Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p. 161.

⁹⁰ Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, op. cit., pp. 45-46.

La admisión expresa de los elementos subjetivos se produce por primera vez en la doctrina civil gracias a Fischer. Según él, aún cuando no corresponda al Derecho llevar a cabo una función de policía sobre los pensamientos, es evidente que en múltiples manifestaciones del Derecho positivo, la determinación del injusto depende de la concurrencia de ciertos elementos subjetivos. Según Hegler, los tipos tienen por objeto descubrir lo dañoso socialmente. En todos aquellos casos en los que el carácter socialmente dañoso de una conducta dependa de elementos subjetivos, deberán incluirse pues estos elementos en el tipo; así, el ánimo de apropiación – de lucro – es indispensable para que la conducta externa de tomar sea socialmente lesiva.⁹¹

Mayer es precisamente quien, expone la segunda etapa de la teoría de la tipicidad; no considera al tipo como mera descripción, sino que estima posee un valor indiciario de otras características del delito, especialmente respecto de la antijuridicidad.; en este sentido al reconocer a la tipicidad un papel indiciario respecto de la antijuridicidad, la considera en consecuencia como el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad, es decir "ratio cognoscendi" de lo antijurídico.

Por otra parte Mezger, al establecer su definición de delito como, acción típicamente antijurídica y culpable, indica con toda claridad el fundamento de su teoría. En la concepción Mezgeriana, la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que ratio cognoscendi de la antijuridicidad, constituye la base real de ésta, su ratio essendi; Mezger señala que la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, ya que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero, en cambio, es esencial a la antijuridicidad la tipificación.⁹²

⁹¹ Córdoba Roda, Juan, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

⁹² Márquez Piñeiro, Rafael, *op. cit.*, pp. 168 – 170.

En este sentido podemos decir, como acertadamente lo estima Moisés Moreno Hernández, que el tipo aparece ahora, ya no como mera descripción "libre de valor" de un suceso cualquiera, sino como "**descripción legal de la lesión (típica) del bien jurídico**"; como medio o recurso del legislador para distinguir los elementos del injusto característicos para todos los tipos delictivos y, con ello, de simple indicio de la antijuridicidad (ratio cognosendi), se transforma en portador (ratio essendi) del injusto delictual.

3.2.2.3. ANTIJURIDICIDAD.

Junto al cambio de la concepción del tipo, tuvo lugar, también, una profunda revisión de la teoría de la antijuridicidad. Si hasta entonces ésta se había contemplado como oposición formal a una norma jurídica, se dedujo ahora de la finalidad de los preceptos penales que era preciso concebir en el injusto de forma material, como dañosidad social. El punto de vista material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la lesión de intereses. En caso de que, en realidad, falte toda lesión de intereses, el hecho no podrá ser antijurídico. Fue posible, así, con ayuda de la teoría de la antijuridicidad material, el desarrollo de nuevas causas de justificación más allá de los supuestos legalmente previstos, por ejemplo, el estado de necesidad supralegal⁹³, que responde a la consideración de que, si no hay otro remedio, es útil socialmente la salvación de un bien jurídico de superior valor a costa de otro menos valioso.⁹⁴

⁹³ Al referirse a la teoría de las causas de justificación "supralecales", Raúl Zaffaroni nos dice que estas surgen debido a la carencia de Código Penal en Alemania en 1871, y en tal virtud se considero necesario construir una teoría de las causas de justificación supralecales, particularmente en lo tocante al estado de necesidad justificante; sin embargo señala que dicha teoría ha sido abandonada en su país porque resultó totalmente innecesaria, ya que en su Código Penal se encuentran perfectamente estructuradas las causas de justificación; lo cual resulta aplicable también para nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano, pues el artículo 15 del Código Penal Federal delimita también dichas causas de justificación.

⁹⁴ Heinrich Jescheck, Hans, op. cit., p. 279.

El doctor Raúl Plascencia Villanueva nos dice que , en el siglo pasado los clásicos refieren a la antijuridicidad con referencia exclusiva al aspecto objetivo derivado de la acción y emanada de la división de la estructura del delito en objetiva y subjetiva, perteneciendo la antijuridicidad a la primera. Como consecuencia de las ideas neokantistas, la antijuridicidad dejó de ser simple descripción externa de las características del delito, atribuyéndole elementos valorativos, lo cual transformó a la antijuridicidad en un desvalor sobre la acción a partir de elementos subjetivos que califican a la acción, y a falta de los cuales la acción no puede existir. Con la antijuridicidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o bien jurídico, de ahí que se afirme como contenido de la antijuridicidad material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con ausencia de causas de justificación.⁹⁵

Se define materialmente a la antijuridicidad como "lesión objetiva de intereses" o "daño social", y se transforman los tipos en "tipos de injusto" – injusto se emplea aquí como equivalente a la antijuridicidad - . La consideración de que el carácter socialmente dañoso de una conducta pueda depender del concurso de elementos subjetivos, conduce a incluir estos elementos en la antijuridicidad y en el tipo.⁹⁶

Contraria a la concepción del causalismo naturalista, ahora para el sistema neoclásico, lo injusto no sólo es objetivo, sino también valorativo y por excepción, contiene momentos subjetivos; por eso la antijuridicidad es objetiva, valorativa, pero también con momentos subjetivos en las causas de justificación (por ejemplo el conocimiento de la agresión en la legítima defensa).

⁹⁵ Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del Delito, op. cit., pp. 134-135.

⁹⁶ Córdoba Roda, Juan, op. cit., p. 26.

3.2.2.4. CULPABILIDAD.

En virtud de las críticas a la teoría sicologista de la culpabilidad, surgió la teoría normativista propiciada por las ideas de Frank (1907), Goldschmidt (1913 y 1930), Freudenthal (1922), y Mezger (1931), las ideas formuladas desde principios de siglo en oposición a la teoría sicologista, transformaron a la culpabilidad en un juicio de valor, entendido como reprochabilidad.⁹⁷

También la teoría de la culpabilidad sufrió modificaciones en la concepción teleológica del delito. En este aspecto, a Frank se debe el descubrimiento decisivo. Vio la culpabilidad en aquella formación de la voluntad contraria al deber que puede reprocharse al autor: "Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo efectuado" (concepto normativo de culpabilidad). A partir de ahí, encontraron fácil respuesta las cuestiones que había dejado sin resolver el concepto psicológico de culpabilidad: pese a la presencia de un hecho doloso, el reproche de culpabilidad desaparece en caso de incapacidad de culpabilidad, pues no puede exigirse al enfermo mental una formación de su voluntad ajustada a derecho. Pese a la presencia de capacidad de culpabilidad y dolo, debe negarse el reproche de culpabilidad en el estado de necesidad, puesto que el ordenamiento jurídico no requiere un comportamiento heroico cuando la vida se halla en peligro actual no conjurable de otro modo. En la imprudencia, el reproche de culpabilidad no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, sino contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado.⁹⁸

⁹⁷ Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del Delito, op. cit., p. 164.

⁹⁸ Heinrich Jescheck, Hans, op. cit., p. 280.

Reinhart Frank fue el primero que puso de manifiesto las insuficiencias del concepto psicológico de culpabilidad, criticó que el concepto de culpabilidad fuera entendido simplemente como la suma de "dolo" y de "culpa", es decir, como relación psicológica del autor con su hecho, y como incomprensible que se considerara, no obstante, al estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad, y afirmó en cambio, que el concepto de culpabilidad es un concepto complejo, y que entre sus partes integrantes (elementos) se encontraban, además del dolo y la culpa, también la "imputabilidad" y las "circunstancias concomitantes" al hecho; afirmó, asimismo, que la ausencia del "estado de necesidad" – al ser entendido como "causa de inculpabilidad" – no podía permanecer fuera del concepto de culpabilidad, sino que debía sumarse a ella. Y, al buscar un concepto en que pudieran encerrarse todos los elementos mencionados, no encontró otro mejor que el de "reprochabilidad": "culpabilidad es reprochabilidad".⁹⁹

Podemos decir, que el análisis de Frank parte de la consideración de que delimitar el concepto de culpabilidad no solo a las referencias psíquicas del autor, como lo hizo la teoría anterior, ya que dice, hay otras circunstancias que influyen en la medición de la culpabilidad y que son independientes del dolo y la culpa. En este sentido pone el siguiente ejemplo: " El cajero de una empresa y un cartero repartidor de valores cometen defraudación cada uno por su lado. El primero tiene una buena situación y carece de familia; pero tiene amantes dispendiosas. El segundo se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños". En este sentido, Frank nos dice que si bien ambos saben que se apoderan ilícitamente de dinero ajeno, de manera que en cuanto hace al dolo no media diferencia alguna, todo el mundo dirá que al cajero le alcanza mayor culpabilidad que al cartero. Así, la culpabilidad del segundo es disminuida por las circunstancias desfavorables en que se encontraba, mientras que la del primero, por el contrario, es agravada por su buena situación económica y sus inclinaciones lujosas. Continúa diciendo el autor que, para medir la culpabilidad, trae a cuenta factores que están fuera del dolo, y si pensáramos en un caso en el cual no se

⁹⁹ Moreno Hernández, Moisés, op. cit., pp. 39-40.

tratará de dolo sino de imprudencia, también veríamos que la falta de prudencia, la imprevisión es valorada más severa o benignamente según las circunstancias concomitantes.¹⁰⁰

Goldschmidt y Freudenthal desarrollan con posterioridad las ideas de Frank. Para el primero, a cada norma jurídica de la conducta externa corresponde una norma de deber conforme a la cual debe el autor orientar su conducta interna. La infracción de esta norma constituye la culpabilidad; el sujeto habrá infringido esta norma siempre que, por razón de las circunstancias concurrentes, le fuera exigible la adecuación de su conducta al Derecho; en los casos en los que, por razón de esas circunstancias, no pudiera acomodar su comportamiento al orden jurídico, dejará de serle exigible una conducta conforme a Derecho. La aportación de Freudenthal estriba en haber destacado que la exigibilidad constituye un requisito general de la culpabilidad, de tal suerte que la no exigibilidad motiva, pese a la concurrencia de dolo o culpa, la exclusión de esta característica del delito.¹⁰¹

Juan Bustos, nos dice que Goldschmidt distingue entre norma jurídica y norma de deber; la norma jurídica dice relación con lo injusto, es el carácter objetivo y general, la norma de deber tiene relación con la culpabilidad, es de carácter subjetivo e individual. El elemento normativo de la culpabilidad es justamente la contravención al deber. La culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es su posibilidad de reconducirlo a motivación reprobable (valorativamente objetable); y agrega: "Pues esta consiste en no dejarse motivar, objetable valorativamente, de la voluntad por la representación del deber".

Por otra parte el autor nos dice que, en relación a Freudenthal, éste plantea que para cubrir el espacio entre culpabilidad e inculpabilidad hay que recurrir al principio general de la exigibilidad. La culpabilidad es la desaprobación de que el

¹⁰⁰ Reinhard Frank, Estructura del concepto de culpabilidad, Trad. Sebastián Soler, Ed. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1966, pp. 13-14.

¹⁰¹ Córdoba Roda, Juan, op. cit., pp. 28-29.

autor se haya comportado así, cuando hubiere podido y debido comportarse en forma diferente.

Finalmente señala Juan Bustos que, Mezger es el gran difusor, sobre todo en el mundo hispanoamericano, de la teoría normativa de la culpabilidad, y también quien pretende dar una visión sintética de ella. La culpabilidad es para él tanto un determinado contenido cuanto también un juicio de valor sobre ese contenido; es, pues, su reprochabilidad; sus componentes son: la imputabilidad – que no es entonces un presupuesto de ella –, una determinada relación psicológica del autor con el hecho – dolo o culpa- y la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad (es decir, tanto las circunstancias acompañantes, la motivación normal o la exigibilidad no aparecen en forma positiva como una característica de la culpabilidad, sino en forma negativa, como exclusión de la culpabilidad.¹⁰²

Surge así la concepción normativa de la culpabilidad; y en este sentido, Mezger, nos dice que “la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente.” En otras palabras, la culpabilidad es un juicio de reproche por la realización de un hecho antijurídico en condiciones bajo las cuales se puede exigir el comportamiento conforme a Derecho. En este sentido nos sigue diciendo el autor, que en los inicios de la concepción normativa de la culpabilidad, el dolo y la culpa dejan de ser especies de la culpabilidad y pasan a ser considerados como elementos de la misma, así lo manifestó Mezger: “la teoría moderna reconoce por ello, con razón, que el dolo y la culpa son tan sólo “elementos de la culpabilidad”, sólo “formas de la culpabilidad”, pero “no especies de la culpabilidad”, y que al lado del dolo y, respectivamente, de la culpa,

¹⁰² Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p. 359.

pertenece a la "culpabilidad" la imputabilidad del autor y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad".¹⁰³

Por virtud de lo anterior, podemos decir que con el sistema neoclásico se sometieron a revisión múltiples concepciones del sistema anterior, relativas a la estructura del delito. Ahora, lo injusto no sólo es objetivo, sino también valorativo y en algunas ocasiones con elementos subjetivos; por eso la tipicidad es objetiva, descriptiva, valorativa y con momentos subjetivos (excepcionalmente), la antijuridicidad es objetiva, valorativa, pero también con momentos subjetivos en las causas de justificación. La culpabilidad por su parte es el ámbito propio de lo subjetivo, pero también es valorativa. En este sentido, es evidente que lo valorativo se involucra ya en toda la estructura del delito.

En relación a la culpabilidad podemos decir, que se le entendió desde el punto de vista de la teoría normativa y sus principales postulados son:

- 1.- La culpabilidad como juicio de valor.
- 2.- El dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.
- 3.- Requiere de la presencia de:
 - a) Imputabilidad como capacidad de culpabilidad;
 - b) El dolo y la culpa;
 - c) Ausencia de causas de exculpación.
- 4.- Mantiene el sentido sistemático del causalismo.

¹⁰³ Díaz Aranda, Enrique, op. cit., pp. 29-30.

En relación al concepto de delito, éste se define principalmente por Mezger de la siguiente forma:

“acción típicamente antijurídica y culpable.”

De acuerdo con esta definición, al principio está la “acción”, como hacer y omitir; enseguida la “antijuridicidad”, en la que se comprende la “tipicidad”. La antijuridicidad es injusto objetivo que, sin embargo, se conforma también de elementos subjetivos del injusto, y es demostrada como “injusto típico”; de ahí que Mezger diga que “el delito es acción antijurídica, pero al mismo tiempo, y siempre típicamente antijurídica”.¹⁰⁴

La estructura del delito quedó de la siguiente forma:

- a) **Conducta**, entendida como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.
- b) **Tipicidad**, como prohibición de la causación de un resultado que eventualmente también toma en cuenta elementos subjetivos.
- c) **Antijuridicidad**, entendida como contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico (se habla de dañosidad social).
- d) **Culpabilidad**, entendida como reprochabilidad, pero conteniendo también al dolo y a la culpa.

¹⁰⁴ Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 43.

3.2.3. EL SISTEMA FINALISTA.

A manera de introducción y siguiendo con nuestra visión retrospectiva, debemos decir que el sistema anterior, basado en la llamada filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana, llevó al positivismo jurídico a un período de decadencia, como consecuencia de la experiencia nacionalsocialista, y en tal virtud a una revisión crítica de la filosofía jurídica neokantiana.

Al respecto Cerezo Mir nos dice, que la filosofía jurídica fundamentada en la filosofía de los valores, quiso superar el problema del positivismo jurídico, pero no pudo conseguirlo. En realidad, la filosofía de la escuela sudoccidental alemana vino a complementar únicamente el derecho positivo con una nueva esfera de valoración. El derecho positivo se vio complementado por un criterio valorativo: la idea del derecho, con sus tres elementos integrantes de la justicia, la seguridad jurídica y la utilidad. Debajo de esta esfera valorativa seguía vivo, sin embargo, el concepto positivista de derecho. “El que puede imponer el derecho demuestra con ello que está llamado a establecerlo”, decía Radbruch en su Filosofía del derecho, invocando a Kant.¹⁰⁵

En esta tesitura Weizel, señala que la situación del derecho penal y de la ciencia del derecho penal está determinada por la tarea de hacer un balance de los problemas que nos han legado los regímenes totalitarios. El derecho penal del nacionalsocialismo se caracteriza como extremadamente utilitario y naturalista. “Justo es lo útil al pueblo”, “la pena es un medio de limpieza biológica del pueblo”; estos fueron los principios fundamentales del derecho penal nacionalsocialista. Ante este panorama por demás degradante para los sujetos implicados en el drama penal, Weizel nos dice, que la misión principal del derecho penal no es, como creyó la teoría anterior, de indole preventivo, sino, ético – social.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Villa Alzate, Guillermo, Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito, Ed. Temis, Colombia, 1991, p. 68.

¹⁰⁶ Weizel, Hans, La teoría de la acción finalista, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951, Trad: Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, pp. 9 y ss.

Fue a partir de la década de los treinta, cuando la formulación del esquema de la teoría de la acción final comienza a redondearse por obra de Hans Welzel, quien vuelve decididamente al esquema aristotélico¹⁰⁷, a partir de la afirmación de que la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin. No dejan de ponderarse las aportaciones de Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna a la sistemática de la acción final, las cuales anteceden a las formulaciones hechas por Welzel y que serán abordadas a continuación.

3.2.3.1. ALEXANDER GRAF ZU DOHNA.

Graf zu Dohna,¹⁰⁸ parte en su estudio, del examen de la acción, y señala que esencial para la acción, es la realización de la voluntad. Y ello, hasta el punto de que en aquellos supuestos en los que lo penal toma como punto de partida un hecho no querido, determinante de un resultado lesivo (v. gr., el caso de la madre que en su sueño agitado ahoga al hijo), existirá un delito pero no una propia acción. Al tratar la tipicidad distingue entre tipo objetivo y tipo subjetivo. Así como el objetivo está constituido por la ejecución o no ejecución de una acción, el tipo subjetivo lo está por la presencia o falta de dolo. Del mismo modo que la omisión se agota lógicamente en la negación de la acción, cobrando sólo relevancia por la valoración a que se somete, la ausencia de dolo adquiere significado por la desaprobación del ordenamiento jurídico. La tipicidad refiere a la acción, ofrece el

¹⁰⁷ Recuérdese que Welzel reconoce, que no es el primero que ve en la voluntad un factor esencial de la acción humana convirtiéndola en fundamento de imputación de resultados. Además debe decirse que Aristóteles fue el primero que planteó la cuestión de por qué un suceso puede serle atribuido o no a alguien, pero lo hace desde el punto de vista de la moral y no del derecho. Según este filósofo, sólo pueden ser calificadas de buenas o malas aquellas acciones reconducibles a la voluntad humana, voluntad libre, puesto que el hombre tiene la capacidad, dada su naturaleza racional, de reflexionar acerca de los pros y contras de su comportamiento. Las acciones no libres no pueden serle atribuidas a su autor ni como alabanza ni como reproche. De la misma forma, Pufendorf, afirma que la característica esencial del hombre, con los demás objetos del mundo, es la razón. Sus movimientos pueden producir modificaciones en el mundo exterior, pero gracias a la voluntad humana que los dirige y adquieren sentido para el sujeto actuante.

¹⁰⁸ Véase a Graf Zu Dohna, Alexander, La Estructura de la Teoría del Delito, Trad. Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1958.

objeto de la valoración de la antijuridicidad y culpabilidad. Y, aun cuando la oposición entre antijuridicidad y culpabilidad no se corresponda con la existencia entre lo objetivo, y lo subjetivo, la antijuridicidad estriba en la valoración del tipo objetivo, y la culpabilidad en la del subjetivo. También para Dohna el conocimiento del dolo se agota en la representación de las características de este último, el conocimiento de la contrariedad al Derecho, no pertenecerá al dolo sino a la culpabilidad.¹⁰⁹

Para Dohna había que distinguir entre valoración del objeto y objeto de valoración; como la culpabilidad es valoración, no puede ser al mismo tiempo objeto de valoración, luego el dolo no puede pertenecer a la culpabilidad: lo que se valora es justamente la acción dolosa; en cambio, la culpa la consideró como valoración ante la "no presencia" de dolo, por existir un error sobre las circunstancias del tipo. Con esto, se teñía de subjetividad a la tipicidad y entonces los llamados elementos subjetivos del tipo no aparecían como simplemente injertados, sino como momentos normales del aspecto subjetivo del tipo. Por otra parte, de este modo la culpabilidad aparecía solo como un reproche, como puramente valorativa, ya que la relación psicológica del dolo – la única para Dohna, ya que la culpa era valoración- no pertenece a la culpabilidad, sino a la tipicidad.¹¹⁰

Las aportaciones de Alexander Graf zu Dohna al estudio de la culpabilidad, se constituyeron como críticas metodológicas al sistema neoclásico y sirvieron de sustento a la posterior teoría final de la acción, pues en palabras del mismo Welzel, dio paso decisivo hacia la comprensión de que en el juicio de la culpabilidad, lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una valoración; separó tajantemente la valoración (reprochabilidad) y el objeto de la misma (dolo) y redujo el concepto de

¹⁰⁹ Córdoba Roda, Juan, op. cit., pp.44-45.

¹¹⁰ Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p.164.

culpabilidad a la valoración del objeto. Siguiendo el camino iniciado por Dohna, la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, sin lugar apropiado, como una especie de la voluntad final de acción, en el tipo (subjetivo) de los delitos dolosos. En efecto, de acuerdo con Graf zu Dohna la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos psicológicos como el dolo, pues dichos elementos se pueden dar o no dar y por tanto su análisis se debe realizar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en el cual sólo se determinará si esos nexos son o no reprochables.

En ello consiste la diferencia entre el "objeto de la valoración" y la "valoración del objeto".¹¹¹

Graf Zu Dohna, define al delito como: la trasgresión culpable de la norma. Considera que el delito al ser concebido como un enfoque dual puede entenderse como la inobservancia de la norma contenida en el ordenamiento jurídico, que contiene una amenaza de imposición de pena. Una vez definido el concepto de delito, afirma que sus elementos son: acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Haciendo notar que hace falta, la presencia de elementos que nos lleven a determinar qué conductas deben ser susceptibles de subsumir en el ámbito penal, denominando a esto, adecuación típica de la acción realizada. Dohna es el primero en colocar el dolo en el tipo; entiende al tipo como tipo de acción y el dolo como dolo de tipo, trasladando a la conciencia de la antijuridicidad a la culpabilidad y no al tipo subjetivo por lo que, el error de prohibición excluye a la

¹¹¹ Díaz Aranda, Enrique, op. cit., p.42.

culpabilidad, sin excluir el dolo. Sus aportaciones fueron importantes en la construcción del finalismo, ya que aportó la división del tipo objetivo y subjetivo.¹¹²

3.2.3.2. HELLMUTH VON WEBER.

Partiendo de un examen de las conductas tipificadas como delitos, se percató 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.

Un ejemplo del primer grupo de delitos lo ofrece el homicidio al incriminar la conducta de matar, uno del segundo, la caza furtiva al sancionar el comportamiento de perseguir a la pieza; mientras que matar equivale a causar la muerte, para apreciar la segunda conducta típica deberá averiguarse si la actividad del sujeto estaba dirigida al cobro de la pieza. De ahí se deriva, para la dogmática penal, el reconocimiento de que 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 punición el comportamiento dirigido a un resultado. La conducta puede pues ser configurada como antijurídica de modo objetivo o subjetivo; en el primer caso existirá Derecho penal de resultado; en el segundo, de la voluntad. También en el tipo subjetivo se somete a punición un comportamiento exterior. Pero la conducta penalmente incriminada sólo podrá ser aprehendida atendiendo a la voluntad del autor. El contenido de esta última, configura el comportamiento exterior como típico. Ahora bien, si situamos el actuar doloso en la antijuridicidad, extrayéndolo del ámbito de la culpabilidad, y rechazamos el principio de que todo lo objetivo pertenece a la antijuridicidad, y lo

¹¹² Daza Gómez, Carlos, Evolución doctrinal del finalismo, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLVI, Núms. 209-210, Ed. UNAM, Septiembre-Diciembre, México, 1996, pp. 62-63.

subjetivo a la culpabilidad, deberemos contestar a la cuestión, apuntada por Von Weber, de qué debemos entender por culpabilidad. El objeto de reproche, integrante de esta última, resulta de la antijuridicidad. Nosotros reprochamos al sujeto el que se haya comportado contrariamente a la norma. Actúa culpablemente el que se ha conducido en contrariedad al Derecho siempre que hubiera **podido** adoptar su conducta al mismo. Actúa culpablemente el que se ha conducido en contrariedad al Derecho siempre que hubiere podido adaptar su conducta al mismo. La culpabilidad se refiere al **poder**, la antijuridicidad al **deber**. La oposición entre lo objetivo y lo subjetivo, hace paso a la distinción entre **el deber y el poder**. Realizará imprudentemente el tipo quien lesione el deber de cuidado existente en relación al resultado, siempre que hubiera estado en situación de cumplirlo. El reproche es doble: el sujeto no ha actuado como debía y podía. El conocimiento de la antijuridicidad es separado del dolo, e incluido en la culpabilidad.¹¹³

Juan Bustos Ramírez, nos dice que Weber, distinguió dentro del concepto de delito el deber ser, referido al injusto, y el poder, referido a la culpabilidad, esto es, la capacidad para no obrar antijurídicamente del sujeto. Ello implica entonces que lo primero a considerar es la acción y su contenido, el dolo y la culpa, pues son la base para el deber ser y sólo posteriormente habrá que determinar si tenía o no la capacidad para obrar de otra manera, que es el problema de la culpabilidad. De este modo, con mayor precisión que Dohna, v. Weber determina el contenido de lo injusto y de la culpabilidad. Sin embargo, el autor nos dice, que el punto débil de su sistema residía en porqué dolo y culpa debían estar en el ámbito del deber ser, para ello no se daba ninguna fundamentación convincente. El dolo y la culpa quedaron sin lugar en la teoría del delito.¹¹⁴

3.2.3.3. HANS WELZEL.

Para el padre del finalismo la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son los

¹¹³ Córdoba Roda, Juan, op. cit., pp. 43-44.

¹¹⁴ Juan Bustos, Ramírez, op. cit., p. 164.

tres elementos que convierten una acción en un delito. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionados lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.¹¹⁵

En este sentido, desde la perspectiva finalista los elementos o niveles que estructuran al delito son:

- a) Tipicidad
- b) Antijuridicidad
- c) Culpabilidad

De esta manera, como más adelante se verá, los elementos del delito para la sistemática finalista vinieron a cimentar de manera contundente lo que se conoce como teoría de la acción finalista, y en tal virtud, se abordará también el tema de la acción, pues ciertamente es el punto de partida de dicha sistemática, y su concepto total en que se sustenta.

3.2.3.4. ESTRUCTURA Y CONCEPTO DE DELITO EN EL SISTEMA FINALISTA.

Para el estudio de la estructura del delito de acuerdo a la teoría de la acción final, seguiremos como modelo de desarrollo la opinión de su más grande representante y defensor, es decir, Hans Welzel, así, desde la óptica del gran jurista alemán, los elementos o niveles analíticos de estudio en que se sustenta estructuralmente el delito son, como ya quedo precisado con antelación, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; no deja de soslayarse el concepto final de acción, el cual como también ya se dijo, será estudiado su contenido dogmático, pues ciertamente sobre dicho concepto de acción humana se centra el punto de partida de la presente sistemática de la acción final.

¹¹⁵ Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, op cit., p. 57.

3.2.3.4.1. ACCION.

Welzel partiendo de su teoría de las estructuras lógico objetivas¹¹⁶, propone un concepto ontológico o prejurídico de acción, considerándola como ejercicio de actividad final; por ende, considera que las normas penales, solo pueden mandar o prohibir acciones de esa índole, jamás meros procesos de causación.

Veamos ahora brevemente cómo argumenta Welzel, que la estructura final de la acción sea el criterio ontológico que fundamenta una diferente valoración jurídica, es decir, que sólo sean jurídicamente relevantes aquellos sucesos desencadenados finalmente. El primer lugar, afirma que las estructuras lógicas reales y en particular, la estructura final de la acción vinculan al legislador, dado que las normas de Derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino solo comportamientos dirigidos por la voluntad. Sólo aquellos respecto a los cuales puede considerarse el hombre como dueño son jurídicamente relevantes, puesto que "únicamente cuando la ordenación del poder obliga a reconocer al hombre como persona son sus mandatos de Derecho", de lo contrario serán mero hecho, simple poder. En el reconocimiento de la acción como dirección final del proceso causal externo por la voluntad – la cual anticipa mentalmente un fin, escoge los medios necesarios para su consecución y los utiliza de acuerdo a un plan –, radica el germen de toda una revolución para la teoría del delito.¹¹⁷

¹¹⁶ Guillermo Villa Alzate, al tocar el tema de la estructura lógico-objetiva de la acción, nos dice citando a Welzel, que la estructura ontológica de la acción es anterior, precede a toda valoración y regulación; quien norma acciones tiene que respetar la estructura ontológica de la acción. El legislador no puede ignorar que la acción humana es una acción final, no le puede desconocer ese carácter, tampoco puede pasar por alto que de ser final la acción se deriva toda una estructura del delito. Existe pues, un concepto ontológico de la acción humana: ella es ejercicio de actividad final y el legislador no puede ignorar ni modificar ese modo de ser finalista de la acción del hombre, porque ya de suyo ella es así. No es cierto como lo afirma Roxin, que sea el legislador quien determina cuál conducta humana es final y cuál no lo es. Al respecto consúltese a Guillermo Villa Alzate, op. cit., p. 86 y ss.

¹¹⁷ Martínez Escamilla, Margarita, La imputación objetiva del resultado, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Compuense de Madrid, España, 1992, p. 25.

Al abordar el tema del concepto y estructura de la acción, nos dice, que "acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer "final", no solamente "causal". La "finalidad" o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobre determina finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es –dicho en forma gráfica- "vidente", la causalidad "ciega".

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

Señala que la dirección final de una acción, se lleva a cabo en dos etapas y que sólo pueden distinguirse conceptualmente; al respecto elabora los siguientes argumentos:

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

a) La anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar. De ello sigue – a partir del fin.

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

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

c) La consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin. Este proceso mental no se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, sino hacia delante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o, en caso contrario, a dirigir la acción de modo de evitarlos. La voluntad de acción orientada a la obtención del fin se encamina aquí, al mismo tiempo, a evitar los efectos concomitantes. Por otra parte, la consideración de los efectos concomitantes pueden también llevar a que el autor incluya (compute en el cálculo) en su voluntad de acción la realización de los mismos, sea porque tenga por segura su producción en caso de aplicación de esos medios o, por lo menos, cuente con ella. En ambos casos la voluntad final de realización abarca también la realización de los efectos concomitantes. Por el contrario, se excluyen de la

relación final todos aquellos estimados como posibles, respecto de los cuales el actor confía que no se producirán.

2.- De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el cómputo en el cálculo de los efectos concomitantes, el actor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimientos, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar".¹¹⁸

"Una acción es finalista solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad; en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.

La enfermera que, sin pensar en nada, inyecta una dosis de morfina demasiado fuerte, de efecto mortal, realiza ciertamente una inyección finalista, pero no una acción finalista de homicidio. Quien, para practicar, tira en el crepúsculo contra un objeto que toma como un tronco, pero que es una persona sentada, dispara ciertamente un tiro finalista de ejercicio, pero no realiza ninguna acción finalista de homicidio. En ambos casos, la consecuencia ulterior no querida (la muerte) ha sido originada de modo ciegamente causal por la acción finalista.

Conforme a ello, no hay acciones finalistas "en sí", sino siempre en relación con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción".¹¹⁹

¹¹⁸ Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, op. cit., pp. 39-41.

¹¹⁹ Welzel, Hans, La teoría de la acción finalista, op. cit., pp. 22-23.

La finalidad no debe ser confundida, por ello, con la mera "voluntariedad". La "voluntariedad" significa un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor. En este sentido, la enfermera y el tirador, en los casos mencionados, realizan también "actos voluntarios", si hace mentalmente abstracción del contenido de su voluntad. Si se quiere comprender, sin embargo, la acción, más allá de su característica (abstracta) de la mera voluntariedad, es decir en su forma esencial, concreta, determinada en su contenido, sólo es posible lograrlo mediante la referencia a un determinado resultado querido. El acto voluntario de la enfermera es solo final en relación con la inyección, el del tirador en relación con alcanzar el árbol, pero ninguno de los dos respecto a la muerte de un hombre. A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda sólo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado.¹²⁰

Para Johannes Wessels, la teoría finalista que concibe la voluntad de actuar como factor de guía con arreglo a un plan el suceso causal, ha descubierto en la "finalidad" de la acción un punto de partida importante, y nos dice el autor, que la capacidad para fijarse un objetivo conscientemente y guiarlo finalísticamente con arreglo a un fin eligiendo los medios, sólo la posee el hombre y ningún otro ser. Por consiguiente, se reconoce hoy por unanimidad que la teoría finalista analiza con acierto la estructura de la acción anticipada mentalmente.¹²¹

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

¹²⁰ Welzel, Hans, El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, Trad. José Cerezo Mir, Ed. Ariel, Barcelona España, 1964, p. 28.

¹²¹ Wessels, Johannes, Derecho penal, Parte general, Trad. Conrado A. Finzi, 6ª ed., Ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 25.

emplea los medios para lograr éste, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa. El sujeto en la teoría de la acción finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista. En la teoría de la acción finalista, encontramos que el dolo (y la culpa) se van a ubicar, ya no a nivel de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría causalista, ahora el dolo (y la culpa) constituyen el fin de la acción.¹²²

La finalidad de la acción típica se equiparó al dolo en el nuevo sistema del delito. De esta tesis fundamental se derivó la consecuencia de que el dolo debe pertenecer al tipo de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto, pues la misión del tipo es, precisamente, la caracterización de la acción de todos sus elementos de injusto esenciales para la punibilidad.¹²³

3.2.4.2. TIPICIDAD.

Con relación a la tipicidad, la nueva concepción de la acción final, considera que ésta tiene un carácter valorativo, autónomo de la antijuridicidad, porque la norma prohibitiva o de mandato implica una valoración sobre el acto o acción del sujeto. Ahora lo injusto es una amalgama de aspectos objetivos, subjetivos y valorativos. Por eso en la tipicidad hay que distinguir siempre un aspecto objetivo (tanto con elementos descriptivos como normativos específicos) y uno subjetivo (dolo o culpa y elementos subjetivos específicos).¹²⁴

Si bien la estructura finalista conservó los conceptos "injusto" y "culpabilidad", entendió el primero, que comprende tanto la tipicidad como la

¹²² Orellana Wiarco, Octavio Alberto, op. cit., pp. 90 y ss.

¹²³ Heinrich Jescheck, Hans, op. cit., p. 284.

¹²⁴ Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p. 165.

antijuridicidad, compuesto, además de elementos objetivos, también siempre de elementos subjetivos. Como consecuencia lógica y determinante que se extrae de la estructura final de la acción, el dolo no pertenece a la culpabilidad, sino a la acción típica y, por tanto, al injusto. Por lo que, en la esfera de la tipicidad debe distinguirse el delito doloso del delito culposo; consecuentemente, el tipo penal se estructura, en todos los casos, tanto de elementos objetivos como de elementos subjetivos. En todos los delitos dolosos, el dolo es un elemento esencial del injusto, lo mismo del delito consumado que del tentado. El dolo, como conocimiento y voluntad, está referido a los elementos objetivos del tipo, y no comprende la "conciencia de la antijuridicidad"; ésta es un requisito necesario para el juicio de reproche y, por ello pertenece a la estructura de la culpabilidad.

Como consecuencia de la reubicación sistemática del dolo y de la culpa, y de la conciencia de la antijuridicidad, el problema del error es tratado en dos niveles y con una nomenclatura diferente: en el nivel de la tipicidad opera el "error de tipo", que recae sobre elementos objetivos del tipo y cuyo efecto es excluir el dolo, si es vencible, o excluir el dolo y la culpa, si es invencible, es decir, funge como causa de atipicidad; en el nivel de la culpabilidad, en cambio, funciona el "error de prohibición", que recae sobre la conciencia de la antijuridicidad y su efecto es excluir la culpabilidad o atenuarla, dependiendo de si es un error invencible o vencible.¹²⁵

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

¹²⁵ Moreno Hernández, Moisés, op. cit., pp. 46-ss.

El sistema final de acción asumió los postulados de la teoría causal a nivel de tipo objetivo. Su máximo aporte radicó en la inclusión definitiva del tipo subjetivo, en el cual centró su atención. En este sentido, podemos decir que de acuerdo con el sistema finalista "el tipo subjetivo del injusto" comprende a su vez: el dolo (como momento del dominio final sobre el acto). Los elementos subjetivos del autor, a saber: las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor, que son el ánimo de su acto.

En relación al dolo, si la conducta que interesaba analizar al Derecho Penal es la conducta final y si ésta sólo se puede identificar atendiendo a la voluntad final del autor sobre la realización de resultados típicos, "lo único que distingue el dolo de la finalidad, es la tipificación del resultado a que atiende; intrínsecamente dolo y finalidad coinciden. Y si finalidad pertenece a la acción, como quiera que los tipos configuran acciones, el dolo deberá pertenecer al tipo. Por lo tanto, para determinar si estamos ante una conducta típica se debe analizar dicha finalidad, en otras palabras, el "dolo" que guió la conducta del autor.¹²⁶

Para Welzel el tipo objetivo es el núcleo real – material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las circunstancias del hecho objetivas, que pertenecen al tipo objetivo.

Al abordar el tema de lo subjetivo en el tipo objetivo, el auto alemán nos dice, que el llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo "externo" puramente objetivo, que estuviera absolutamente libre de momentos subjetivos-anímicos. Ya las acciones "objetivas" de "apropiarse", de "engañar", pero también las de "coaccionar", de "sustraer", como en general todas las acciones de los tipos de

¹²⁶ Díaz Aranda, Enrique, op. cit., pp. 49-51

delitos dolosos, no pueden ser aprehendidas suficientemente sin la tendencia de la voluntad que las conduce y anima.¹²⁷

Con relación al tipo subjetivo, Welzel nos dice que toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el momento intelectual – y por la decisión al respecto de querer realizarlo – momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo, (“dolo de tipo”). La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en sus comienzos: en la tentativa; en este caso, el dolo va más allá de lo que logra alcanzar. Si la decisión al hecho es ejecutada adecuadamente hasta el término, el hecho está consumado. En este caso, el hecho total no solo ha sido querido dolosamente, sino también ejecutado dolosamente. Aquí, el dolo es un elemento final de la acción, en todo su contenido. Al llegar al tema del dolo, establece que éste, tiene un aspecto intelectual y uno volitivo (conforme a la voluntad). La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. No es suficiente que el autor conociera potencialmente las circunstancias del hecho, es decir, que pudiera hacerlas aflorar en su conciencia. Mucho más, ha debido tener realmente la conciencia de ellas en el instante de su hecho, habérselas representado, haberlas percibido, haber pensado en ellas, siendo, eso sí, diferente la intensidad de la conciencia, según si se trata del fin de los medios o de una circunstancia concomitante.

Por cuanto al error de tipo, el autor refiere que 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. Nos pone el ejemplo del cazador que dispara sobre un objeto oscuro al que toma como un jabalí, cuando es en realidad una recolectora de moras. Si el error se debió a

¹²⁷ Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, op. cit., pp. 75-76.

culpa, subsistirá la punibilidad por comisión culposa, siempre que exista el respectivo tipo culposo.¹²⁸

Al examinar los tipos penales, en busca de elementos subjetivos de lo injusto, se advirtió, además, que en la tentativa el dolo es uno de ellos. En efecto en la tentativa, desde un punto de vista puramente objetivo, es decir, sin atender a la resolución de la voluntad del autor, no es posible saber qué tipo es el que concurre. Si alguien hace un disparo, que pasa junto a otro, este proceso causal externo puede ser una tentativa de asesinato, una tentativa de lesiones corporales, o un disparo en lugar prohibido, según cual sea el dolo del autor. El dolo es sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo. Welzel dice que yendo más allá de la opinión dominante – que si el dolo pertenece al tipo y no sólo a la culpabilidad en la tentativa, tiene que conservar la misma función cuando la tentativa pase al estadio de la consumación. ¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad? La corrección de esta conclusión se puede demostrar, además, de modo inmediato en los tipos de los delitos consumados: si alguien hiere mortalmente a otro depende exclusivamente de la existencia y contenido del dolo el que haya realizado el tipo del homicidio doloso, el de las lesiones corporales con resultado de muerte, o el de homicidio culposo. El dolo se nos presenta aquí necesariamente como un elemento constitutivo del tipo. En ambos caso se llega, pues, a la conclusión, de que el dolo no es sólo un elemento de la culpabilidad, sino que es ya un elemento constitutivo del tipo.¹²⁹

¹²⁸ Ibidem, pp. 77 y ss.

¹²⁹ Welzel, Hans, El nuevo sistema del Derecho Penal, op. cit., pp. 62-63.

Por cuanto hace a los delitos culposos el jurista austriaco, dice que éstos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución del mismo, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y ordena que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe "el cuidado necesario en el tráfico" para evitar dichas consecuencias. El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico. Consiste, sobre todo, en el desvalor de la acción, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico) tiene sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el Derecho Penal.

En los delitos culposos la acción típica no está "definida en la ley". Sus tipos son, por ello, tipos "abiertos" o que "necesitan ser complementados", pues el juez tiene que completarlos en el caso concreto, con arreglo a un criterio general. Este criterio está descrito, de un modo sumamente acertado nos dice Welzel, en el artículo 276 del código civil: "Actúa culposamente el que no observa el cuidado necesario en el tráfico". El juez tiene que averiguar, pues, en primer lugar, cuál es el cuidado necesario en el tráfico, para el autor, en la situación concreta en que se encuentra y después, mediante una comparación de esta conducta debida con la acción real, constatar si ésta era o no conforme al cuidado debido.¹³⁰

El intento de explicar los delitos culposos desde el punto de la finalidad comienza acudiendo a la finalidad potencial o posible: esta forma de aparición del delito se caracteriza porque el autor, en virtud de su posible previsión final podía haber evitado el resultado. En la imprudencia consciente esta evitabilidad del

¹³⁰ Ibidem, pp. 69-70.

resultado fue factible porque el autor lo previa como consecuencia posible de su actuar, aunque confiara en su no producción. En la previsión del resultado se basa, pues, la posibilidad de su evitación. En la imprudencia inconsciente, por el contrario, ni siquiera existe una previsión actual. Aquí el elemento de la acción relevante para el injusto consistirá en la posibilidad de haber previsto la lesión del bien jurídico, posibilidad que hubiera dado ocasión a su evitación. Esta posibilidad ha de ser enjuiciada, según Welzel, teniendo en cuenta al autor concreto con sus características individuales y no, simplemente, a un ciudadano ideal.¹³¹

3.2.3.4.3. ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad es un juicio de valor el cual expresa que la acción puede ser contraria a la norma y lo será cuando no exista causa de justificación. Toma en cuenta la conducta externa del autor. Al injusto sólo le importa el fin que el sujeto se ha propuesto. Injusto es la acción antijurídica personal referida al autor.¹³²

La antijuridicidad está constituida por el juicio de que la acción típica es contraria a Derecho: será aquella acción contraria al orden jurídico cuando no concorra causa de justificación alguna. La antijuridicidad no podrá ya ser concebida de modo puramente objetivo, ni por lo tanto la conducta justificada como simple producción de un resultado conforme a Derecho. La justificación depende de determinados elementos subjetivos; si esos elementos, que respecto a ciertas causas ya habían sido exigidos por la doctrina anterior, no concurren, la conducta será antijurídica.¹³³

La antijuridicidad, es un juicio valorativo (objetivo), en cuanto pone en relación a todo el ordenamiento jurídico con el hecho típico realizado. La antijuridicidad si bien es un elemento valorativo objetivo, encierra en su contenido

¹³¹ Martínez Escamilla, Margarita, op. cit., p. 27.

¹³² Daza Gómez, Carlos, op. cit., p. 54.

¹³³ Córdoba Roda, Juan, op. cit., p. 49.

elementos subjetivos, ya que las causas de justificación tienen como base a una acción final.¹³⁴ El injusto tampoco podía seguir siendo entendido como lesión de un bien jurídico, sino que la acción es antijurídica o injusta en cuanto obra final de un determinado autor. La voluntad final de éste es elemento constitutivo del injusto, elemento denominado por Welzel desvalor de la acción. La lesión del bien jurídico –desvalor del resultado- tiene importancia sólo en el marco de una acción antijurídica; el dolo como persecución consciente de un fin jurídico-penalmente relevante pertenece al injusto y no a la culpabilidad.¹³⁵

Welzel establece que si bien es cierto, toda realización del tipo de una norma prohibitiva es contraria a la norma, también es cierto que, no siempre es antijurídica; pues el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino también de preceptos permisivos (“autorizaciones”). Existen preceptos que permiten, en ciertos casos, la conducta típica, por ejemplo, la realización del tipo “matar a un hombre” en caso de legítima defensa o de guerra. Su interferencia impide que la norma general (abstracta) se convierta en deber jurídico concreto para el autor. En este caso la realización del tipo de una norma prohibitiva es jurídica. Antijuridicidad es, pues, la contradicción de la realización de un tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada). La antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. No el tipo (como figura conceptual), sino sólo su realización puede ser antijurídica. No hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo.¹³⁶ Los preceptos permisivos regulan “causas de justificación”, por ejemplo, la legítima defensa, la autoayuda, el consentimiento del ofendido, etc. En caso de que concurran, la realización del tipo no es antijurídica. Las causas de justificación no excluyen, por consiguiente, la tipicidad de una conducta, sino solamente su antijuridicidad.¹³⁷

¹³⁴ Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p. 165.

¹³⁵ Martínez Escamilla, Margarita, op. cit., p. 27.

¹³⁶ Welzel, Hans, El nuevo sistema del Derecho Penal, op. cit., pp. 46-47.

¹³⁷ *Ibidem.*, p. 57.

Al abordar el tema de la antijuridicidad como juicio de desvalor, Welzel nos dice, que dado que el ordenamiento jurídico quiere crear, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta que menoscaba este orden valioso. Por ello se dice frecuentemente, que la antijuridicidad es un "juicio desvalorativo" de la conducta típica. El sujeto de este "juicio desvalorativo" no es un individuo (ni siquiera el juez), sino el ordenamiento jurídico, como tal. La antijuridicidad es un juicio desvalorativo "objetivo", al recaer sobre la conducta típica y realizarse con arreglo a un criterio general: el ordenamiento jurídico. 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 (subjctivos). Continúa diciendo el autor, que debido a la variedad de los sentidos del concepto "objetivo", ha surgido la creencia errónea de que la antijuridicidad puede referirse sólo al lado objetivo (del mundo exterior) de la acción, por ser un juicio desvalorativo "objetivo". En realidad dice, la palabra "objetivo" está utilizada aquí en dos sentidos distintos. La antijuridicidad es sólo objetiva en el sentido de un juicio valorativo general; su objeto la acción, es, en cambio, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjctivos.¹³⁸

En esta sistemática se establece también una diferencia entre antijuridicidad e injusto. La antijuridicidad es concebida como una mera relación (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 es la forma de conducta antijurídica misma: perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específico (un ejemplo del primero es la tentativa y del segundo la perturbación arbitraria de la posesión), pero existe sólo una antijuridicidad unitaria. Todas las

¹³⁸ Ibidem., pp. 46-48.

materias de prohibición, reguladas en diversos sectores del Derecho, son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico.¹³⁹

Por otra parte, se establece también un concepto personal de injusto, es decir, que lo injusto no se agota, en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que, acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligan a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto "personal".¹⁴⁰

3.2.3.4.4. CULPABILIDAD.

La culpabilidad, según el finalismo, es el juicio de reproche que se formula al autor por no haber adoptado su conducta a la norma a pesar de que estaba en situación de hacerlo. Con la antijuridicidad concluye el juicio sobre el hecho; la culpabilidad constituye el juicio sobre el autor, en especial sobre su proceso de motivación.

La inclusión de la finalidad en la acción, y la del dolo en el tipo, priva a la culpabilidad de todos sus elementos psicológicos. Sus componentes son ahora puros procesos de valoración: la imputabilidad constituye el juicio sobre la general capacidad de motivación del sujeto; de la posibilidad del conocimiento del injusto se extrae la conclusión de que el autor imputable podía, también en el caso concreto, conocer el carácter antijurídico de su hacer; por último, la exigibilidad de

¹³⁹ Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, op. cit., pp. 61-62.

¹⁴⁰ *Ibidem.*, p. 74.

la conducta adecuada a la norma, pone de manifiesto que no concurre a favor del sujeto situación coactiva alguna.¹⁴¹

La culpabilidad es entendida actualmente "normativa", como un 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. Lo que se reprocha al autor no es la conciencia de la antijuridicidad, sino la formación de la voluntad (dolo) que ha conducido al hecho antijurídico. El objeto de reproche de culpabilidad, por tanto, lo es el dolo, el que, por ello, no puede ser parte de la culpabilidad no puede contener la conciencia de la antijuridicidad. Con ello, la culpabilidad ha adquirido su estructura esencial, entre cuyos componentes se encuentran ahora: la imputabilidad, la conciencia (o cognoscibilidad) de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta ajustada a derecho.¹⁴²

La teoría final de la acción propuesta por Welzel, provocó entre otros efectos el redimensionar la idea del delito, así como la ubicación del dolo a nivel del tipo y la infracción del deber de cuidado, sustrayéndolas de la culpabilidad, lugar que hasta entonces se les había asignado. En estos términos la culpabilidad dejó de ser interpretada como el continente de todo lo subjetivo y se estableció la posibilidad de que existan elementos de esta índole a nivel del tipo, con lo anterior perdió total vigencia la concepción psicológica de la culpabilidad y se transformó en una concepción puramente normativa. En tal virtud, el reproche vertido en contra del autor del delito se encuentra a nivel de su comportamiento típico y antijurídico, quedando en la culpabilidad sólo las condiciones que permiten atribuir dicho reproche a su autor.¹⁴³

En cuanto a la imputabilidad, o capacidad de ser culpable, se sigue concibiendo como la capacidad para comprender lo injusto del hecho y determinarse según esa comprensión. Si el sujeto no puede comprender o no

¹⁴¹ Córdoba Roda, Juan, op. cit., p. 49.

¹⁴² Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 47.

¹⁴³ Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del Delito, op. cit., pp. 165-166.

puede determinarse según esa comprensión, estará impedido para obrar de manera distinta.

En cuanto a la conciencia de la antijuridicidad, se entiende que esta ocurre cuando el sujeto sabe o puede saber que su conducta contradice el ordenamiento jurídico, lo que no implica que este conozca exactamente el precepto jurídico que vulnera o la punibilidad del hecho; basta con que sepa que su comportamiento se encuentra prohibido al "modo profano". Ahora bien, la mayoría de la veces el sujeto se dará perfecta cuenta de lo antijurídico de su proceder (conciencia actual de lo injusto), pero si no ocurre así, basta con que el sujeto haya considerado seriamente lo ilícito de su actuar y se haya conformado con ello (conciencia eventual o potencial de lo injusto).

Por el contrario, si el sujeto, a causa de un error invencible sobre la prohibición, ha actuado antijurídicamente, no podrá ser reprochado, pues quien erróneamente supone que obra de acuerdo a derecho no puede motivarse de manera mejor; en cambio si el error es vencible, subsiste el reproche, pues dada la factibilidad de superarlo, el autor tiene todavía la posibilidad de obrar de otra manera. Consecuentemente, la solución para estos casos de error estará dada aquí por la teoría de la culpabilidad, según la cual en tratándose de error invencible (o no imputable al sujeto) desaparece toda culpabilidad, dada la irreprochabilidad del hecho, pero si lo que ocurre es un error vencible (o imputable al sujeto), sólo se estará en presencia de una causa de reducción del reproche (en la medida de su evitabilidad) que tendrá como consecuencia de atenuación facultativa de la pena.

Ahora bien, resulta que en el ámbito del error sobre la ilicitud, se suele distinguir entre dos puntos fundamentales. Por una parte –indica Jescheck- puede suceder que el autor no conozca la norma prohibitiva que directamente se refiere al hecho y que por ello tome como lícita su acción (error de prohibición directo). Por otra parte puede acaecer que el autor, aún conociendo perfectamente la

norma prohibitiva, crea falsamente que en caso concreto obra amparado por una causa de justificación, ya sea por considerar que esa causa efectivamente existe o bien por suponer que tiene una extensión mayor que la real (error de prohibición indirecto). Finalmente se plantea la existencia de un tercer supuesto, mismo que surge cuando el sujeto cree erróneamente que concurren aquellas circunstancias que, de darse, justificarían el hecho (error sobre el tipo permisivo).¹⁴⁴

Finalmente, podemos decir que en la sistemática finalista, lo injusto es una amalgama de aspectos objetivos, subjetivos y valorativos. Por eso en la tipicidad hay que distinguir siempre un aspecto objetivo (tanto con elementos descriptivos como normativos específicos) y uno subjetivo (dolo o culpa y elementos subjetivos específicos). Por su parte la antijuridicidad, si bien es un elemento valorativo objetivo, encierra en su contenido elementos subjetivos, ya que las causas de justificación tienen como base a una acción final. Por último, la culpabilidad es intrínsecamente valoración, pero con un contenido también básicamente subjetivo, ya que se fundamenta en la capacidad de actuar de otro modo del sujeto o lo que es lo mismo en la capacidad de configuración de su voluntad por parte del sujeto. Por eso se podría afirmar que se trata de una concepción puramente normativa de la culpabilidad.

En relación a la culpabilidad, podemos decir que sus principales modificaciones se hicieron consistir en lo siguiente:

- 1.- Sustraer el dolo y la culpa de su sede tradicional, es decir de la culpabilidad.
- 2.- La culpabilidad deja de conocer de la parte subjetiva del hecho.
- 3.- Se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico.

¹⁴⁴ Villarreal Palos, Arturo, Culpabilidad y Pena, Ed. Porrúa, México, 1994, pp. 27-29.

4.- Los elementos de la culpabilidad se hicieron consistir en:

- a) Imputabilidad;
- b) Conciencia de la antijuridicidad;
- c) Exigibilidad de otra conducta (algunos autores hablan de ausencia de causas de exculpación, las cuales pueden eximir al sujeto de reproche).

Con relación al concepto de delito, éste se define principalmente por Welzel de la siguiente forma:

“acción típica, antijurídica y culpable.”

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; por lo que, la tipicidad deberá examinarse antes de la antijuridicidad, y ésta, en cambio, antes de la culpabilidad. En este sentido podemos decir, que esta estructuración del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración, proporciona un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, la facilita y la asegura contra contradicciones y arbitrariedades.

La estructura del delito quedó de la siguiente forma:

- a) **Conducta**, entendida como un hacer voluntario (final).
- b) **Tipicidad**, como prohibición de conducta en forma dolosa o culposa.
- c) **Antijuridicidad**, entendida como contradicción de la conducta prohibida con el orden jurídico.
- d) **Culpabilidad**, entendida como reprochabilidad.

Ahora bien, por virtud de lo expuesto en el presente capítulo, consideramos que el concepto de "tipo" en el ámbito de la dogmática jurídico penal, ha tenido diferentes interpretaciones, contenidos y estructura, por lo cual, podemos decir que si bien es cierto, no existe uniformidad en cuanto a los elementos que lo integran, dentro de la evolución histórica del pensamiento penal, ya que este fue entendido desde su concepción puramente objetiva, pasando por la que lo inyectaron de elementos valorativos, hasta los que incluyeron en su estructura elementos subjetivos, lo cierto es que, a lo largo de su evolución, y por supuesto, desde su aparición en la teoría del delito, éste ha sido considerado con una función garantista, que brinda seguridad jurídica y legalidad a los gobernados, dado el principio de tipicidad, bajo la máxima "nullum crimen sine typo", posición adoptada por Bebing.

Sin embargo, consideramos que dada la evolución del pensamiento penal, y los contenidos sistemáticos analizados con antelación, es precisamente la teoría de la acción final la que proporciona mayor seguridad jurídica a los gobernados, dada su estructura dogmática del llamado tipo penal complejo, en donde precisamente resulta necesario acreditar, todos los elementos del tipo, es decir, objetivos, subjetivos específicos, normativos y subjetivos como el dolo y la culpa. Compartimos el criterio adoptado por la sistemática finalista, dado que toma en cuenta el estudio del aspecto interno del sujeto, y además, considera a la intencionalidad como elemento necesario que dirige la acción del activo para concretizar su conducta, pues pensar que la acción esta condicionada a meros efectos desencadenantes de procesos causales, sin una dirección de la voluntad, trae como consecuencia el abandono del estudio de los elementos subjetivos del tipo, limitándose al conocimiento de los elementos materiales u objetivos, lo cual restringe a nuestro juicio la llamada garantía de seguridad jurídica.

Por otra parte, y con relación a las diferentes estructuras del delito que fueron estudiadas en el presente apartado, causalismo naturalista, causalismo

valorativo y finalismo, no deja de soslayarse que si bien es cierto, el causalismo también toma en cuenta el dolo y la culpa, como elementos subjetivos, lo cierto es que su análisis lo hace a nivel de la culpabilidad (tercer nivel analítico de estudio) y no a nivel del tipo (primer nivel de análisis), por lo cual, si bien es cierto, podemos llegar a un mismo resultado, por cuanto a considerar si un hecho determinado está considerado o no, como delito, no menos cierto es que, si adoptamos la estructura del delito desde la óptica de la teoría de la acción final, ésta nos brinda mayor certeza jurídica, dado el tipo penal complejo.

CAPITULO IV

GENESIS Y CONTENIDO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LOS ARTICULOS 16 Y 19

Hemos llegado al punto toral de nuestro trabajo de investigación, y en tal virtud resulta de gran importancia continuar con un método en su elaboración y análisis, es por ello que el presente capítulo se iniciara citando el texto anterior a la reforma de 1993, así como el contenido del texto ya reformado, para posteriormente hacer referencia al contenido de la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993, a los artículos 16 y 19, mediante la cual hubo una transición dogmática de la figura procesal "cuerpo del delito" a una figura jurídica del derecho sustantivo penal, denominada "elementos del tipo penal". Se conocerán sus antecedentes legislativos, como lo es el proyecto de iniciativa presentada al Congreso, así como el Dictamen correspondiente de las Comisiones Unidas, por virtud del cual se aprobó la reforma de mérito, sin dejar de ponderar algunos comentarios que sobre el particular se realizarán en relación al contenido de dicha reforma.

Hecho lo anterior, se conocerá también la reforma constitucional de 8 de marzo de 1999, a los artículos materia de nuestro estudio, por virtud de la cual se regresa a la figura procesal de "cuerpo del delito", lo cual sin lugar a dudas representa el tema principal de nuestro trabajo.

4.1 REFORMA CONSTITUCIONAL DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993 A LOS ARTICULOS 16 Y 19 (DEL CUERPO DEL DELITO A ELEMENTOS DEL TIPO).

En la reforma de 1993 a la Constitución General de la República se incorporó el término adecuado para hacer referencia a uno de los elementos más importantes de la conducta delictiva, nos referimos a un elemento esencial del

delito, el llamado "tipo penal",¹⁴⁵ sobre esto, antes de la reforma en cita era exigible para que se librara una orden de aprehensión, o para que se decretará un auto de formal prisión que se justificará dentro del procedimiento correspondiente, el llamado cuerpo del delito con independencia de los elementos demostrativos de responsabilidad; es decir, el concepto del "cuerpo del delito", de cuño muy antiguo y de carácter eminentemente procesal, se sustituyó por uno de orden dogmático y por tanto perteneciente al derecho sustantivo, concepto que ha sido denominado "tipo penal" a partir de la reforma que cobró vigencia en 1994, tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales, como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Atentos a lo anterior, se generó la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, publicada en el Diario Oficial de la Federación, de 3 de septiembre de 1993. A continuación se transcriben las partes relativas a los textos anteriores y los reformados, de los artículos que tienen relación con nuestro trabajo.

Texto anterior:

"Artículo 16.- (...)

No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyados aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado."

¹⁴⁵ Desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 no había sufrido modificación alguna, sin embargo tanto el artículo 16 como el 19 constitucionales se transformaron para incorporar como elementos exigibles; a efecto de determinar como procedente una orden de aprehensión o decretar un auto de formal prisión la acreditación de los elementos del tipo penal, sustituyendo así la figura procesal "cuerpo del delito".

Texto reformado:

“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.”

Texto anterior:

“ Artículo 19.- (...)

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

Texto reformado:

“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 éste.”

Estas reformas surgieron con motivo de dos iniciativas presentadas por diversos diputados federales de la LV Legislatura¹⁴⁶. La primera, correspondía a la modificación de varios artículos entre los cuales se encontraba el 16 constitucional; la segunda iniciativa, hacía referencia precisamente al contenido del artículo 19 de la Constitución Federal.

Ahora bien, del contenido de la primera iniciativa se advierte en lo medular, que los señores legisladores consideraron que con las reformas que se proponían, se buscaría, con mejorada técnica legislativa, otorgar mayor claridad al artículo 16 Constitucional, ya que en párrafo segundo se regularía lo correspondiente a la orden judicial de aprehensión, precisando los elementos de fondo que debían de cumplirse para que la autoridad judicial pudiera girar dicha orden.

Por cuanto hace a la segunda iniciativa, en lo conducente, se dijo que con el objeto de elaborar un dictamen que respondiera a los requerimientos de la realidad que vive nuestro sistema constitucional, en su aspecto de garantías en materia penal, dichas Comisiones habían llevado a cabo reuniones con diputados y senadores, en las cuales se habían mostrado diversas inquietudes con motivo de dicha iniciativa y era por ello que, ante la necesidad de lograr una reforma coherente en la materia a estudio y de una mejor sistemática constitucional y, fieles al espíritu que motivaba a la iniciativa original, proponían la reforma al artículo 19 de nuestra Constitución. Se dijo también, que ante la observación de los representantes del Senado y de algunos miembros de las Comisiones Unidas, se apreciaba la necesidad de reformar el artículo 19 por motivos de coherencia, lo que se sustenta en la conveniencia de sustituir el concepto de cuerpo del delito por el de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal.

¹⁴⁶ Iniciativa de reforma constitucional a los artículos 16 y 19, presentada por el Ejecutivo Federal al Congreso, publicada el 3 de septiembre de 1999.

Una vez turnadas ambas iniciativas a las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, éstas elaboraron el dictamen correspondiente, y en lo que nos interesa se apuntó, que sociedad y gobierno deben contar para lograr la tranquilidad pública y la **seguridad jurídica** con normas claras y precisas. La iniciativa, se dijo, persigue estos objetivos ya que en la actualidad nuestro máximo ordenamiento consagra estos derechos, pero nadie niega que los mismos pueden ser perfeccionados; esto es una labor que el Constituyente permanente debe concretar. Con las reformas propuestas, de ser aprobadas, se lograría dar mayor énfasis y precisión a los principios contenidos en los artículos 16, y 19 de nuestra Carta Magna, ampliándose esa reforma por motivo de coherencia constitucional.

Conforme lo señala la propia exposición de motivos de la iniciativa, en el artículo 16 Constitucional se busca con mejorada técnica jurídica, otorgar mayor claridad y precisión a ese precepto, por lo que se propuso darle una estructura distinta, es por ello que en su párrafo segundo que se refiere a las órdenes de aprehensión dictadas por autoridad judicial, se señalaron las siguientes aportaciones:

La precisión de los extremos de prueba que se tienen que acreditar para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecer que deberán existir **“datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la responsabilidad del indiciado”**.

Sigue diciendo la exposición de motivos, que con lo anterior se quiere superar la ambigüedad del texto entonces vigente que no señalaba con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, ya que la mención de pruebas se refería sólo al aspecto de la presunta responsabilidad, además en consonancia con lo que se proponía para el artículo 19, se buscaba equiparar a la orden de aprehensión los extremos de prueba que se exigen para un auto de formal prisión; por lo que, tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucionales, se

buscó con la reforma de mérito, precisar conceptos que en lo procesal se vincularan de mejor manera con la teoría del Derecho Penal Sustantivo, para que ambas ramas jurídicas actuaran como brazos articulados de una misma política criminal del Estado Mexicano y no como teorías desasociadas, lo que en ocasiones ha generado distancias considerables, y hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal.

En este tenor de ideas, se dice que se culmina en la Constitución el esfuerzo de muchas décadas por estudiosos en la materia, por unificar criterios que articulen de mejor manera la política criminal mexicana.

En relación al artículo 19 constitucional se establece, que la reforma a dicho artículo fue propuesta en la iniciativa que se comenta, ante la observación de los representantes del Senado de la República y de algunos miembros de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, por lo que se observó la necesidad de su reforma por motivos de coherencia, lo cual según la iniciativa en comento se sustentaba en la necesidad de compatibilizar la exigencia de los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los autos de formal prisión o en su caso de sujeción a proceso, superando el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de acreditación de los elementos que integran el tipo penal; señalando además, que con ello se clarificaban los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y de esta manera se fortalecería la seguridad jurídica de los gobernados, al puntualizarse la obligación por parte de la autoridad de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculgado.

Debe señalarse que de las discusiones en el seno de la Cámara de Diputados, sobresale la intervención del diputado Fernando Gómez Mont quien en la parte que interesa argumentó:

" ¿qué diferencia hay entre los elementos del tipo penal y cuerpo del delito? Aquí se conjuga uno de los beneficios más notables que yo le veo a la reforma que se plantea. El concepto "cuerpo del delito", señor diputado, generó una teoría procesal propia, divorciada de la teoría sustantiva. Es decir, en materia de la ley penal, generándose muchas veces contradicciones: ¿qué quería decir cuerpo del delito?

Hubo quienes decían que sólo los elementos materiales y objetivos ya eran "cuerpo del delito". Bastaba que existiera el cuerpo, en el homicidio, el cadáver, pues ni siquiera se tenía que probar que había sido muerto por causa externa o no. Ya hasta ahí el "cuerpo del delito". Es una figura que tomamos del Derecho romano. Y se generó toda una teoría procesal.

Y por otra parte se hablaba del "tipo penal", de que el "tipo penal" es la norma que indica cuál es la conducta prohibida por la ley penal y se generaba otra teoría.

La reforma busca regresar a una armonía entre el derecho sustantivo penal y el derecho adjetivo penal, porque son parte, son dos brazos de un mismo sistema y no tienen que seguir escuelas separadas.

Ese es el propósito.

Y lo que le quiero decir es que la acreditación de una conducta prohibida por la ley sustituye ahora el concepto ambiguo de "cuerpo del delito".¹⁴⁷

La aportación del diputado Gómez Mont es de gran importancia para los debates de la Cámara al tratar de precisar lo que debe de entenderse por cuerpo del delito y por tipo penal, ya que si bien han tenido una evolución histórica diversa, si que es cierto que son figuras jurídicas que no están divorciadas, sino que una es el complemento de la otra, dada su naturaleza jurídica, es decir, el derecho sustantivo alimenta al derecho adjetivo.

¹⁴⁷ González Mendivil, Oscar, La reforma constitucional y los elementos del tipo penal, Revista Jurídica de Postgrado, Año, 1, No. 2, Abril, Mayo y Junio 1995, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, México, pp. 19-20.

Por otra parte, y en lo que corresponde al dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación, de Puntos Constitucionales y de Justicia del Senado, en lo relativo al tema que nos ocupa, se expuso que se había subsanado la ambigüedad del texto en vigor, al señalar que deben existir "datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado", a fin de que pueda ser librada la orden de aprehensión.

En el caso de la reforma al artículo 19 constitucional, el dictamen de las legislaturas precisa que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas a partir de que el indiciado haya sido puesto a su disposición, sin que se justifique mediante el auto de formal prisión correspondiente.

Asimismo, se precisa la obligación que tiene la autoridad de verificar la existencia de los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y que hagan probable la responsabilidad de éste.

Se argumentó en dicho dictamen que en caso de merecer la aprobación, la propuesta de mérito, las modificaciones introducidas a los diferentes artículos constitucionales materia del dictamen y que debían continuar siendo sometidas a la consideración de las legislaturas locales, precisan, clarifican y amplían el ámbito de libertad, legalidad y seguridad jurídica de los gobernados. Asimismo, buscaban asegurar la deseable articulación entre el derecho sustantivo penal y el derecho adjetivo penal, al dar un tratamiento jurídico homogéneo a ambas perspectivas frente a las conductas ilícitas.

Se dijo que con los elementos aportados a la reforma, se reafirmaría la orden escrita de aprehensión de un juez, fundamentada y motivada legalmente y con datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la responsabilidad del indiciado, para que un gobernado pueda ser afectado en su libertad mediante un debido proceso legal, salvo en los casos de flagrancia y

urgencia. En las reformas de este artículo, se refleja la unificación de criterios para evitar contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal.

Dada la rapidez con que fue aprobada la reforma que se comenta, y evidentemente la falta de conocimiento de la llamada teoría del tipo penal y en consecuencia de la teoría del delito, la sustitución del concepto "comprobación del cuerpo del delito" por el de "acreditación de los elementos del tipo penal del delito" no tuvo en un primer momento mayor relevancia, ya que se llegó a estimar que se trataba de un simple ajuste de palabras, de terminología, sin considerar que se trataba de una figura jurídica con un contenido dogmático más extenso que el de cuerpo del delito. Para evidenciar lo anterior, basta citar el instructivo 02/1993, de 29 de septiembre de 1993, del Procurador General de la República, mediante el cual se pone de relieve, que se trata de equiparar el concepto elementos del tipo con el de cuerpo del delito.

"Por elementos del tipo penal se entenderán los que hasta ahora han dado contenido al cuerpo del delito, en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales

Por tanto, en todos los artículos del mencionado Código Federal que hacen referencia al "cuerpo del delito", esta expresión será considerada equivalente a "elementos del tipo penal", pudiéndose citar después de esta última expresión, entre paréntesis, la de "cuerpo del delito".¹⁴⁸

Luego, y siguiendo las palabras de Alejandro Sosa Ortiz, podemos decir que, más que considerar que la reforma de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, trajo consigo la unificación de los requisitos para librar una orden

¹⁴⁸ Sosa Ortiz, Alejandro, op. cit., p.43.

de aprehensión con los del auto de formal prisión, estimamos que dejó en claro y de una vez por todas la citada uniformidad, pues ciertamente antes de la reforma de mérito, existían criterios jurisprudenciales que sostenían que para librar una orden de aprehensión no era exigible el encuadramiento de la conducta delictiva al correspondiente tipo legal, es decir, que para librar una orden de aprehensión no era necesario comprobar el cuerpo del delito, lo cual sin lugar a dudas, atentaba contra los más elementales principios de seguridad jurídica, debida motivación y fundamentación, así como el de exacta aplicación de la ley penal.

En este sentido, y para ilustrar el anterior comentario, se cita al respecto el siguiente criterio:

“ORDEN DE APREHENSIÓN. La comprobación del cuerpo del delito no es indispensable para que pueda dictarse una orden de aprehensión, sino que para ello basta que se llenen los requisitos que establece el artículo 16 constitucional, entre los cuales no se menciona la comprobación citada, dicho precepto manda que la orden de aprehensión llene los siguientes requisitos: que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con penal corporal, y que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado; de suerte que es de todo punto indispensable que el hecho determinado que la ley castiga con pena corporal; es decir, que la simple enunciación de los hechos ocurridos, conduzca a considerar los comprendidos dentro del precepto legal que amerite la pena; cosa muy distinta a pretender que, previamente, queden comprobados de modo pleno, todos y cada uno de los elementos constitutivos del delito; de manera que si el hecho determinado no es de los que la ley castiga con pena corporal, aun cuando existan datos que apoyen la imputación que haga al inculpado, la orden de aprehensión resulta violatoria del artículo 16 constitucional.”¹⁴⁹

¹⁴⁹ Ibidem., p. 48.

En el mismo sentido se cita la Tesis, identificada bajo el siguiente rubro y texto:

"ORDEN DE APREHENSION, CUERPO DEL DELITO TRATÁNDOSE DE LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 208, DEL APÉNDICE 1917-1975. La tesis jurisprudencial 208 del Apéndice 1917-1975 no establece el requisito de que deba estar acreditado el cuerpo del delito, ya que sólo exige que la autoridad judicial vigile que los hechos que sean materia de denuncia o querrela realmente puedan (no dice deban) constituir un delito, esto es, porque en el mundo de la facticidad, lo que para el órgano acusador constituye un delito, para el probable responsable puede no serlo, lo cual, se va ha dilucidar justamente cuando el juez de la causa conozca de la acusación y de los argumentos que en su defensa aporte aquél, es decir, después de escucharlo en preparatoria y al resolver la situación jurídica determinará si procede o no, incoar la misma al indiciado y hasta el dictado del auto de formal prisión, con lo que se inicia propiamente el procedimiento penal y es cuando ya debe quedar probado el cuerpo del delito, como lo dispone el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en lo atinente dice: "Dentro de la 72 horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictara auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos: Fracción II.- Que esté comprobado el cuerpo del delito, y el artículo 163 de ese ordenamiento legal dispone: "Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictaran por el delito que realmente aparezca comprobado"; si se relacionan las disposiciones legales transcritas con lo dispuesto por el artículo 19 de la Carta Magna, que en lo atinente dispone: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión", se concluye lógica y jurídicamente que es hasta ese momento cuando se establece la comprobación legal del cuerpo del delito, que no se exige por el artículo 16 del mismo ordenamiento legal para el libramiento de una orden de aprehensión, pues se insiste, se ordenada que los jueces sean cautos al estudiar las denuncias, acusaciones o querrelas que sean precisamente por hechos que puedan ser catalogados como delitos por la Ley y que merezcan sanción corporal, para evitar la comisión de arbitrariedades, pero en ningún momento exige la comprobación del cuerpo del delito."¹⁵⁰

¹⁵⁰Regino, Gabriel, Reflexiones sobre la iniciativa de reforma a la Constitución y a la Ley de Amparo, Criminología, Año LXIII, No. 3, México, Septiembre - Diciembre, 1997, Ed. Porrúa, pp. 146-147.

Es evidente que del contenido de estas tesis, se refleja la postura de un tipo de sistema de enjuiciamiento penal contrario a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho como se supone es el nuestro, al omitir tomar en cuenta la garantía de tipicidad, es por ello que nuestra opinión se inclina indudablemente, en estimar que con la reforma en estudio, se significó un avance en la dogmática jurídica, por ende, en nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano, al robustecer la garantía de seguridad jurídica de los gobernados y en el caso concreto de los sujetos involucrados en el drama penal, ya que además de unificar los requisitos que se tenían que satisfacer para el dictado de la orden de aprehensión a los exigidos para el auto de formal prisión, se definieron con mayor claridad los contenidos de estos, lo cual sin lugar a dudas quedó robustecido con la reforma procesal a los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y su correlativo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y de los cuales se conocerá su contenido en el capítulo siguiente.

Resulta importante el criterio sostenido por José Nieves Luna Castro, cuando dice que la reforma constitucional de 1993 al introducir el concepto "tipo penal" en sustitución de "cuerpo del delito" no lo hace adhiriéndose a ninguna concepción dogmática o teórica particularizada respecto de la voz tipo penal, sino que se utiliza como tenía que ser, en sentido meramente constitutivo de una garantía de carácter procesal penal que se reduce al llamado principio de legalidad conocido como **nullum crimen sine lege**.¹⁵¹ En ese sentido, nosotros creemos que ciertamente con la reforma en estudio se vino a reforzar dicho principio, sin embargo, contrario a lo que considera el autor, estimamos que con la reforma en comento, sí se adoptó una concepción dogmática, y esta fue precisamente, la llamada sistemática finalista, pues basta observar su amplio contenido estructural para darnos cuenta de ello, al adoptarse ya en la legislación secundaria como base del ejercicio de la acción penal, el libramiento de la orden de aprehensión y el dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, la

¹⁵¹ Luna Castro, José Nieves, El concepto de tipo penal en México, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 87.

acreditación de los elementos objetivos, normativos, subjetivos y subjetivos específicos del tipo penal, lo cual ciertamente nos ubica, no en el modelo, clásico, ni tampoco en el neoclásico, sino en el finalismo, dado, entre otras cosas, por la ubicación sistemática del dolo y la culpa a nivel del tipo penal y no como formas o especies de la culpabilidad.

Por otra parte, no estamos de acuerdo con quienes señalan que únicamente se trataba de un cambio de conceptos y que además la sustitución de cuerpo de delito por la de elementos de tipo penal era innecesaria, pues si lo que se deseaba era precisar cuales eran los elementos del tipo penal a que se referían los artículos 168 y 122 del Código Federal y del Distrito Federal de Procedimientos Penales, bastaba adicionar dichos elementos a la norma secundaria sin tener que modificar la Constitución, y mucho menos hacer la sustitución del concepto cuerpo del delito.

Al respecto, nosotros estimamos que no es posible aceptar dicho argumento, ya que los conceptos de tipo penal y cuerpo del delito, son cuestiones diferentes, dependiendo de la sistemática que se adopte para su estudio, clásica, neoclásica y finalista, pues ciertamente cada una de estas, ubica al dolo con una estructura diferente y en un nivel analítico de estudio diverso; es decir, de acuerdo a la teoría de la acción finalista, en el tipo se incluyen los elementos objetivos, normativos y subjetivos, el dolo y la culpa; mientras que para los causalistas como ya se señaló en el capítulo que precede, se consideró dentro del tipo a los elementos de naturaleza objetiva, y cuando mucho ya en la etapa del causalismo valorativo, se admitió un tipo penal de antijuricidad, considerando tanto elementos normativos como subjetivos, pero éstos, siempre y cuando fuesen distintos al dolo, lo que significa que para esta sistemática penal, el dolo y la culpa de ninguna forma pueden ser comprendidos a nivel del tipo. En tal virtud, la reforma constitucional de 1993 vino a dar certeza jurídica a los gobernados al establecer a nivel constitucional la obligación de las autoridades de analizar si se encontraban acreditados los elementos del tipo penal, pues ante la in acreditación de alguno de

ellos no era posible librar la correspondiente orden de aprehensión y mucho menos dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso; luego, si resultaba necesaria la reforma constitucional y procesal para dar coherencia normativa a la figura jurídica denominada elementos del tipo penal, pues de no haber sido así, consideramos que habría una incongruencia entre el texto constitucional y la ley procesal, en donde la primera nos exigiría acreditar únicamente el tipo objetivo y en la ley secundaria se exigiría acreditar el llamado tipo penal complejo, constituido, tanto de elementos, objetivos, normativos, subjetivos y subjetivos específicos, lo cual sin lugar a dudas traería como consecuencia una falta de certeza jurídica para el gobernado.

Tampoco estamos de acuerdo con lo que señala Luna Castro, cuando dice que al evaluar los efectos de la reforma constitucional que nos ocupa se advierte que la aplicación del concepto tipo penal, dio lugar a graves confusiones, así como al surgimiento de interpretaciones distintas, al pretender definir el alcance y contenido del concepto, todo ello traducible en una indiscutible afectación a un elemental principio de seguridad jurídica, legalidad y justicia, al propiciar la aplicación de criterios antagónicos por parte de los órganos jurisdiccionales en la resolución de casos concretos, y en general, por parte de todos los sujetos implicados en la procuración y administración de justicia en nuestro país. Ello resulta así, pues contrario a lo que estima el autor, nosotros consideramos que en ningún momento se violentó la garantía de seguridad jurídica, legalidad y justicia, por el contrario, dicha reforma constitucional lo que llegó a hacer fue precisamente brindar mayor seguridad jurídica a los gobernados que se vieran implicados en el drama penal, pues ciertamente el concepto tipo penal vino a robustecer y confirmar el principio de legalidad a que ya se hizo referencia, lo cual sin lugar a dudas quedó debidamente plasmado en las reformas procesales correspondientes; sin embargo, si bien es cierto la reforma de mérito creo en un principio grandes confusiones e interpretaciones distintas en su aplicación de lo que debía entenderse por elementos del tipo penal, ello de ninguna forma puede ser atribuible o imputable a la sistemática adoptada en ese entonces (teoría de la

acción final), más bien se debió a la falta de cultura jurídica en el conocimiento de dicha teoría, por parte de los hombres y mujeres encargados de la procuración y administración de justicia en México, sin dejar de soslayar a los abogados postulantes, quienes de la misma forma que los primeros, en la mayoría de los casos tenían también un desconocimiento de ésta, pues no fue sino hasta que se empezaron a realizar diversos cursos de actualización, y por ende que se empezaran a emitir las primeras resoluciones judiciales de corte finalista cuando éstos retomaban su contenido para con posterioridad hacer valer dichos argumentos en sus alegatos, conclusiones, agravios o conceptos de violación, según fuera el caso. Es decir, la inseguridad jurídica se gestó en los encargados de la procuración y administración de justicia, pero de ninguna forma en el contenido de la nueva sistemática adoptada (teoría de la acción final). Sin embargo, también estimamos que resulta indudable que el impacto de la reforma en cuestión, en cuanto a la pretendida implantación del finalismo, fue de magnitud muy considerable, al grado de que los sujetos implicados en la función ministerial y judicial (de diversos ámbitos y niveles) no concibieron cabalmente los alcances de las modificaciones y, por tanto, no estaban en condiciones de realizar un ejercicio satisfactorio o apropiado respecto a la aplicación correcta de tales implicaciones, entre los cuales, por supuesto nos encontrábamos nosotros, cuando nos desempeñábamos en ese entonces como agente del Ministerio Público, en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Luego, resulta evidente que la reforma constitucional del 3 de septiembre de 1993, implicó un avance en la dogmática penal de aproximadamente cien años, al abordar conceptos ampliamente superados y actualizar conceptos que ya la doctrina penal acepta en su mayoría, como lo es el concepto de tipo y elementos del tipo. Es decir, las reformas no fueron el producto de generación espontánea, sino que han sido el producto del avance de la dogmática jurídico-penal y por sobre todo del avance de la tutela de los derechos humanos en materia penal en un proceso que no ha sido singular o aislado sino que ha sido integrado con el resto de las Naciones. Los contenidos normativos referidos en la reforma

constitucional penal reflejan muchos avances particularmente al incluir la idea del tipo y abandonar la idea del cuerpo del delito, máxime que en nuestro derecho y particularmente por la interpretación que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación había dado al concepto del cuerpo del delito, el mismo únicamente se restringió a la comprobación de los aspectos objetivos o externos del delito, sin ocuparse ni de todos los aspectos objetivos y mucho menos de aspectos normativos y subjetivos que también lo integran. Al incluirse en la reforma el concepto de tipo y elementos típicos, desde luego que se abandona la idea y su interpretación del cuerpo del delito para arribar aun concepto mucho mas amplio y de mayor seguridad para el particular justiciable. No cabe entonces el comparar, equiparar o confundir dos figuras que no son coincidentes ni idénticas, pues si los fueran por simple lógica, no hubiese tenido razón de ser el reformar la Constitución.¹⁵²

Por lo anteriormente expuesto, resulta evidente que por virtud de la concepción objetiva del cuerpo del delito, anterior a la reforma de 1993, lo cual sin lugar a dudas es una concepción restringida, se hizo costumbre en nuestro sistema de enjuiciamiento penal comprobar el cuerpo del delito, únicamente mediante la prueba de los elementos externos, es por ello que estamos de acuerdo con lo que señalan Gonzalo Antonio Vergara Rojas y Arturo Vaca Rivera, cuando dicen que ejemplo de ello fue la aplicación de las llamadas reglas de comprobación para los delitos de homicidio, lesiones, robo etc, en donde la simple prueba de elementos externos era suficiente; ello trajo como consecuencia una inseguridad para el gobernado pues se llegó a considerar, incluso como regla general que el acreditamiento de esos elementos externos restringidos era suficiente, pues la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación considero que para librar una orden de aprehensión ni siquiera era necesario el comprobar el cuerpo del delito. Luego entonces, resulta claro que con la reforma constitucional

¹⁵² Vergara Rojas, Gonzalo Antonio y Baca Rivera, Arturo, La inconstitucionalidad en las legislaciones estatales penales que equiparan a los elementos del tipo penal con el concepto de cuerpo del delito y la resultante responsabilidad para juicio político, Revista de la Facultad de Derecho, No. 15, Mayo – Agosto, 1994, México, pp. 39-40.

del 03 de septiembre de 1993 se parte de la idea de tipo penal y el acreditamiento de sus elementos típicos, mismos que como se ha referido, implican requisitos de acreditamiento muchos mayores que los simples elementos externos a que se contraía el concepto del cuerpo del delito y por sobretodo que conforme a la concepción de tipo y elementos típicos no puede concebirse su acreditamiento a través de reglas especiales, pues lo que se acredita es un todo y no puede acreditarse ese todo con reglas especiales que, en todo caso únicamente acreditan una parte de ese todo, y si el todo no esta acreditado se vulnera la garantía de seguridad jurídica en contra del gobernado.¹⁵³

Del contenido de lo antes expuesto en el presente apartado, podemos establecer a manera de síntesis que la reforma de 3 de septiembre de 1993, según la exposición de motivos que la gesto, buscó entre otras cosas lo siguiente:

a).- Mejorar la técnica legislativa para dar mayor claridad al artículo 16 Constitucional.

b).- Precisar los elementos de fondo para que la autoridad judicial pudiera girar la orden de aprehensión.

c).- Responder a los requerimientos de la realidad de nuestro sistema Constitucional en relación a las garantías en materia penal.

d).- Sustituir el concepto cuerpo del delito por el de la acreditación de los elementos del tipo penal.

e).- Lograr la tranquilidad pública y la seguridad jurídica con normas claras y precisas.

¹⁵³ Ibidem., pp. 42-43.

f).- Lograr mayor énfasis y precisión a los principios contenidos por los artículos 16 y 19 constitucionales.

g).- Obligar a las autoridades a comprobar el hecho penalmente relevante ya que la mención de pruebas se refería únicamente a la probable responsabilidad para el libramiento de la orden de aprehensión.

h).- Equiparar los extremos de prueba exigidos tanto para la orden de aprehensión como para el dictado del auto de formal prisión, ello por motivos de coherencia.

i).- Vincular el derecho procesal penal con el derecho sustantivo.

j).- Clarificar los requisitos para motivar y fundar las resoluciones de los jueces y por ello fortalecer la seguridad jurídica de los gobernados.

k).- Puntualizar la obligación de la autoridad de verificar la existencia del hecho delictuoso y la probable responsabilidad del inculpado.

l).- Precisar, clarificar y ampliar el ámbito de libertad, legalidad y seguridad jurídica de los gobernados.

Por otra parte, podemos establecer que atentos al contenido adoptado por la reforma constitucional de 1993, los requisitos para librar una orden de aprehensión y dictar un auto de formal prisión, según el contenido de los artículos 16 y 19 constitucionales, serían los siguientes:

Requisitos para librar una orden de aprehensión:

a).- Sólo podrá librarse por autoridad judicial;

b).- Previa, denuncia, acusación o querrela;

- c).- Se trate de un hecho que la ley señale como delito;
- d).- El delito debe estar sancionado cuando menos con pena privativa de libertad;
- e).- **Existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal; y**
- f).- **Existan datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado.**

Requisitos para dictar un auto de formal prisión:

- a).- Debe dictarse por la autoridad judicial;
- b).- Dentro del término de las setenta y dos horas, contadas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición.
- c).- **Aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido; y**
- d).- **Aparezcan datos que hagan probable la responsabilidad de este.**

Es evidente que la intención del legislador no fue la de hacer una simple sustitución terminológica, ni la de articular el derecho sustantivo con el derecho adjetivo penal sino que su objeto primordial fue el de que se abandonara definitivamente la expresión "cuerpo del delito", que se mostraba reacia a ampliar su contenido, y sustituirla por la noción con la que infructuosamente ya se había pretendido identificar: "tipo penal del delito", en tal virtud en nuestra opinión la reforma constitucional de 1993 significó un avance, al robustecer la garantía de seguridad jurídica, en tanto que además de uniformizar los requisitos que se han de satisfacer para el dictado de una orden de aprehensión a los exigidos para el de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se definieron con mayor claridad los contenidos de estos.

4.2 REFORMA CONSTITUCIONAL, DE 8 DE MARZO DE 1999 A LOS ARTICULOS 16 Y 19. (DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO A CUERPO DEL DELITO).

Ciertamente con la reforma constitucional de 1993 se establecieron mayores requisitos, tanto para librar una orden de aprehensión como para dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso; sobre todo el punto más debatido de la reforma se centró en la acreditación de los elementos subjetivos específicos, así como en la acreditación del elemento subjetivo dolo, pues éstos debían analizarse a nivel del tipo penal, y ello era una obligación legal para el Ministerio Público el acreditarlos, para poder estar en aptitud de ejercitar la acción penal en contra del probable responsable de la comisión de un delito. Esto, dio lugar a una serie de problemas de interpretación, y sobre todo de acuerdo entre los Ministerios Públicos y Jueces, estos últimos fueron reduciendo el otorgamiento de ordenes de aprehensión solicitadas por los primeros, argumentando la deficiente integración de las averiguaciones previas consignadas.

Se dijo entonces, que los índices de criminalidad en México se fueron incrementando hasta niveles insospechados dando lugar a un sonoro reclamo social de poner fin a dicha situación.

Atento a lo anterior, el legislador mexicano inició el llamado proceso de contrarreforma a la Constitución de 1997, que culminó el 8 de marzo de 1999 reformando los artículos 16 y 19 Constitucionales para volver al concepto de cuerpo del delito, no tardando la reforma en llegar a la legislación secundaria, es decir, tanto al Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168, así como al diverso numeral 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; la ratio legis fue entonces, cambiar la nomenclatura de todos esos elementos que fueron introducidos en la reforma de 1994, para de esa forma facilitar a los agentes del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal en la

diversas averiguaciones previas en donde les era difícil acreditar los elementos subjetivos específicos, así como el dolo.

En esa tesitura, corresponde ahora conocer los motivos que gestaron la contrarreforma constitucional, que culminó el 8 de marzo de 1999. En tal virtud, resulta necesario hacer referencia al contenido a los dispositivos legales motivo de nuestro estudio, es decir, de los artículos 16 y 19 Constitucionales, y de lo cual se pone de relieve lo siguiente:

Texto anterior.

“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 penal privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado”.

Texto reformado.

“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”.

Texto anterior.

“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 imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de este”.

Texto reformado.

“Artículo 19.- ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran: el delito que 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.”

Luego, y continuando con nuestro método de estudio, corresponde ahora conocer los aspectos torales del contenido de la iniciativa de reforma de 10 de diciembre de 1997,¹⁵⁴ por virtud de la cual se reformaron los artículos 16 y 19 Constitucionales, de donde resulta, que las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos establecieron en el contenido de su dictamen que la solución de los problemas de seguridad pública, de procuración y de administración de justicia no pedían esperar más. La sociedad exigía y demandaba respuestas eficaces. Pues a pesar de los esfuerzos la delincuencia había crecido desmesuradamente.

Se dijo que la lucha contra el crimen era una batalla que parecía perderse. Con justa razón la sociedad había observado en el crecimiento desmesurado de la criminalidad la mayor amenaza, no solo contra su personas y patrimonios sino contra la Nación misma.

¹⁵⁴ Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (hasta su aprobación por la Cámara de Senadores el 1 de octubre de 1998).

Los legisladores afirmaron que la violencia y la inseguridad no son fortuitas, existen factores sociales perfectamente identificables que la alientan: la impunidad, la corrupción y la ineficacia.

Con relación a impunidad, se dijo que ésta era generada por las fallas en nuestros sistemas de procuración y administración de justicia que no castigaba a la mayoría de las acciones delictivas y que el resultado de ello era que los delincuentes proseguían su actividad criminal, confiados y alentados porque sus actos antisociales difícilmente serían castigados.

La corrupción, que tiene sus raíces más profundas en el resquebrajamiento de la cultura de la legalidad y en la falta de incentivos institucionales, financieros y honoríficos para quienes dedican su vida a hacer cumplir la Ley.

Por si esto fuera poco, el abandono en que por décadas se dejó a nuestros cuerpos de seguridad no permitió su profesionalización y modernización; por ello, para la gran mayoría de sus miembros las técnicas de investigación y prevención del delito eran algo ajeno a su práctica cotidiana. Aunado a esto encontraron los legisladores la falta de recursos materiales, lo cual los coloca en una marcada desventaja frente a los recursos y técnicas que utiliza cada vez más modernizadas organizaciones criminales, lo que genera una marcada ineficacia en sus acciones en contra de la delincuencia.

El legislador considero que existe coincidencia en sentar las bases de un nuevo y eficaz sistema de justicia, que contribuya definitivamente a consolidar nuestro Estado de Derecho.

En tal virtud los señores legisladores consideraron también que era imperativo dar pasos decisivos en la lucha por alcanzar los niveles de seguridad pública que todos los mexicanos demandan. Señalan también, que es el momento de que pueblo y gobierno, emprendan una batalla por la defensa de las familias de sus

bienes y patrimonio y que el Estado Mexicano necesitaba recuperar la capacidad de ejercer con eficacia la mas elemental de sus funciones, brindar seguridad ciudadana, someter al trasgresor al imperio de la Ley y evitar que la violencia se encumbre como factor predominante de la vida social.

Con relación a la realidad existente en la procuración y administración de justicia el legislador aporó datos estadísticos alarmantes, tras señalar que de las 232,821 averiguaciones previas iniciadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en 1996, únicamente se consignaron ante el juez el 10% y exclusivamente en un 3.8% de los casos se logro una sentencia condenatoria.

En el ámbito federal, en el año de 1996, la Procuraduría General de la República inicio 74,030 indagatorias; de ellas puso a disposición de los jueces únicamente a 8,940 probables responsables de delito, es decir, al 12% de los casos.

En el resto del país las estadísticas de delitos denunciados investigados y perseguidos siguen los mismos parámetros, ya que 1,491,860 averiguaciones abiertas en 1996 por los Agentes del Ministerio Público del Fuero Común, respecto de consignaciones con detenido, en promedio por entidades solo llegaron a los tribunales aproximadamente el 10% del total, de conformidad con los datos proporcionados por las propias procuradurías de justicia estatales. Continua diciendo el legislador que según datos proporcionados por el entonces Secretario de Gobernación Lic. Francisco Labastida Ochoa, en la ceremonia de presentación de la Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia, afirmó que en 1997 se denunciaron ante Agencias del Ministerio Público 1,490,000 delitos y muchos mas no fueron denunciados; indicó también que se iniciaron 1,330,000 averiguaciones previas pero solo fueron consignadas 249,000. Se libraron 149,000 ordenes de aprehensión, pero solo se ejecutaron 85,000. El número de delincuentes detenidos, es una proporción muy baja; se señaló que en consecuencia el número de delincuentes que esta libre es muy alto.

Lo anterior, consideraron las Comisiones Unidas, representan las cifras sobre la labor formal de la justicia; sin embargo, además de tomar en consideración a quienes se procesa y sentencia, se debe tener en cuenta el número de delitos y delincuentes que se quedan sin esclarecer o identificar, estas cifras se dijo, son mayores.

Por otra parte se adujo en el dictamen de mérito que los delitos que se denuncian 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.

Se dijo también en el dictamen de referencia algo que si bien es un secreto a voces entre los miembros de colectividad, resulta ser reprochable cuando se dice en el dictamen aludido que en México predomina la impunidad ya que de los delitos denunciados, únicamente un número muy pequeño se persigue y se sanciona; el resto de los delitos desconocidos se quedan sin investigar y por ende sin sanción.

Como consecuencia de lo anterior se argumento que con las propuestas de la iniciativa en estudio se buscaba atender la urgente necesidad de modificar la averiguación previa con medios que hicieran mas eficiente las tareas del Ministerio Público y de la Policía Investigadora.

En relación al apartado correspondiente entre el conflicto que existe entre las garantías individuales contenidas en nuestra Ley fundamental y el problema de la inseguridad pública, se estableció que la reforma constitucional se insertaba perfectamente en la lógica del constitucionalismo mexicano trazada desde 1824 en materia de derechos del hombre y de garantías individuales, se dijo en el dictamen de referencia que en el momento histórico actual en el cual nuestra sociedad enfrenta enormes problemas relativos a la seguridad pública, se veían

los señores legisladores obligados a proponer una serie de modificaciones que si bien restringe el alcance de algunas garantías establecidas a favor de quienes estaban sujetos a un proceso penal, estas eran indispensables para atacar de manera frontal a la delincuencia; así como para acabar con la impunidad que tanto daño a causado al tejido social.

Ahora bien, en relación al contenido propiamente dicho a la reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales se estableció lo siguiente:

Del artículo 16 se dijo, que con la reforma de 1993 a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se les exigió mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión y que el balance de los cuatro años de aplicación de dicha reforma es el que no se logro el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Se dice en el dictamen, que por el contrario, por tecnicismos formales presuntos delincuentes han logrado evadir la acción de la justicia; pues en 1997 no se observo mejoría pues todas las averiguaciones previas consignadas ante autoridad judicial, se obsequiaron ordenes de aprehensión en menos del 20%; esto sin tomar en cuenta las cifras de consignación que hacen las Procuradurías y cuya tendencia se mantuvo en 1997.

Se dijo también que ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad. De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en dicho precepto para obtener una orden de aprehensión. Se estableció en el dictamen en comentario que resultaba suficiente con la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado; se dijo que ello permitiría hacer mas eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

Con relación al artículo 19 Constitucional se estableció que con la reforma de 1993 se sustituyó el concepto de cuerpo del delito por el de elementos del tipo penal lo que provocó que para dictar un auto de formal prisión se debían acreditar todos los elementos del tipo penal, objetivos, subjetivos y normativos, así como la probable responsabilidad del indiciado.

En esa tesitura se estableció que la iniciativa en estudio proponía que para el dictado del auto de formal prisión se debía acreditar 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 de la probable responsabilidad del indiciado.

En lo que corresponde a las consideraciones particulares y cambios de la iniciativa en estudios se dijo en lo relativo al artículo 16 Constitucional que habiendo seguido la doctrina finalista la reforma de 1993 modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución e impuso al Ministerio Público nuevos requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de ordenes de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de delitos. Se suprimió con la reforma del 1993 el concepto de cuerpo de delito y se introdujo el concepto de elementos del tipo penal, y se equipararon los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. De este modo se hizo necesario acreditar en ambos casos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Así, a partir de la reforma de 1993, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, es decir los elementos objetivos, subjetivos así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión. Resulto necesario acreditar los elementos subjetivos tales como "tener conocimiento" de cierta circunstancia, el "propósito de delinquir" u otros aspectos subjetivos según el delito de que se trate, pero se argumentó, que esto era

correcto para una sentencia condenatoria, pero resultaba excesivo para una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

En este sentido, se argumentó que la reforma de 1993 propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal. Continúa diciendo el legislador, que se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente similar al requerido para dictar una sentencia, con lo cual se convirtió la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público.

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

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

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

El cuerpo del delito no es un concepto nuevo en nuestro Derecho. Ha sido ampliamente estudiado y si bien se le ha interpretado de diferentes maneras, antes de la reforma de 1993, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por "cuerpo del delito" se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materia de la figura delictiva descrita concretamente en la Ley. Se dijo por los legisladores que este era precisamente el concepto que había que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993; estableciéndose que así habría de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado.

Así pues, se considero que de esta manera seria en el proceso penal donde se encuentre la amplitud probatoria, por lo que era necesario modificar los requisitos impuestos al Ministerio Público para obtención de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión, debía dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad penal.

Derivado de la anterior las comisiones unidas consideraron pertinente hacer algunas precisiones al texto propuesto en la iniciativa y al respecto se establecieron los siguientes criterios:

a).- Se considero insuficiente acreditar la mera "probabilidad" de los elementos del tipo para justificar un acto de molestia contra la libertad de las personas, esto daría lugar a excesos y llenaría las prisiones solo por sospechas o suposiciones de los Agentes del Ministerio Público.

b).- Se argumento que resultaba mas apropiado adoptar el concepto de cuerpo del delito, en lugar de referir los elementos objetivos del tipo penal; así como se propuso en el texto constitucional la adopción de esa figura.

Bajo esa tesitura, se concluyó que para librar una orden de aprehensión se requeriría y así debía decirlo la legislación secundaria que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, entendido este como el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito en la Ley; así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se tenía que deducir fundamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso.

c).- Como se trata de las fases iniciales del proceso penal se consideró conveniente que el grado de convicción del juzgador, en esta etapa, no tenía que ser plena, ya que bastaría para librar una orden de aprehensión, en apoyo de datos que hicieran probable la responsabilidad del indiciado.

Luego, por virtud de las consideraciones antes citadas el legislador propuso el siguiente contenido del artículo 16 Constitucional:

"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."

Con relación al artículo 19 Constitucional se estableció que en congruencia con la modificación propuesta para el artículo 16 Constitucional, se establecen requisitos específicos que el Juez deberá tomar en cuenta para dictar el auto de formal prisión, los que se propusieron como elementos de juicio son: el delito de que 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 virtud de lo anterior, las Comisiones Unidas propusieron varias precisiones a la propuesta de la iniciativa en estudio, de donde se pone de relieve en lo que a nosotros nos interesa, lo siguiente:

a).- Se dijo que con el objeto de dar congruencia a la modificación propuesta al texto del artículo 16 Constitucional debía suprimirse la palabra "plena", respecto de la acreditación de los requisitos para dictar el auto de formal prisión. La acreditación de la "plena" existencia de los elementos objetivos del tipo penal para emisión de un auto de formal prisión, resulta incongruente con la reforma propuesta al artículo 16 Constitucional. De ser así se dijo que se desnaturalizaría el juicio penal, ya que la convicción plena es propia de la parte final del proceso una vez desahogadas las pruebas.

Con la anterior precisión es evidente que se facilitó el camino a los jueces penales para el dictado de los autos de formal prisión y sujeción a proceso.

El texto aprobado para el artículo 19 Constitucional en lo que a nosotros nos interesa, quedó de la siguiente forma:

"Artículo 19.- ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran: el delito que 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."

Finalmente la iniciativa en estudio, tras ser aprobada, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 08 de marzo de 1999.

Sentado lo anterior, corresponde hacer ahora algunas consideraciones en relación al contenido de la iniciativa en estudio, de donde se pone de relieve, que ante la ineficacia del sistema de procuración de justicia se pretendió modificar sustancialmente los requisitos para librar las ordenes de aprehensión. En este sentido la propuesta original del Ejecutivo Federal sometida a consideración de la Cámara de Senadores en relación a los artículos 16 y 19 constitucionales era el siguiente:

Artículo 16.-

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

Artículo 19.-

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad."

Ahora bien, Gabriel Regino nos dice que de acuerdo con la exposición de motivos, la razón de dicha reforma, obedeció a que con la modificación Constitucional de 1993, por virtud de la cual se exigió como nuevo requisito para la emisión de ordenes de aprehensión, la integración de los elementos del tipo penal, (objetivos, subjetivos y normativos), la impunidad alcanzo los grados que ahora presionan a la sociedad y al gobierno dado que volvieron difícil la acusación de los

órganos encargados de procurar justicia. Dicha reforma de 1993 es considerada errónea por la exposición de motivos de la iniciativa de 1997, cuando en uno de sus párrafos sentencia: "dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano." Refiere el autor, que tal aseveración es cuestionable, ya que el derecho concebido como ciencia, no puede adquirir carta de naturalización y de exclusividad en determinado país, precisamente por su generalidad y el espíritu común que lo informa.¹⁵⁵

Tal apreciación, es acertada, pues consideramos que toda teoría del conocimiento es para toda la humanidad, y corresponderá a cada país adoptarla o no, para resolver problemas de su realidad social y jurídica, sin alterar o modificar los postulados esenciales que fundamenten dicha teoría. Sin embargo, estimamos que los problemas surgen en el momento de su interpretación y aplicación, por los sujetos encargados de la procuración y administración de justicia en México, es decir, el problema no es de teorías, sino de hombres. Es mejor adoptar una teoría, aunque sea "extranjera", que vivir en la inseguridad jurídica, pues si recordamos, antes de la reforma de 1994, el legislador no se había pronunciado ni a favor, ni en contra de corriente doctrinal alguna y por lo tanto, no existía uniformidad para analizar los elementos del tipo, pues por ejemplo, para acreditar el dolo, éste se estudiaba en el nivel analítico del tipo o de la culpabilidad, ello en razón de la posición doctrinal adoptada por el funcionario público encargado de su análisis, clásico, neoclásico o finalista, situación que sin lugar a dudas traía como consecuencia una inseguridad jurídica para los gobernados. Sin embargo, no deja de soslayarse que trátase de la posición dogmática de que se trate, cada una de estas cuenta con una estructura del delito diferente para poder estar en aptitud de conocer si una conducta determinada esta considerada o no como delito, pero la sistemática de la acción final es más completa, dado el contenido de los elementos del tipo, pues se trata de un tipo penal complejo que contiene, tanto

¹⁵⁵ Regino, Gabriel, *op. cit.*, pp. 151.

elementos objetivos, subjetivos específicos, normativos y subjetivos como el dolo y la culpa, incluyendo también a las formas de autoría y participación, sin dejar de ponderar las modificativas o calificativas.

Miguel Ángel Mancera Espinosa señala que si la Legislación secundaria fuera reflejo de lo expresado por la Constitución tal y como se encontraba en el Código de 1984, podríamos validamente seguir trabajando como lo hemos venido haciendo con la salvedad de que se dejaría de nueva cuenta a la libertad del juzgador o en su caso del órgano de procuración de justicia tomar como postura la posición dogmática, la que mas acorde considerara con el avance del derecho penal, sin embargo señala el autor que el problema no esta ahí, que este se encuentra en la exposición de motivos, cuando dice que la Constitución no debe tener filiación doctrinal y posteriormente se afirma que por cuerpo del delito se entenderá lo que desde 1894 dijo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir que solo se atenderá a la parte objetiva o externa, que constituyan la materialidad del hecho y así, también afirma, y sin duda es lo mas importante, que habrá de señalarse en la Legislación secundaria el concepto citado, y entonces, se pregunta el autor ¿Cuál es la diferencia con la iniciativa original? la cual en su momento planteo acreditar probablemente los elementos del tipo objetivo que constituyen la parte objetiva del tipo, es decir el aspecto material susceptible de ser apreciable a través de los sentidos. Continúa diciendo Mancera Espinosa, que esto es incongruente y que es más incongruente que afirmen la conveniencia de eliminar de la propuesta original el grado de comprobación "probable", pues se considera insuficiente para justificar el acto de molestia, y se daría entonces un exceso que llenaría las prisiones por lo que se prefiere requerir que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiendo este con el contenido antes expuesto, y que no es precisamente la recreación de una inseguridad jurídica total, lo que se lograra a volver a una concepción del siglo pasado, y dice el autor que no se refiere al concepto de cuerpo de delito sino al contenido que se le pretende dar, ya que ese contenido fue dado en una época en la que ni siquiera había nacido el concepto de tipo penal, mismo que como todos sabemos atiende al

principio de legalidad del *nullum crimen sine legem*, y que una de sus funciones es la de garantía, la de brindar seguridad jurídica, pues solo las conductas subsumibles en el pueden ser castigadas; se pregunta el autor también, si no se estará queriendo ligar el avance científico en el que se fundan los Estados que pretenden llamarse democráticos y que cumplen con el principio de intervención mínima y entonces, no será también que se pretende distraer la atención para volver a un Estado opuesto al democrático, y que podrá en su momento usar al derecho penal como utensilio de dominación, o bien, no será que se pretende justificar la ineficiencia operativa de muchas autoridades con el argumento de la falta de profesionalización del Ministerio Público, y de que no son necesarios los tecnicismos jurídicos. Basta solo recordar que según estadísticas de las propias instituciones encargadas de la procuración de justicia existen un 65 y 75 por ciento de ordenes de aprehensión sin ejecutar y se pregunta el autor que entonces para que quieren más si las que se tienen no se pueden cumplimentar.¹⁵⁶

Díaz Aranda señala, que el término cuerpo del delito es un termino procesal en cuyo concepto se ha buscado en la dogmática penal y, por tanto, su contenido puede variar conforme al sistema penal que se aplique. Por ello el legislador de 1998-99 se equivoco al afirmar que la doctrina finalista ha impedido la debida impartición de justicia en México, pues dicho sistema nos sirve para analizar con una mejor estructura si una conducta es o no constitutiva de delito. Pero los mismos niveles y elementos se estudian empleando tanto el sistema clásico o neoclásico, conocidos como causalismo, como aplicando el sistema final de acción o, incluso el mas moderno, el sistema funcional y lo único que cambiara al emplear uno u otro sistema serán los presupuestos o fundamentación de los cuales se parta para el análisis y, en ocasiones el orden en que se estudian los elementos de los tres niveles del delito. Agrega, que si el cuerpo del delito se haya

¹⁵⁶ Mancera Espinosa, Miguel Ángel, ¿elementos del tipo o cuerpo del delito?, Criminalia, Año LXIV, No. 2, México, D.F., Mayo-Agosto, Ed. Porrúa, 1998, pp. 10-12.

identificado con el causalismo se debe a una coincidencia histórico-dogmática, pero ello no impide que su concepto se pueda interpretar conforme a los postulados del finalismo. Por ende, el legislador de 1998-99 ha creído encontrar la causa del incremento de la criminalidad en un lugar falso, en la dogmática jurídico penal, la cual, por el contrario, tiene como finalidad mejorar la impartición de justicia a través de teorías que nos ayudan a establecer que supuestos de hechos pueden ser considerados como delitos y para ello nos proporcionan fórmulas o esquemas de análisis conocidos como sistemas del delito.¹⁵⁷

En este sentido, es criticable la posición adoptada en la exposición de motivos de la iniciativa en estudio, cuando sentencia que la exigencia constitucional de comprobar los elementos del tipo no corresponden plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano, y su inclusión como requisito para girar una orden de aprehensión o para decretar un auto de formal prisión evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad. Es lamentable porque se considera que el respeto total a las garantías individuales de toda persona, y específicamente a la de seguridad jurídica en relación a la libertad, está supeditado a un supuesto desarrollo del derecho penal en nuestro país, por lo que, al no alcanzarse ese supuesto desarrollo requerido por el Ejecutivo Federal, no es posible otorgar a plenitud esa garantía de seguridad jurídica.

Por su parte, Arturo Zamora Jiménez nos dice que también es lamentable la consideración del ejecutivo, porque al proponer la eliminación del requisito constitucional para el decreto de una orden de aprehensión consistente en demostrar los elementos del tipo penal, se provoca con ello una involución en el respeto a las garantías individuales, pues se vuelve al concepto que ya se había

¹⁵⁷ Díaz Aranda, Enrique, Detener, consignar y ¿en el proceso averiguar?, Criminalia, Año LXV, No. 1, México, D.F., Enero- Abril, 1999, pp.49-50.

superado del cuerpo del delito y se hace permisible para los jueces, y accesible con toda la facilidad para el Ministerio Público, de que los primeros ordenen un aprehensión con los más mínimos requisitos de prueba; y a los segundos, facilitarles la investigación de los hechos delictuosos, pues por una parte, al Ministerio Público le bastará demostrar los elementos materiales u objetivos del tipo (y eventualmente los normativos, en caso de que así se requiera); y para los jueces también les será muy fácil dictar ese auto de molestia con la sola demostración del hecho objetivo. Lo anterior, desde luego motiva mayor inseguridad para el gobernado en relación a la exigencia existente a partir de la reforma de 1994, pues en ésta el gobernado tenía la garantía constitucional de que no sería molestado por un acto de autoridad judicial que ordenara su aprehensión si no se reunían la totalidad de los elementos constitutivos del tipo penal, y en cambio, en la actual contrarreforma aquella garantía se ve desvanecida por la posibilidad constitucional de que se pueda emitir una orden de aprehensión con la sola demostración de uno de los elementos más fáciles de acreditar del tipo penal como lo es el externo u objetivo.¹⁵⁸

Sergio García Ramírez, establece que no es posible coincidir con dos expresiones de la exposición de motivos, demasiado enfáticas. Se dice, primero, que “la iniciativa respeta los principios consagrados en la reforma de 1993, pero la desarrolla y perfecciona para ser más eficiente la actuación de los órganos de procuración y administración de justicia, conservando plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados por las garantías individuales”. No es así: la iniciativa modifica sustancialmente los principios de la reforma de 1993. Se dice, después, que “la exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público no se reduce con la reforma, simplemente esta exigencia se cumplimenta en las etapas procesales idóneas”. Tampoco es así: evidentemente, se reduce en forma drástica la mencionada exigencia a cargo del Ministerio Público – al que se releva de probar lo que hasta hoy ha debido probar, tanto antes como después de la reforma de 1993 -, lo que

¹⁵⁸ Zamora Jiménez, Arturo, op. cit., pp. 17-18.

se cumplimenta en las etapas procesales posteriores –calificadas por la exposición de motivos como idóneas – ciertamente no mantiene la vieja exigencia concentrada en la averiguación previa.¹⁵⁹

La iniciativa de reforma al artículo 16 constitucional propone flexibilizar los requisitos para dictar órdenes de aprehensión como si la causa de la impunidad residiera en la dificultad de obtener de los jueces dichas órdenes. Sin embargo, nos dice Fernando García Cordero, en la cuarta reunión de Procuradores de Justicia, se reconoció que el 65% de las órdenes de aprehensión están pendientes de cumplimiento y el 75% de las del fuero federal tampoco se han cumplido. Obviamente la impunidad no se debe a la dificultad para obtener órdenes de aprehensión de la autoridad judicial, sino que ésta deriva de la incapacidad de la procuradurías para cumplimentarlas. Por ende, la reforma al artículo 16 constitucional resultaría inútil e irrelevante para reducir la impunidad.¹⁶⁰

El talón de Aquiles del Ministerio Público lo ha sido siempre la demostración de los elementos subjetivos del tipo. "Flexibilizar" los requisitos para una orden de aprehensión será entonces aceptar tácitamente que la impunidad en todo caso se deriva del pleno respeto a la garantía de seguridad jurídica, sino a la inoperancia e incapacidad de las instituciones dedicadas a la procuración de justicia, y que ante tal incapacidad habrá que facilitar las cosas para que se puedan obtener órdenes de aprehensión. Sin embargo, la iniciativa en comento pierde de vista, que el cuerpo del delito es un concepto de carácter adjetivo y que sólo con su demostración se legitima que una persona sea molestada en su libertad, pero con ello no se satisface la exigencia del respeto a la legalidad establecida en el artículo 14 constitucional que por fortuna no ha sido reformado por nuestra Constitución, y que en la medida que el Ministerio Público muestre su incapacidad para acreditar al final de un proceso penal la totalidad de los elementos constitutivos del tipo

¹⁵⁹ García Ramírez, Sergio, Una Reforma Constitucional Inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997), op. cit., pp. 19-21.

¹⁶⁰ García Cordero, Fernando, La Reforma Constitucional 97-98, una reforma de la reforma... otra vez, Criminalia, Año LXIV, No. 3, México, D.F., Septiembre – Diciembre, 1998, Ed. Porrúa, pp. 101-102.

penal, no se obtendrá una sentencia condenatoria, y por ende, la impunidad seguirá subsistiendo y campeando en nuestra realidad judicial, derivada, no de la flexibilidad para obtener una orden de aprehensión, sino de la incapacidad de los órganos de investigación de justicia.¹⁶¹

En este sentido, consideramos que no le puede ser atribuible la impunidad, la corrupción y la inseguridad pública, a la exigencia constitucional del pleno respeto de las garantías individuales, pues este estado de seguridad jurídica de ninguna manera está reñido en oposición a las facultades de investigación que la propia Constitución establece para los órganos de procuración y administración de justicia. En otras palabras no es posible establecer una correlación de impunidad con el respeto pleno de las garantías individuales, y de no impunidad con el desprecio o disminución por parte de la Constitución de los derechos fundamentales de todo gobernado. En todo caso, el sistema jurídico que se precise de ser democrático por imperar en él un Estado de derecho, debe efectivamente, erradicar la impunidad, pero con respeto total de las garantías del gobernado, pues de otra suerte, a la inseguridad que sufre el ciudadano común por parte de la delincuencia, habrá que agregarse la inseguridad que también tiene que soportar o padecer de parte de las autoridades investigadoras del delito y las administradoras de justicia al verse disminuidas las exigencias para el dictado de una orden de aprehensión y un auto de formal prisión.

A manera de síntesis, podemos decir que los motivos que gestaron la contrarreforma a los artículos 16 y 19 constitucional, de 8 de marzo de 1999, son los siguientes:

a).- Los problemas de seguridad pública, procuración y administración de justicia no podían esperar, ya que la delincuencia había crecido desmesuradamente.

¹⁶¹ Zamora Jiménez, Arturo, op. cit., pp.19-20.

b).- La inseguridad es producto de la impunidad, corrupción e ineficacia de las instituciones encargadas de la procuración de justicia.

c).- Sentar las bases de un nuevo y eficaz sistema de justicia que contribuyera definitivamente a consolidar nuestro estado de derecho.

d).- Los delitos que se denuncian arrojan datos verdaderamente preocupantes sobre el grado de criminalidad no castigada y por lo tanto sobre los niveles de impunidad particularmente en la procuración de justicia.

e).- Se afirma que en México existe la impunidad ya que de los delitos denunciados únicamente un número muy pequeño se persigue y se sanciona, el resto de los delitos desconocidos se quedan sin investigar y por ende sin sanción.

f).- Buscar atender la urgente necesidad de modificar la Averiguación Previa con medios que hagan mas eficiente las tareas del Ministerio Público y de la Policía Investigadora.

g).- Restringir algunas garantías individuales en perjuicio de quienes están sujetos a un proceso penal, ello con la finalidad de atacar el problema de la delincuencia y de la impunidad.

h).- Por tecnicismos y formalismos de la reforma Constitucional de 1993, presuntos delincuentes han logrado evadir la acción de la justicia.

i).- El grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público en la Averiguación Previa evita el enjuiciamiento de muchos probables responsables, provocando mayor delincuencia e impunidad.

j).- Flexibilizar los requisitos para librar una orden de aprehensión (se dijo en la propuesta original de la iniciativa de reforma, que para libar una orden de

aprehensión, se debía acreditar únicamente la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal y que para el dictado de un auto de formal prisión se debía acreditar la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del delito, así como la probable responsabilidad del indiciado), ello permitirá hacer mas eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

k).- El acreditamiento de los elementos subjetivos específicos y del dolo eran excesivos para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, ello era correcto únicamente para una sentencia.

l).- Se advirtieron las limitaciones de carácter técnico y profesional atribuidas a las autoridades encargadas de procurar justicia, para la aplicación practica de las normas que regulaban la orden de aprehensión y el auto de formal prisión.

m).- Establecer que el texto constitucional no debía seguir ninguna corriente doctrinal, ya que en 1993, una doctrina en materia penal que tuvo éxito en otras naciones, no había contribuido a mejorar la procuración de justicia en México.

n).- Rescatar el concepto de cuerpo del delito establecido en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debiéndose entender por éste: Es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materia de la figura delictiva descrita concretamente en la Ley. Se dijo que así debía decirlo la legislación secundaria.

ñ).- Dejar para el proceso y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad penal.

Ahora bien, dada la reforma constitucional en estudio, podemos concluir que los requisitos para librar una orden de aprehensión y el dictado de un auto de

formal prisión, atentos a los nuevos contenidos de los artículos 16 y 19 constitucionales, son los siguientes:

Requisitos para librar una orden de aprehensión:

- a).- Sólo podrá librarse por autoridad judicial;
- b).- Previa, denuncia, o querrela;
- c).- Se trate de un hecho que la ley señale como delito;
- d).- El delito debe estar sancionado cuando menos con pena privativa de libertad;
- e).- **Existan datos que acrediten el cuerpo del delito; y**
- f).- **Existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.**

Requisitos para dictar un auto de formal prisión:

- a).- Debe dictarse por la autoridad judicial;
- b).- Dentro del plazo de las setenta y dos horas, contadas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición.
- c).- Deberá expresarse el delito que se impute al acusado; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa;
- d).- **Los datos deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito.; y**
- e).- **Los datos deberán ser bastantes para hacer probable la responsabilidad del indiciado.**

De lo anteriormente expuesto, podemos decir que las garantías constitucionales han sido minimizadas hasta el extremo de reducirlas al mismo nivel de las leyes secundarias. Si bien es cierto en los últimos años se ha agudizado el problema de la inseguridad pública, ello tiene sus causas en factores

de carácter social, económico y cultural, pero de ninguna forma puede atribuirse su incremento a la corriente doctrinal adoptada en la reforma Constitucional de 1993 (finalismo); sin dejar de soslayar que para disminuir los índices delictivos, no es posible hacerlo ni lograrlo con las reformas a la Ley, pues en todo caso deberán implementarse medidas de política criminal para la prevención del delito, como son precisamente, el pleno empleo, aumento de salarios, educación vivienda, salud, etc.

Por otra parte, como ha quedado señalado a partir de la reforma de 1993, los Jueces negaron cada vez mas el número de ordenes de aprehensión solicitadas por el Ministerio Público debido a la deficiente integración de la averiguación previa ya sea porque no se acreditaban todos los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad o bien porque las pruebas eran insuficientes si esto era así, la resoluciones de los jueces se ajustaban a los parámetros de un estado de derecho. Es evidente que se pretende ganar la lucha contra la delincuencia a través de incrementar el número de detenciones, ello resulta así por virtud del camino elegido por el legislador cuando suprimió todos esos elementos que tanto trabajo costaban acreditar al Ministerio Público (objetivos específicos y subjetivos como el dolo y la culpa) y dejarle en consecuencia una carga probatoria mínima para obtener la orden de aprehensión. Consecuentemente, de lo que se trato fue de restringir las garantías individuales a costa de solucionar supuestamente los problemas de inseguridad pública, impunidad y corrupción, atribuyendo la causa de dichos flagelos a la sistemática de la acción final, bajo el argumento de que no era aplicable a nuestra realidad nacional, dado el desarrollo del Derecho Penal Mexicano.

No deja de ponderarse, que en un estado de derecho la libertad, después de la vida es el bien jurídico tutelado mas importante del individuo, por ello, el acto de autoridad de privar de la libertad a un ciudadano debe estar debidamente fundado y motivado, ello se erige como una garantía del individuo en contra de la arbitrariedad de los órganos del Estado encargados de procurar y administrar

justicia. En este sentido, si ya habíamos incluido a nuestra legislación la presunción de inocencia y si ya estaban claramente establecidos cuales eran los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad que se debían acreditar para detener, consignar y procesar a una persona, no puede caber duda de que los Jueces obraban conforme a derecho cuando negaban ordenes de aprehensión a solicitudes basadas en averiguaciones previas deficientes; pues no debemos olvidar que en un estado de derecho toda persona es inocente hasta que no se le demuestre lo contrario, por tanto, solo los procesos culminados con una condena podemos sostener que se proceso y sanciono a un delincuente, en caso contrario estaríamos ante un inocente.

CAPITULO V

ASPECTOS PROCESALES ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA

Corresponde ahora, hacer un estudio del contenido de las reformas procesales a los artículos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como de su correlativo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para lo cual se tomará como punto de partida la reforma de 10 de enero de 1994, al artículo 168 materia de nuestro estudio, correspondiente a la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad, para de esta forma conocer los requisitos que se exigían con motivo de dicha reforma al agente del Ministerio Público, como base del ejercicio de la acción penal y los cuales, el órgano jurisdiccional debía examinar si estaban acreditados o no, para poder estar en aptitud de librar la correspondiente orden de aprehensión, o bien, en su caso dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Posteriormente se conocerá la reforma de 18 de mayo de 1999, al artículo antes citado, así como al diverso numeral 134; ambos del Código Federal de Procedimientos Penales, y mediante los cuales pretendió el legislador romper con una figura de derecho sustantivo denominada "elementos del tipo penal", para de esa forma incorporar a nuestra legislación secundaria un concepto de derecho procesal, es decir, el concepto de "cuerpo del delito"; y mediante los cuales se establece, que para el ejercicio de la acción penal es suficiente con la acreditación de los elementos objetivos, y normativos en caso de que la descripción típica lo requiera, dejando para el período de instrucción el estudio de los elementos subjetivos específicos, así como del dolo y la culpa.

También se establece un apartado mediante el cual se conocerá el papel adoptado por las legislaturas locales, después de la reforma procesal de 1999, es decir, si dichas legislaturas fueron congruentes o no, con la reforma que se hizo a la Constitución General de la República y en consecuencia cual es su repercusión en nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano.

Finalmente, se realizarán algunas consideraciones para conocer y saber si la reforma constitucional de 8 de marzo de 1999 y la correspondiente en materia procesal de 18 de mayo del mismo año, implican en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, un avance o un retroceso, al haber retornado nuevamente a la figura procesal de "cuerpo del delito", y haberse abandonado la figura de derecho sustantivo denominada "elementos del tipo". Para ello, se hará referencia al papel que han jugado en el drama penal las instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia en México, para entender de una vez por todas que el aumento de la criminalidad y de la pérdida de la seguridad pública, hayan sus causas en factores y fenómenos diversos a los que hace referencia el legislador de 1999, es decir, que el aumento de la criminalidad y de la inseguridad pública son producto de haber adoptado con la reforma de 1993 una teoría que no corresponde a nuestra realidad nacional, es decir, a la teoría de la acción final.

5.1. LA REFORMA PROCESAL DE 10 DE ENERO DE 1994, AL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO Y PROBABLE RESPONSABILIDAD).

Es necesario por cuestión de método, conocer en primer lugar, cual era el texto del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales anterior a la reforma de 10 de enero de 1994; al respecto, tenemos lo siguiente:

"Artículo 168.- El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efectos previene este Código".

Ahora bien, y sin pretender realizar un análisis exhaustivo de lo que en su momento constituyeron los elementos del tipo penal, insitos en el artículo 168

materia de nuestro estudio, pasamos ahora a realizar un breve bosquejo del contenido de la exposición de motivos del legislador que dio origen al artículo en comento, de donde se colige, que se considero necesaria la reforma de merito para ajustar los dispositivos 16 y 19 constitucionales, con el contenido de los preceptos procesales, señalando que en lugar de emplear las expresiones cuerpo del delito y presunta responsabilidad, a partir de dicha reforma se usarían las de "elementos del tipo penal" y de "probable responsabilidad".

"Mas adelante en el documento en estudio se argumenta que para los efectos de la comprobación de los elementos del tipo se proponía suprimir las llamadas reglas general y especial, las cuales se dijo que producían no solamente confusión sino impunidad por el manejo incontrolable que se hizo de parte del llamado error judicial, y que por ese motivo, siguiendo el criterio de la doctrina para el acreditamiento de los elementos del tipo, de la probable responsabilidad, del delito y sus circunstancias y de la responsabilidad, debía de emplearse la prueba conducente y útil para los efectos del caso concreto, lo anterior se dijo, con independencia de que en algunas hipótesis se establecieran reglas específicas para el desarrollo de la investigación. Así pues, y en virtud de la diversidad de criterios de lo que debía de entenderse por cuerpo del delito antes de la reforma constitucional de 1993 y que consistió en que en algunos de los casos se llegó a pensar que el cuerpo del delito se integraba con los elementos del tipo penal, fue que resulto la necesidad e importancia de establecer un nuevo contenido del artículo 168, el cual dijeron los legisladores en el dictamen de referencia, serviría para orientar al Ministerio Público y a la autoridad judicial, ya sea para los efectos del ejercicio de la acción penal o bien para la orden de aprehensión o el dictado de los autos de formal prisión y de sujeción a proceso. Así pues, se estableció en el referido dictamen que el contenido del artículo 168 se integraría con un listado de elementos típicos constantes y otros que pudieran variar según lo requiriera el tipo penal en particular. Se adujo también que si bien la regulación propuesta venia a establecer mayores exigencias a los órganos del Estado, ciertamente proporcionaría sin lugar a dudas mayor seguridad jurídica.

Con relación a la probable responsabilidad el dictamen que nos ocupa señalo que para resolver sobre el particular, es decir sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad tenia la obligación de constatar si no existía acreditada a favor de aquel alguna causa de licitud y que obraran datos suficientes para acreditar su probable responsabilidad. En este sentido se señala que lo anterior plantea una cierta secuencia en el análisis que la autoridad debía realizar; una vez afirmados los elementos del tipo penal, en un segundo nivel analítico se debía constatar si no existía acreditada una causa de licitud o justificación a favor del inculpado; en este sentido se argumento que si en ese nivel analítico de estudio de lo que constituyen los elementos del delito se determinaba que si operaba una causa de licitud, entonces no se entraría al análisis de la probable culpabilidad, es decir al tercer nivel analítico de estudio de los elementos del delito, pues aquella, es requisito previo de esta. Para los efectos del ejercicio de la acción penal, de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión y de sujeción a proceso, se estableció que era suficiente con que estuviera acreditada la probable culpabilidad del sujeto, esta, por su parte no se acreditara se dijo en el dictamen, por la mera constatación de que el sujeto tuvo participación en el hecho, pues la forma de intervención era una cuestión que debía analizarse entre los elementos del tipo.¹⁶²

En este sentido, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, quedó de la siguiente forma:

"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:

¹⁶² Sosa Ortiz, Alejandro, op. cit., pp. 62-64.

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 culposa de la acción u omisión

Así mismo, se acreditaran 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 del lugar, tiempo, modo y ocasión., f).- Los elementos normativos., g).- Los elementos subjetivos específicos y h).- Las demás circunstancias que la Ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar sino no existe acreditada a favor de aquel alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad. Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señala la Ley.”

Ciertamente con la reforma procesal al artículo 168, se estableció de una manera clara cuales eran los elementos integradores del tipo penal, así como la forma de acreditar la probable responsabilidad del inculpado, estableciéndose que para su acreditación se podría hacer uso de cualquier medio de prueba. También se puso de relieve que su contenido se integra de elementos necesarios y elementos contingentes, atentos a lo expuesto por Sergio García Ramírez¹⁶³, y en esa tesitura esos elementos son los siguientes:

A).- Necesarios: son los que concurren invariablemente en el tipo penal, bajo la perspectiva adoptada por la reforma :

I.- acción u omisión y lesión o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

¹⁶³ García Ramírez, Sergio, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, la reforma de 1993-1994, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995, pp. 156-157.

II.- Forma de intervención de los sujetos (se entiende que aquí vienen al caso las formas de autoría o participación delictuosas, así llamadas hoy por el primer párrafo del artículo 13 del Código Penal reformado en 1993, y antes denominadas formas de responsabilidad);

III.- realización dolosa o culposa de la acción u omisión (así se incorpora el dato subjetivo que había permanecido fuera del concepto cuerpo del delito).

B).- Contingentes: en cuanto que su presencia depende de los requerimientos específicos de tipos determinados:

- a).- Las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b).- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- c).- El objeto material;
- d).- Los medios utilizados;
- e).- Las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f).- Los elementos normativos;
- g).- Los elementos subjetivos específicos; y
- h).- Las demás circunstancias que la Ley prevea .

Del contenido del artículo 168, podemos advertir que dada la estructura de los elementos del tipo penal insitos en dicho numeral, resultaba necesario acreditar en primer lugar, la existencia de la conducta, esto es, la acción u omisión desplegada por el sujeto activo del delito, y en ese sentido atentos a lo dispuesto por el artículo 7º. del Código Penal Federal los delitos pueden ser de acción u omisión, ello resulta así, dado el concepto de delito adoptado por nuestra legislación sustantiva penal.

De la misma forma debía acreditarse por el Agente del Ministerio Público, la lesión o en su caso el peligro a que hubiere sido expuesto el bien jurídico protegido, y debía atenderse al contenido del artículo 12 del Código Penal, el cual nos establece lo que en la doctrina se conoce como la tentativa acabada e

inacabada; por la primera deberá entenderse, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que debían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por tentativa inacabada deberá entenderse, cuando el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito.

Con relación a la forma de intervención de los sujetos, ciertamente esta fue una de las grandes novedades aportadas por la reforma, es decir que las formas de autoría y participación en la comisión de un delito pasaron a formar parte de los elementos del tipo penal, y para ello debía recurrirse a lo previsto por el artículo 13 del Código Penal Federal que establece en sus ocho fracciones diferentes formas de autoría y participación; al respecto se transcribe su contenido:

“Artículo 13.- son autores o partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;**
- II.- Los que lo realicen por sí;**
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;**
- IV.- Los que lo lleven acabo sirviéndose de otro;**
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;**
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;**
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y;**
- VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.”**

La fracción I se refiere a la figura del autor intelectual, la fracción II, al autor material directo, la fracción III a la coautoría, es decir a quienes tienen el condominio funcional del hecho; la IV alude al autor mediato; la fracción V se refiere al instigador o inductor del delito; y ciertamente la fracción VI y VII, podemos decir que son relativas a los partícipes del delito, en donde la primera

corresponde al cómplice del delito y segunda al encubridor. Por cuanto hace a la fracción VIII, aquí se establece lo que se llama, responsabilidad corresponsiva.

La fracción III del artículo 168 en comento, se ocupaba del aspecto subjetivo del tipo, bajo las formas específicas del dolo o culpa, lo cual ciertamente es característico de la teoría de la acción final, perfeccionada por Hans Welzel, lo cual sin lugar a dudas también fue otras de las grandes aportaciones de la reforma procesal en estudio, sin dejar de soslayar que fue ciertamente este apartado de la acreditación de los elementos subjetivos del tipo el que causó tantos dolores de cabeza para los Agentes del Ministerio Público, pues por falta de su acreditación fueron negadas muchas ordenes de aprehensión y autos de formal prisión.

Los elementos antes citados podemos considerarlos como los requisitos que fueron denominados como comunes u ordinarios en la acreditación del tipo penal, pero en los diversos incisos contenidos en dicho artículo se establecieron los llamados requisitos accidentales o extraordinarios, atentos a que del contenido del artículo en estudio se establece que será necesaria su acreditación únicamente cuando el tipo lo requiera, y en tal virtud, en el inciso a) se hace referencia a las calidades del sujeto activo o pasivo, como por ejemplo la calidad específica de que el activo sea servidor público, en tratándose de delitos como el de abuso de autoridad o de delitos cometidos contra la administración de justicia.

El inciso b) nos habla del resultado y de su atribuibilidad a la acción u omisión, es decir, se tenía que analizar que dicho resultado ya fuera material o formal fuera atribuible a la conducta del activo, aquí destacaba el estudio del nexo de causalidad o nexo causal.

El inciso c), se refiere a la acreditación del objeto material, es decir, la cosa persona u animal sobre la cual recae la conducta.

El inciso d), exigía la acreditación de los medios utilizados, como por ejemplo en el delito de violación, se exigía la acreditación de la violencia física o moral, pues ciertamente ésta, en cualquiera de sus formas, constituye el medio comisivo del delito.

El inciso e), correspondiente a las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, como por ejemplo en el ilícito de robo a casa habitación era exigible acreditar como elemento del tipo penal de que ciertamente el delito se hubiere perpetrado en una casa habitación y no en otro lugar, o bien cuando se habla de lugar cerrado; en relación al tiempo puede citarse como ejemplo el ilícito de infanticidio en donde la muerte del producto de la concepción debía de ejecutarse dentro de las setenta y dos horas de haber nacido el producto, y en relación al delito de ocasión podría citarse los llamados delitos electorales; del mismo modo se cita al ilícito de hostigamiento sexual.

El inciso f), hace referencia a los elementos normativos del tipo, que son precisamente aquellos que para su comprensión requieren de una valoración jurídica o cultural, como por ejemplo lo que debe entenderse por apropiación, narcótico, cosa ajena, etc. Y por cuanto hace a elementos normativos que requieren de una interpretación cultural es de citarse el concepto de casta y honesta, como lo requería la entidad delictiva denominada estupro.

El inciso g), se refiere a los elementos subjetivos específicos, los cuales si la descripción típica lo requería era necesaria su acreditación desde la etapa de Averiguación Previa y los cuales eran muy difíciles de acreditar por el órgano investigador. Aquí podemos citar las siguientes expresiones; "al que con el ánimo de"; "con el propósito de"; "el que intencionalmente"; "el que ha sabiendas"; "el que con la intención de"; etc.

Por último, el inciso h), se refiere a las demás circunstancias que la Ley prevea, era aquí precisamente en donde se exigía la acreditación de las

modificativas o calificativas contenidas en los tipos penales; es decir dicha fracción según Estuardo Mario Bermúdez Molina, concierne necesaria e ineludiblemente a las circunstancias propias de los llamados tipo complementados o circunstanciados que fundamentan un diverso grado de pena, correspondiente a un distinto desvalor de acción ¹⁶⁴

Asentado lo anterior, podemos establecer que dado el contenido de los elementos del tipo penal del artículo 168 en estudio, éste se puede dividir en elementos objetivos y subjetivos, de donde resulta lo siguiente:

Elementos objetivos:

- 1.- Sujeto activo.
- 2.- Sujeto pasivo.
- 3.- Objeto material.
- 4.- Resultado
- 5.- Nexo causal.
- 6.- Calidad en el sujeto activo o pasivo
- 7.- Referencias de modo, tiempo, lugar y ocasión
- 8.- Medios de ejecución
- 9.- Bien jurídico tutelado
- 10.- Elementos normativos

Elementos subjetivos:

- 1.-Dolo
- 2.- Culpa
- 3.- Elementos subjetivos específicos diferentes del dolo

¹⁶⁴ Bermúdez Molina, Estuardo Mario, op. cit., p. 73.

De lo antes expuesto, se pone de relieve que el contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, correspondiente a la reforma procesal de 10 de enero de 1994, se caracterizó por ser un tipo complejo, pues se requería, según fuera el caso, acreditar, los elementos objetivos, subjetivos específicos diferentes al dolo; normativos y subjetivos, en los cuales se encuentran el dolo y la culpa; para estar en aptitud de ejercitar la acción penal, librar la correspondiente orden de aprehensión y dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Esto propició, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 168 en estudio, manejara conceptos que fueran acordes con la nueva estructura del tipo penal propuesta por el legislador, tal y como se advierte del contenido de los siguientes criterios de jurisprudencia:

“Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Marzo de 1996

Tesis: 1a./J. 7/96

Página: 477

“POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD. El tipo penal previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal establece sanción para el poseedor de alguno de los estupefacientes y psicotrópicos señalados en el normativo 193, pero ello siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194. Para el acreditamiento del elemento subjetivo es sin duda la confesión un medio idóneo aunque por sí sola no es suficiente, pues en la mayoría de los casos en que ella exista habrá que vincularla con otras que estén aparejadas, con la comprobación del resto de los elementos típicos de carácter objetivo. Resulta, por tanto, necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal, como son: la existencia de la droga, el tipo y la cantidad de la misma que el sujeto poseía (o transportaba), así como circunstancias de lugar, tiempo, y ocasión; después habrá que analizar la existencia de los elementos subjetivos, como son el dolo y la especial finalidad, para lo cual es idónea la confesión del inculpado de que efectivamente la poseía y que la llevaba consigo para realizar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 194, es decir: comerciar, traficar, introducir, etcétera. En tales circunstancias, el juzgador al resolver debe efectuar un enlace concatenado de los elementos objetivos con el aspecto

subjetivo, y con todo ello determinar la finalidad del agente respecto del destino del narcótico, no resultando por tanto suficiente la sola afirmación aislada de dicha circunstancia sin la vinculación con otros medios de prueba.

Contradicción de tesis 5/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 16 de febrero de 1996. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: María Elena Leguizamo Ferrer.

Tesis de Jurisprudencia 7/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cinco votos de los Ministros: presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga María Sánchez Cordero de García Villegas."

"Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: V, Febrero de 1997

Tesis: 1a./J. 6/97

Página: 197

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste." Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, atribuido al inculpado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculpado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso,

las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador.

Contradicción de tesis 42/96. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito. 12 de febrero de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz.

Tesis de jurisprudencia 6/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de doce de febrero de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros, presidente Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios, previo aviso a la Presidencia."

"Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Abril de 1998

Tesis: 1a./J. 18/98

Página: 155

ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO, DE ACUERDO CON LA REFORMA AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.". Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfilé su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el efecto procesal de poner a disposición del Juez al indiciado en relación con determinado delito; por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la consignación.

Contradicción de tesis 23/97. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. 25 de febrero de 1998. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Blanca Evelia Parra Meza.

Tesis de jurisprudencia 18/98. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas."

Por otra parte, resulta importante hacer referencia a los conceptos de "acreditar" y "examinar", contenidos en el artículo materia de nuestro estudio, en donde al respecto Raúl González Salas Campos nos dice, que acreditar para el Ministerio Público los elementos del tipo penal, significa por una parte en el sentido gramatical "otorgar el crédito" y "la suficiente seguridad" que el inculpado ha cometido un delito y por otra, en su sentido funcional teleológico, significa "reunir" los elementos de prueba, que le permitan decidir si de los mismos se desprenden datos o elementos para considerar fundada y motivadamente que una persona es "probable responsable" de la comisión de un tipo penal. Así como, acreditar los elementos del tipo penal significa para el Ministerio Público, el que con las pruebas reunidas, se puedan pre-elementalmente fundamentar y motivar, que el inculpado ha cometido un tipo penal.

Examinar si el tipo penal ha quedado acreditado para el Juez penal, significa que la "reunión" de las pruebas que le han puesto de su conocimiento, y de la pretensión de la procedencia de la acción penal que le ha hecho el Ministerio Público, para que sea perseguida penalmente una persona, el Juez, deberá valorar, si dichas pruebas son suficientes para considerar que efectivamente acreditan que el sujeto activo es quien probablemente puede resultar responsable de la comisión del hecho típico que se le imputa. Para acreditar la probable

responsabilidad de la comisión del hecho típico, el Juez deberá fundamentar y motivar su decisión.¹⁶⁵

En relación a la probable responsabilidad, Sergio García Ramírez, considera que bajo la reforma de 1993, el artículo 13 no dice ya quienes son responsables del delito, sino que son "autores o partícipes" de este. Ha desaparecido pues, la liga explícita entre la probable responsabilidad que aun establece el texto Constitucional y las formas de participación delictuosa que contuvo el artículo 13 del Código Penal. Ahora bien, es evidente que el legislador reformista tiene una idea diferente de lo que tuvo el legislador anterior acerca de esta cuestión. Como recordamos la llamada "forma de intervención de los sujetos activos" figura entre los elementos del tipo penal. En cambio, el penúltimo párrafo del artículo 168, requiere dos extremos, uno positivo y otro negativo.

En primer término para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado es preciso que "obren datos suficientes para acreditar su probable responsabilidad", de donde se advierte que el legislador prácticamente esta haciendo sinónimos "probable responsabilidad" y "probable culpabilidad". No parece fácil, en la practica deslindar entre este extremo asociado a la probable responsabilidad, y "la realización dolosa o culposa de la acción u omisión", que se vincula al tipo penal. En este punto es donde viene a tener presencia el asunto de la imputabilidad, que debe resolverse como presupuesto de la culpabilidad.

En segundo término es necesario "constatar si no existe acreditada a favor del inculcado alguna causa de licitud". Solo se alude pues, ha excluyentes por licitud o justificación, no a otro genero de eximentes (aunque las relativas a la culpabilidad se hayan implícitamente descartadas cuando se afirma la "probable

¹⁶⁵ González Salas Campos, Raúl, La sustitución 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 Postgrado, Año 1, No. 3, Julio, Agosto y Septiembre, 1995, Ed. Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, México, p.55.

culpabilidad"). Tampoco parece afortunado que el Código Procesal, y no el sustantivo incorpore deslindes a propósito de los aspectos negativos del delito.¹⁶⁶

Finalmente, a modo de resumen podemos decir que los aspectos torales de la reforma procesal de 10 de enero de 1994, se hicieron consistir en lo siguiente:

a).- Se estableció como obligación procesal del Ministerio Público, el acreditar los elementos del tipo penal del delito, como base del ejercicio de la acción penal.

b).- Para el órgano jurisdiccional se establece la obligación de examinar si dichos elementos del tipo penal estaban acreditados en autos, para librar la correspondiente orden de aprehensión o de comparecencia, dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso y en su momento dictar una sentencia condenatoria o absolutoria.

c).- Se adopta la estructura de un tipo penal complejo, que requiere, según sea el caso, acreditar, elementos objetivos, subjetivos específicos, normativos y subjetivos, en los cuales se encuentran el dolo y la culpa.

d).- El dolo y la culpa, son considerados elementos del tipo penal, y no elementos o especies de la culpabilidad.

e).- La forma de intervención de los sujetos activos, es decir la autoría y participación, debe acreditarse en el nivel analítico del tipo penal y no en la culpabilidad o probable responsabilidad.

¹⁶⁶ García Ramírez, Sergio, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, la reforma de 1993-1994, op.cit., pp157-158.

f).- Las calificativas o modificativas, son analizadas a nivel del tipo penal y por lo tanto forman parte de su estructura y es requisito necesario su acreditación para el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión y el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, atentos incluso, a la jurisprudencia emitida por nuestro máximo tribunal federal.

g).- Se brinda mayor seguridad jurídica al inculpado, al analizarse todos los elementos del tipo, y no solo, los de carácter objetivo o material, por lo que la nomenclatura propuesta por el legislador fue acorde a un Estado Social y Democrático de Derecho.

5.2.- LA REFORMA PROCESAL DE 18 DE MAYO DE 1999, A LOS ARTÍCULOS 134 Y 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD).

Lo señalado, originó que el legislador en el año de 1999, reformará nuevamente los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, en el que retomó nuevamente el concepto de cuerpo del delito y consecuentemente también se reformó la legislación procesal, por virtud de la reforma de 18 de mayo de 1999 a los artículos 134 y 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que significó sin lugar a dudas un retroceso en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, dada la evolución del pensamiento penal, ya que tras sustituir los elementos del tipo por la figura procesal de cuerpo del delito se facilitó a los agentes del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, y que en consecuencia los jueces penales librarán con un menor número de requisitos la orden de aprehensión correspondiente y el dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Así las cosas, y continuando con nuestro método de estudio, pasemos ahora a conocer en primer lugar, el texto del artículo 134 antes de la reforma en estudio, cuyo contenido en lo que a nosotros interesa era el siguiente:

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

Sentado lo anterior, tenemos que el texto vigente de los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuya reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 1999, quedó de la siguiente forma:

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

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

Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustaran a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código.”

“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 señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

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

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

De una interpretación sistemática y armónica a la redacción de los numerales transcritos, ésta, nos lleva a considerar en primer lugar que la pretensión del legislador no fue la de respetar los principios de legalidad y seguridad jurídica para el gobernado, sino la de facilitar a extremos intolerables la posibilidad de decretos judiciales de órdenes de aprehensión y autos de formal prisión con requisitos mínimos que de ninguna manera aseguran el cumplimiento de las garantías más elementales del gobernado implicado en el drama penal.

Ello resulta así, pues las repercusiones de la reforma en estudio en cuanto a los elementos subjetivos del tipo, se hicieron consistir a decir de Hanz Eduardo López Muñoz, en que éstos, antes de la última reforma debían estudiarse en el

capítulo de los elementos del delito, en ocasión de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión, y que, por ende, debían acreditarse plenamente; con la nueva reforma, ya no deben formar parte de ese capítulo, y en todo caso, exclusivamente serán motivo de mención en el pliego de consignación, conforme lo expresa el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales. En la orden de aprehensión o en el auto de formal prisión que tengan que dictarse a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional, el juez de la causa debe examinar los elementos objetivos y normativos de la descripción típica, y no así los elementos subjetivos, ni mucho menos el conjunto de aspectos que acuñó el legislador secundario en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales antes de su reforma de 8 de marzo de 1999, y que habían sido legislados por la jurisprudencia de la Suprema Corte. Sigue diciendo el autor, que conforme a las etapas del Procedimiento Penal Federal, atento a la reforma constitucional y legal comentadas, la plenitud probatoria de los elementos subjetivos específicos del tipo, será exigible exclusivamente hasta el dictado de la sentencia y que en esa etapa procesal es válido emplear la locución "elementos del tipo".¹⁶⁷

Sin embargo, no estamos de acuerdo con dicho autor cuando dice que será hasta el dictado de la sentencia cuando es exigible para el juez acreditar los elementos subjetivos específicos, pues en primer lugar existen otras actuaciones procesales durante la secuela del proceso penal en donde se pueden estudiar, sin esperar a la etapa de sentencia, tal es el caso de un incidente de libertad por desvanecimiento de datos o los llamados incidentes no especificados, en donde el procesado o su defensor podrán hacer valer, la no acreditación de dichos elementos subjetivos, tratándose de dolo o culpa, o bien, de los llamadas elementos subjetivos específicos diferentes del dolo; sin dejar de soslayar que en términos de lo dispuesto por el artículo 17 del Código Penal Federal, las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento; en tal virtud, y con el fin de no violentar la garantía de

¹⁶⁷ López Muñoz, Hanz Eduardo, Conceptualización del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, Curso de actualización en materia penal para agentes del Ministerio Público de la Federación, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2001, pp. 24-25.

seguridad jurídica, es obligación del Ministerio Público y del Juez, según se trate de averiguación previa o del proceso, el hacer valer oficiosamente las causas de exclusión del delito por no acreditarse los elementos subjetivos diferentes del dolo, pues el Ministerio Público podrá determinar el no ejercicio de la acción penal, o incluso, ya durante el proceso, desistirse de ésta, o formular conclusiones de no acusación y ciertamente todas estas determinaciones se pueden dar antes del dictado de una sentencia; es decir, mientras no se reforme el artículo 17 del Código Penal Federal, existe la obligación de la autoridad ministerial o judicial de dar estricto cumplimiento a su contenido.

Ahora bien, es importante establecer en que momento deben estudiarse los elementos subjetivos y subjetivos específicos diferentes del dolo; al respecto, Jaime Flores Cruz, nos dice que de acuerdo con los párrafos primero y segundo del artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, éste, establece dos hipótesis, una cuando el Ministerio Público acredita, no en forma plena los elementos subjetivos y, la otra, cuando no los acredita, por lo que debemos atender a lo siguiente: Primera hipótesis.- a) Si el Ministerio Público durante la indagatoria, acredita los elementos subjetivos, el órgano jurisdiccional tendrá que analizarlos, debiendo tomar en cuenta que: aa) Si la consignación es con detenido, será en el auto de procesamiento y en el dictado de la sentencia (de primera y segunda instancia); bb) Si la consignación es sin detenido, será desde la orden de aprehensión o de comparecencia, en el dictado del auto de procesamiento y en la sentencia. Segunda hipótesis.- b) Si el Ministerio Público durante la indagatoria, no acredita los elementos subjetivos, el órgano jurisdiccional tendrá que analizarlos después de dictado el auto de procesamiento, pero no hasta la sentencia, en virtud de que existen figuras procesales denominadas incidente de libertad por desvanecimiento de datos e incidentes no especificados, que la persona puede promover en su favor, sin esperar a que se dicte la sentencia respectiva.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Flores Cruz, Jaime, op. cit., p.49.

Nosotros consideramos, que la acreditación de los elementos subjetivos y subjetivos específicos, no debe hacerse de manera caprichosa por el Ministerio Público, es decir, el no acreditarlos de manera plena en algunas indagatorias y en otras, el no acreditarlos, pues en primer lugar por el carácter que reviste de autoridad en la etapa de averiguación del delito, tiene la obligación constitucional de respetar la garantía de tipicidad, prevista por el párrafo segundo del artículo 14 de nuestra ley fundamental, que establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no éste decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata." Luego, es evidente que deben acreditarse en la etapa de averiguación previa dichos elementos, si en el caso concreto forman parte de la entidad delictiva en estudio, atentos al principio de supremacía constitucional previsto por el diverso numeral 133 de nuestra Constitución Federal, la cual esta por encima de la ley procesal o secundaria. A mayor abundamiento, en el párrafo segundo del multicitado artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, si bien se establece que las excluyentes de delito que se actualicen, por falta de elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, lo cierto es que, también se aduce al derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo, y en tal virtud, si el inculpado ofrece medios de prueba tendientes a desacreditar la existencia de los elementos subjetivos del tipo, la autoridad ministerial tiene la obligación de entrar a su estudio y valoración; sin dejar de soslayarse que a dicho órgano técnico le asiste la obligación constitucional de aportar las pruebas para su acreditación, según se desprende del contenido de los artículos 21 y 102, Apartado A), de la Constitución General de la República; si no las aporta al procedimiento, es evidente que se violenta la garantía de seguridad jurídica en perjuicio del inculpado. También es conveniente destacar que la regresión al requisito de la comprobación del cuerpo del delito para el dictado de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, trae consigo los problemas judiciales que inevitablemente plantean aquellos tipos penales que contienen un

dolo específico en su definición, ya que en esos casos, no es posible jurídicamente tener por demostrada la corporeidad del delito sin referirse a acreditar ese elemento subjetivo específico; piénsese como ejemplo, aquellos delitos contra la salud, en donde resulta necesario acreditar la específica finalidad a que estuviere destinada la posesión de alguno de los narcóticos a que se refiere el artículo 193 del Código Penal Federal, es decir, deberá acreditarse alguna o algunas de las hipótesis previstas por el artículo 194 del mismo ordenamiento legal, atentos a lo ordenado por el diverso numeral 195, párrafo primero del Código Penal Federal.

Al respecto, Arturo Zamora Jiménez, nos dice que en el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, por una parte, se prohíbe a los jueces federales analizar las excluyentes de delito relativos a la falta del elemento subjetivo del tipo, por lo que su estudio necesariamente tendrá que ser posterior al auto de formal prisión o de sujeción a proceso; por otra parte, además, se dice que tal disposición es "sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo", como si lógicamente fuera posible demostrar hechos negativos, lo que resulta absurdo, pues es de la más elemental lógica la regla de que solamente los hechos positivos son susceptibles de comprobación, más no los negativos, por lo tanto, resulta incomprensible que se reconozca el derecho del indiciado de demostrar "la inexistencia de la culpabilidad", cuando en todo caso, quien sí está obligado lógicamente y legalmente es el Ministerio Público a demostrar ese elemento subjetivo del tipo penal, y si tal culpabilidad no es acreditada debidamente en el proceso, debe entenderse inexistente y como tal también debe considerarse la no demostración del tipo penal.¹⁶⁹

Sentado lo anterior, es evidente que no obstante la existencia de las disposiciones legales que hemos citado, el criterio a seguir por las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia, es el de considerar que el estudio

¹⁶⁹ Zamora Jiménez, Arturo, op. cit., p. 36.

dé los elementos subjetivos del tipo debe hacerse hasta la sentencia definitiva; para ilustrar lo anterior, se cita el siguiente criterio:

Novena Época

Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo: XII, Septiembre de 2001.

Tesis: III. 2º. P. 67 P.

Página: 735.

“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 por los dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino solo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos 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 esta razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.”

Por su parte, la Procuraduría General de la República, dada la reforma procesal en estudio, emitió la Circular, número C/005/99, bajo el siguiente contenido:

“DECIMO QUINTO.- El concepto de “cuerpo del delito” incorporado a la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, opera exclusivamente para efectos del ejercicio de la acción penal, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 134 y 135 del ordenamiento procesal citado.

En la presentación de conclusiones acusatorias, los agentes del Ministerio Público de la Federación deberán exponer la acreditación de todos los elementos que la descripción típica requiera.”¹⁷⁰

Por otra parte, en relación al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, vale decir, que al igual que en la reforma procesal de mil novecientos noventa y cuatro, se establece la obligación para el Ministerio Público de “acreditar” el cuerpo del delito (antes elementos del tipo), de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y para el juez, existe la obligación procesal de “examinar” si ambos requisitos están acreditados en autos. Al respecto, es aplicable el comentario hecho en relación a los conceptos “acreditar” y “examinar” citado con antelación.

Consideramos que una de las grandes aportaciones de la reforma procesal, fue la de establecer, que es lo que se entiende por “cuerpo del delito”, al respecto, se dice que es 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.

¹⁷⁰ Circular número C/005/99, del Procurador General de la República, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de octubre de 1999.

De lo anterior, claramente se puede advertir que la connotación que el legislador de 1999 da al concepto cuerpo del delito, no es del todo objetiva, pues si bien es cierto, entiende por cuerpo del delito, el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, y que en consecuencia por elementos objetivos, también denominados descriptivos, se entiende aquellos elementos que pueden ser apreciados por medio de los sentidos; lo cierto es que, al haber incluido dentro de su contenido a los elementos normativos, los cuales en puridad jurídica no forman parte propiamente del aspecto objetivo del delito, si que su finalidad es la de calificar la descripción objetiva de la conducta, para que el hecho sea más inequívoco; también es cierto, que con dicha inclusión de los elementos normativos el retroceso histórico, dada la evolución del pensamiento penal, no fue tan grande como pudiera haber sido si hubiéramos retrocedido a un periodo histórico del llamado causalismo naturalista, o bien del sistema clásico del delito, lo que paso, es que nos ubicamos en la etapa del causalismo valorativo, o sistema neoclásico del delito; por lo que si bien es cierto existe un retroceso dada la evolución del pensamiento penal, lo cierto es que no fue tan grave, como en un primer momento se llevo a pensar.

En relación a la probable responsabilidad, atentos al contenido de la nueva sistemática adoptada por nuestra legislación procesal, se advierte que el estudio de los elementos subjetivos, como el dolo y la culpa, ya no son elementos del tipo penal; han pasado a formar parte de la culpabilidad, lo cual se identifica con la sistemática del delito conocida como causalismo. Dentro del nivel analítico de la culpabilidad, se estudian ahora el dolo y la culpa, y su acreditación de acuerdo a la etapa procesal en que se estudien, dará lugar a una probable o plena responsabilidad del inculpaado.

Antes de la reforma, se estudiaba el dolo o la culpa y la forma de intervención de los sujetos como partes integrantes de los elementos del tipo, con la obligación de acreditarlos plenamente, tanto en la orden de aprehensión, como

en el auto de formal prisión; ahora, tales rubros deben examinarse en el capítulo relativo a la probable responsabilidad, bajo la idea de que su acreditación requiere exclusivamente de indicios.

Sobre el particular, Hanz Eduardo López Muñoz, dice que la influencia de la corriente finalista, en la legislación penal mexicana, determinó la reforma constitucional de 1993 y su consecuente reforma de la legislación secundaria, lo que se tradujo, entre otras derivaciones, que en la ley se estableciera la exigencia de que, a propósito de los elementos del tipo, debiera estudiarse la forma de culpabilidad (dolo o culpa), así como la forma de participación del agente del delito; sin embargo, una vez que la exposición de motivos de la última reforma constitucional se precisa que esa forma del pensamiento resulta impropia para el sistema jurídico penal mexicano, en tanto genera impunidad y provoca el desarrollo de un juicio sumarísimo en la etapa de preinstrucción; que la probable responsabilidad del indiciado significa la deducción fundada de la participación del indiciado en el hecho delictivo, según lo indicaron las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Justicia y de Estudios Legislativos; y que en el dispositivo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya reformado, se puntualiza que la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada, cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad; es de convenirse que las atudidas formas de participación y de culpabilidad deben analizarse indiciariamente en la presunta responsabilidad. Sigue diciendo el autor que de acuerdo con la exposición de motivos de la reforma constitucional, la forma de culpabilidad (dolo o culpa) y la forma de participación del sujeto activo, inherentes al rubro de la responsabilidad penal, deberán estar acreditados plenamente para darle sostén a una sentencia condenatoria.¹⁷¹

¹⁷¹ López Muñoz, Hanz Eduardo, op. cit., pp. 26-27.

De lo expuesto, vale decir, que resulta por demás deplorable que se continúe pensando que las causas de la impunidad en nuestro sistema de justicia penal fueron ocasionadas por la llamada teoría de la acción final, pues como ya ha quedado precisado, la impunidad, la corrupción y la inseguridad pública, hayan sus causas en otros factores, como lo son, los de tipo social, económico y cultural, pero de ninguna forma en una teoría Alemana; lo que sí es cierto, es que los sujetos implicados en la aplicación de la justicia penal han carecido de cultura jurídica para comprender y entender los contenidos sistemáticos del finalismo. Sin embargo, estamos de acuerdo en que con la nueva nomenclatura adoptada por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, ahora, las formas de participación de los sujetos activos debe ser analizada en la probable responsabilidad, por lo cual y atentos a los niveles analíticos de estudio, primero deberá acreditarse la tipicidad, luego la antijuridicidad y en la culpabilidad, deberán estudiarse el dolo o la culpa, así como las formas de participación, para que en ese sentido, se acredite que alguien, ya concretizando la conducta a un sujeto en particular, en el mundo personal y no de relación, es responsable de la comisión de tal o cual delito, es decir, aquí ya se concretiza de manera objetiva al responsable del delito, lo cual no sucede cuando se analiza la corporeidad de éste, pues se habla de una figura impersonal en el mundo de relación.

Como aspectos negativos de la responsabilidad penal, el legislador permanente maneja los siguientes aspectos: que no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad. Bien o mal estructurados dogmáticamente estos elementos del delito, se encuentran ahí, en la responsabilidad penal, y el juzgador debe entonces recurrir al artículo 15 del Código Penal Federal para estimar, si en el caso sometido a su jurisdicción, se encuentran acreditadas o no alguna causa de licitud, como lo es el consentimiento del titular del bien jurídico afectado (frac. III); legítima defensa (frac IV); estado de necesidad (frac. V); cumplimiento de un deber, o el ejercicio de un derecho (frac. VI). Como excluyentes de culpabilidad, el derecho positivo mexicano en la fracción VII del mencionado artículo 15 del Código Penal Federal,

contempla la inimputabilidad; el error de tipo (frac. VIII-A) y el error de prohibición (frac VIII-B), y la inexigibilidad de otra conducta (frac. IX).¹⁷²

El cuerpo del delito, de acuerdo a lo que hemos analizado hasta este momento, se compone de elementos objetivos, subjetivos específicos y normativos; por lo que al quedar fuera de esa concepción el dolo y la culpa, ello trae como consecuencia un problema de ubicación sistemática, de donde resulta, que éstos, según la reforma en estudio ya no forman parte del tipo penal, sino de la culpabilidad o responsabilidad penal. Ahora bien, recordemos que por tradición el cuerpo del delito siempre estuvo identificado con aspectos de carácter objetivo, los cuales con el paso del tiempo resultaron insuficientes para explicar la parte subjetiva del delito, a raíz de las ideas neokantianas resultó insostenible defender la idea del cuerpo del delito con un contenido material exclusivamente. En el segundo caso, fue necesario incluir a un cuerpo del delito a nivel subjetivo a fin de permitir dar cabida a las motivaciones, así como a la voluntad que incide en el sujeto activo.

En los términos anteriores, el cuerpo del delito se constituye como un elemento del tipo penal en atención al carácter objetivo de este y a la característica de continente de elementos objetivos, subjetivos, normativos y descriptivos del tipo penal, lo cual nos permite considerar al tipo penal como un continente y al cuerpo del delito a nivel de contenido.¹⁷³

¹⁷² Ojeda Velásquez, Jorge, Forma de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad para el ejercicio de la acción penal, el libramiento de la orden de aprehensión o de comparecencia y auto de plazo constitucional, Curso de actualización en materia penal para agentes del Ministerio Público de la Federación, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2001, pp. 57-58.

¹⁷³ Plascencia Villanueva, Raúl, El cuerpo del delito y la Reforma Constitucional de 1999, Revista Tribuna Jurídica, Enero, 2000, Ed. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo, No. 21, p. 88.

Por otra parte, facultar al Agente del Ministerio Público a acreditar el cuerpo del delito, no lo releva de la seria responsabilidad de demostrar la existencia de los restantes elementos derivados de la descripción o precepto legal, pues al momento de resolver la situación jurídica del indiciado en el auto de término o bien en el momento de la sentencia, la carga de la prueba subsiste, por lo que el problema no se resuelve. Empero, la reforma secundaria brinda la posibilidad al Agente del Ministerio Público de solicitar órdenes de aprehensión sobre la base de elementos menos rigurosos a lo que hasta entonces eran exigibles.¹⁷⁴

En relación, a las demás circunstancias que la ley prevea, a que alude el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, cabe decir, que no estamos de acuerdo con Hanz Eduardo López Muñoz¹⁷⁵, quien sostiene que las circunstancias atenuantes o agravantes del delito, deben ser objeto únicamente de estudio para el dictado de la sentencia, y no para librar la orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Ello resulta así, ya que no obstante el cambio de nomenclatura de elementos del tipo por el de cuerpo del delito, estimamos que la jurisprudencia que se ha emitido al respecto, identificada bajo el rubro **"AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES"**, sigue firme, ya que si bien la citada jurisprudencia se apoya en la reforma al artículo 19 constitucional, de mil novecientos noventa y tres, de su contenido, se pone de relieve que ese no fue el único motivo por el cual se adoptó dicho criterio, ya que la jurisprudencia antes

¹⁷⁴ *Ibidem.*, p. 91.

¹⁷⁵ Al respecto, consúltese a López Muñoz, Hanz Eduardo, *op. cit.*, pp. 27-28.

citada, dice también que: **"...pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculpado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador."**

En apoyo al argumento anterior, basta citar que el párrafo tercero del artículo 19 constitucional establece la llamada "litis cerrada"¹⁷⁶, la cual consiste en que **"todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso"**; por lo que haciendo una justa interpretación de este contenido, es evidente, que no obstante que el diverso numeral 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que las circunstancias modificativas que se actualicen, deberán ser motivo de estudio, después del dictado del auto de procesamiento, ello no es óbice para entrar al estudio de estas, antes de dicha etapa procesal, pues ciertamente será en el periodo de preinstrucción en donde deberán analizarse y determinar, si se encuentran acreditadas o no, pues de acreditarse con posterioridad alguna agravante de delito, es decir en el periodo de instrucción, y se llegara a dictar una sentencia condenatoria, o bien, que el Ministerio Público formule conclusiones, no por homicidio simple intencional, sino por homicidio calificado, con las agravantes de alevosía, premeditación, ventaja o traición, ciertamente también sería violatorio de garantías; pues artículo 19 constitucional nos establece la "litis cerrada", no obstante lo dispuesto por el artículo 160, fracción XVI de la Ley de Amparo, que establece:

"Artículo 160.- En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

¹⁷⁶ Para abundar sobre el tema consúltese a Zamora Pierce, Jesús, Garantías y Proceso Penal, 10ª ed., Ed. Porrúa, México, pp. 135-160.

XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por delito diverso.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia de proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal.”

Lo anterior, es así, pues estimamos que dada la supremacía constitucional del artículo 19, deberá estarse a lo dispuesto por su contenido, ya que protege las garantías de legalidad y seguridad jurídica del gobernado.

Además, debe decirse que por virtud del artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, en su fracción II, se establece que la preinstrucción comprende el **periodo en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia de proceso, y la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable**; lo que se traduce, en que será en esta etapa procesal, ya sea para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, cuando deba examinarse por el órgano jurisdiccional la existencia, o no, de dichas circunstancias, agravantes o atenuantes.

Lo anterior se corrobora, por virtud de lo dispuesto por los artículos 163 y 385 del Código Adjetivo de la materia y fuero, de donde se advierte lo siguiente:

“Artículo 163.- Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando la

descripción típica legal y la presunta responsabilidad correspondientes, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores...”

“Artículo 385.- (...)

Si se tratare de auto de formal prisión o de sujeción a proceso, o de orden de aprehensión o de citación para preparatoria, podrá cambiarse la clasificación del delito y dictarse por el que aparezca probado.”

Luego, consideramos que sigue vigente la jurisprudencia antes aludida, así como la identificada con el rubro: **“ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO, DE ACUERDO CON LA REFORMA AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.”**; por lo tanto, también estimamos que no es necesario esperar al dictado de la sentencia para entrar al estudio de las demás circunstancias que la ley prevea (modificativas), sino que debe ser, desde el dictado de la orden de aprehensión o del auto de procesamiento.

En este sentido, podemos advertir que la estructura del delito adoptada por el legislador de 1999, vigente en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece en un primer nivel de análisis del cuerpo del delito, la acreditación del llamado tipo objetivo, atentos al contenido del párrafo segundo del numeral en comento, que establece, que el cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito. En este mismo nivel de estudio, se analizaran, si el tipo lo requiere, los elementos normativos, ya sean de valoración jurídica o cultural.

En un segundo nivel analítico de estudio, deberá estudiarse la antijuridicidad.

En el último peldaño o estructura del delito, se deberá analizar la culpabilidad, y en ella, la forma de participación del activo en la comisión del delito, para lo cual se recurrirá al artículo 13 del Código Penal Federal; que establece las llamadas formas de autoría y participación; también se analizarán los elementos subjetivos, como el dolo y la culpa; además que no se acredite alguna causa de licitud o excluyente de culpabilidad, y para ello se atenderá al contenido del artículo 15, del Código Penal Federal, que establece las llamadas excluyentes del delito.

De lo anteriormente expuesto y a manera de síntesis, podemos decir que las principales características de la reforma procesal de 18 de mayo de 1999, a los artículos 134 y 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, son las siguientes:

a).- Se sustituye una figura de derecho penal sustantivo (tipo penal) por otra de carácter procesal (cuerpo del delito).

b).- La pretensión del legislador no fue la de respetar los principios de legalidad y seguridad jurídica para el gobernado, sino la de facilitar a extremos intolerables, la posibilidad de decretos judiciales de ordenes de aprehensión y autos de formal prisión o de sujeción a proceso, con un mínimo de requisitos, dado el concepto de cuerpo del delito adoptado.

c).- En las ordenes de aprehensión y autos de formal prisión que tengan que dictarse, el Juez solo debe examinar los elementos objetivos y normativos de la descripción típica, no así los subjetivos específicos y subjetivos como el dolo y la culpa.

d).- Será exigible hasta el dictado de la sentencia el estudio y acreditación de los elementos subjetivos específicos así como del dolo y la culpa.

e).- Se establece la obligación para el Ministerio Público de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal y para el Juez, existe la obligación de examinar si ambos requisitos están acreditados en autos.

f).- Se define el concepto de cuerpo del delito, entendido como el conjunto de elementos objetivos 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.

g).- El dolo y la culpa, ya no son elementos del tipo penal, han pasado a formar parte de la culpabilidad.

h).- La forma de intervención de los sujetos activos tampoco forma parte del tipo penal, sino de la culpabilidad, para acreditar la probable responsabilidad del indiciado.

i).- El cuerpo del delito se compone de elementos objetivos y normativos.

j).- Lo primero que deberá acreditarse dada la nueva sistemática adoptada por nuestra legislación procesal es el tipo objetivo, en el que se analizarán los elementos que son susceptibles de apreciación a través de los sentidos, los normativos en caso de que la descripción típica así lo requiera; luego, se analizará la antijuridicidad; y en un tercer nivel analítico la culpabilidad, en ella se estudiará la forma de participación de los activos, el dolo y la culpa; deberá acreditarse la no existencia de alguna causa de licitud o excluyente de culpabilidad.

k).- Las demás circunstancias que la ley prevea (modificativas), se analizarán desde la emisión de la orden de aprehensión y el dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, no hasta la sentencia.

5.3. LA REFORMA PROCESAL DE 3 DE MAYO DE 1999, AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

También fue reformado el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y por cuestión de método, en primer lugar, se procede a citar su contenido, el cual quedó de la siguiente forma:

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

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

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

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.”

Podemos decir, que si bien es cierto el legislador da una connotación puramente objetiva de lo que debe entenderse por cuerpo del delito (párrafo

segundo), también es cierto que acepta la inclusión de elementos normativos y subjetivos (párrafo tercero), y sobre todo, lo más importante es que su acreditación debe hacerse desde la etapa de averiguación previa (párrafo primero), tras establecerse que el Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate, como base del ejercicio de la acción penal.

Ahora bien, el párrafo tercero establece, que si la ley incorpora en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo, éste, deberá acreditarse, no aclara, si se trata de elementos subjetivos específicos o subjetivos como el dolo y la culpa, y en tal virtud, consideramos que se refiere a ambos, no obstante que para acreditar la probable responsabilidad, se requiere acreditar también el dolo o la culpa.

De lo anterior se advierte, que existe una falta de técnica jurídica, ya que en un primer nivel analítico considera al dolo y a la culpa (elementos subjetivos), como elementos del tipo penal, y en el último nivel de análisis (culpabilidad), incorpora dichos elementos para acreditar la probable responsabilidad del inculcado.

Si se atiende a que los elementos subjetivos, dolo y culpa se deben acreditar en el tipo penal, se entenderá que se adopta una sistemática finalista. Si se ubican el dolo y la culpa en la culpabilidad (último nivel de análisis), se adopta una sistemática causalista. Pero si cuando se dice en el párrafo tercero que se acreditarán también, en caso de que la descripción típica lo requiera, los elementos subjetivos, y si se hace una interpretación de lo que el legislador quiso decir, cuando se refiere a dichos elementos subjetivos, y entendemos que se refiere únicamente a los subjetivos específicos, entonces, podremos decir que la sistemática adoptada es de tipo causalista, identificada con el causalismo valorativo o sistema neoclásico, pues no debemos olvidar que también se habla de elementos normativos.

En relación a la probable responsabilidad, aquí deberán acreditarse, el dolo y la culpa, no hace referencia a la forma de intervención de los sujetos activos, es decir a las formas de autoría o participación como sí lo requiere el diverso numeral 168 en materia federal.

Además, al establecerse que para acreditar la probable responsabilidad, no deberá existir acreditada a favor del inculpado, ninguna causa de exclusión del delito, bien podemos entender que no deberá existir acreditada a favor del inculpado, ninguna causa de justificación o de excluyente de culpabilidad.

En tal virtud, nosotros estimamos que dado el contenido del artículo en comento, cuando ubica al dolo y la culpa en la culpabilidad (probable responsabilidad), éste adopta una sistemática que se identifica con el causalismo valorativo o sistema neoclásico, pues también considera como elementos del tipo a los elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos.

5.4. EL PAPEL ADOPTADO POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL DE 1999. (CUERPO DEL DELITO).

Corresponde ahora, conocer el papel que han adoptado las diferentes legislaturas locales¹⁷⁷ en relación a la reforma constitucional y procesal de 1999, mediante la cual se sustituyó la expresión "elementos del tipo penal", por la de "cuerpo del delito". Se pretende conocer si su legislación procesal penal es congruente, o no, con dichas reformas, pues consideramos que todas las legislaciones en materia procesal penal de los diferentes Estados de la República deben ser congruentes con el texto de la Constitución Federal, dado el principio de

¹⁷⁷ Para conocer la información a que se hace referencia, se consultaron los Códigos de Procedimientos Penales de cada Estado de la República Mexicana y cuando no se encontraba la información requerida, se consultó la Constitución local del Estado; para lograr lo anterior, dicha información fue consultada en el Disco Compacto Bufete Jurídico, Mayo 2001, Software Visual.

supremacía constitucional y además al lograr una uniformidad procesal a nivel nacional sobre lo que debe entenderse por cuerpo del delito, ello traerá como consecuencia mayor seguridad jurídica para los gobernados implicados en el drama penal. En tal virtud, se expone lo siguiente:

A).- Legislaturas locales que adoptan una concepción de cuerpo del delito con elementos puramente objetivos:

a).- Zacatecas:

"Artículo 172.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal. La autoridad judicial examinará si ambos requisitos se acreditan en la indagatoria.

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

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

Del artículo citado, se pone de relieve que en el Estado de Zacatecas se adopta la figura de cuerpo del delito como base del ejercicio de la acción penal, también para el dictado del auto de formal prisión y como base de procedimiento penal; en tal virtud, es congruente con la expresión contenida en la Constitución Federal, sin embargo, cuando trata de definir lo que hay que entender por cuerpo del delito, no toma en cuenta los elementos normativos, se refiere únicamente a la materialidad del hecho; consecuentemente, adopta una concepción puramente objetiva del tipo penal, además cuando habla de la probable responsabilidad no hace señalamiento alguno, al dolo o a la culpa como elementos integrantes de la culpabilidad y por lo tanto, no es acorde con la reforma al Código Federal de

Procedimientos Penales y mucho menos con la figura denominada cuerpo del delito, identificándose con la sistemática del causalismo naturalista.

b).- Hidalgo:

"Artículo 121.- El ministerio público solicitará y el juez librará orden de aprehensión contra el inculcado, cuando estén reunidos los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional."

"Artículo 149.- Durante la averiguación previa, el ministerio público deberá allegarse de los medios de prueba adecuados para demostrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado..."

No hay una definición de lo que debe entenderse por cuerpo del delito y tampoco se establece los elementos que lo constituyen, sin embargo, se entiende que para el ejercicio de la acción pena! y la emisión de la orden de aprehensión se requiere acreditar el cuerpo del delito ya que hace referencia a que deberán estar reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional. No se establece un contenido dogmático para el análisis del cuerpo del delito con relación a la estructura de los elementos del delito.

c).- Veracruz:

"Artículo 164.- El Ministerio Público acreditará la existencia del cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del hecho previsto como delito por la ley.

La probable responsabilidad del inculcado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el

delito que se le imputa y no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud o alguna excluyente de incriminación.

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

Hay congruencia con el texto constitucional cuando utiliza la expresión cuerpo del delito; sin embargo, a nivel procesal, el cuerpo del delito no incluye elementos normativos ni subjetivos, solo objetivos. En la probable responsabilidad se analizan las formas de participación, lo cual si bien en este nivel analítico pudiera ser acorde a lo que establece la legislación federal, lo cierto es que su concepto de cuerpo del delito es eminentemente objetiva.

d).- Tlaxcala:

“Artículo 62.- El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso. Estos elementos materiales se probarán con cualquiera de los medios de prueba establecidos por la ley.”

Se identifica con una sistemática que atiende a la comprobación de elementos puramente objetivos y no toma de ninguna manera en cuenta otro tipo de elementos. Es acorde con la Constitución Federal únicamente por cuanto hace la expresión cuerpo del delito, pero de ninguna forma con el contenido que de éste se da en el Código Federal de Procedimientos Penales.

e).- Campeche:

"Artículo.132.- El cuerpo de los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos objetivos que constituyan la materialidad de la figura delictiva."

Se continua empleando reglas especiales para la comprobación del cuerpo del delito, sin embargo, cuando no se tiene señalada esta, se atenderá a la acreditación de los elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva; dicho contenido es por demás contrario a un Estado Social y Democrático de Derecho, ya que se limita a la acreditación de todo aquello que es apreciable a través de los sentidos; al hecho material y objetivo, y en tal sentido, si bien, utiliza la expresión cuerpo del delito, lo cierto es que sus elementos se identifican plenamente con el sistema clásico del delito.

f).- Aguascalientes:

"Artículo 183.- El Ministerio Público, con la intervención legal de sus auxiliares, la Policía Judicial, y la autoridad judicial, en su caso, deberán procurar ante todo que se comprueben los datos que acrediten los elementos del tipo penal que corresponda y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción penal y del procedimiento penal.

Los elementos del tipo que deberán acreditarse, en relación con lo dispuesto por el Código Penal en cada caso, serán los siguientes:

- I.- Bien jurídico protegido;
- II.- Resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico;
- III.- Sujeto pasivo;
- IV.- Sujeto activo;
- V.- Objeto material;
- VI.- Acción u Omisión; y,
- VII.- Referencias o Modalidades.

La probable responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando se deduzca su participación en los hechos constitutivos del tipo penal demostrado y que su conducta haya provocado el resultado de lesión o de peligro del bien jurídico tutelado.

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

Es evidente que se utiliza el concepto de elementos del tipo pero con una estructura que corresponde a la concepción objetiva de cuerpo del delito, pues evidentemente se hace referencia a elementos materiales que pueden ser apreciados a través de los sentidos, pero nunca se atiende a elementos subjetivos como el dolo y la culpa, por lo tanto, se advierte una concepción Belingniana del tipo, que sin lugar a dudas restringe la garantía de seguridad jurídica de los gobernados, dada la evolución del pensamiento penal, pues incluso cuando se habla de probable responsabilidad se dice que esta se acreditara cuando se demuestre que la conducta del activo fue la que provoco el resultado o el peligro del bien jurídico, sin tomar en cuenta el aspecto interno del sujeto, es decir, el dolo y la culpa o alguna forma de dolo específico, por lo que de ninguna forma hay congruencia, ni con la Constitución Federal, ni con el Código Federal de Procedimientos Penales.

B).- Legislaturas locales que adoptan indistintamente las expresiones, cuerpo del delito, tipo penal y hacen relación al artículo 16 constitucional:

a).- Durango:

“Artículo 9 (Constitucional).-...No podrá librarse orden de aprehensión contra persona alguna, 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 el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado...”

“Artículo 165 (**Procesal**).- ...Comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado o inculcados, el Ministerio Público los consignará a la autoridad judicial dentro del término a que se refiere el párrafo anterior; pero, no podrá consignarlos, cuando exista como única prueba la confesión de aquél o aquellos.”

“Artículo.- 207.- El auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando los elementos del tipo y la probable responsabilidad correspondientes aún cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores.

A nivel procesal maneja indistintamente los conceptos cuerpo del delito y tipo penal; no hay coherencia, se establece que para el dictado de un auto formal prisión o de sujeción a proceso deberán comprobarse los elementos del tipo; para el ejercicio de la acción penal hace referencia a que se compruebe el cuerpo del delito; sin embargo, a nivel constitucional el artículo noveno es acorde con el texto del artículo 16 de la Constitución Federal, ya que establecen que para librar la orden de aprehensión deberán existir datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado, por lo que en materia procesal no es congruente con nuestro nuestra legislación federal.

C).- Legislaturas locales que adoptan la connotación elementos del tipo penal:

a).- Jalisco:

“Artículo 116.- El ministerio público deberá procurar, ante todo, que se comprueben los elementos del tipo penal.

El tipo penal se comprueba con la demostración de los elementos que lo constituyen, salvo los casos en que se exija una demostración especial.”

No es acorde con lo previsto por la Constitución Federal, sigue hablando de elementos del tipo penal, para el ejercicio de la acción penal y la orden de aprehensión, además existe la posibilidad de seguir utilizando reglas especiales de comprobación, por lo cual su contenido, dada la expresión elementos del tipo, dista mucho de la reforma procesal de 1999, pues en todo caso la concepción adoptada por éste Código es más completa que la regulada en materia federal y por ende, estimamos brinda mayor certeza jurídica.

b).- Michoacán:

“Artículo 35.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos requisitos son los siguientes:

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

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y,

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) El

objeto material; d) Los medios utilizados; e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) Los elementos normativos; g) Los elementos subjetivos específicos; y, h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

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

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

Evidentemente el contenido de este artículo, corresponde a la sistemática adoptada por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales de 1994, mediante el cual se contemplo la figura de elementos del tipo, por lo tanto dicha legislación no es acorde con el texto de la Constitución Federal, ni procesal, pero consideramos que dicha estructura del tipo penal, dado el contenido de sus elementos, corresponde a un tipo penal complejo y por lo tanto, da mayor seguridad jurídica, toda vez que toma en cuenta elementos objetivos, subjetivos específicos, normativos y subjetivos como el dolo y la culpa.

c).- Oaxaca:

“Artículo 7.(Constitucional).- 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 le impute y hagan probable su responsabilidad....”

“Artículo 14. (Constitucional) ...No deberá 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...”

Fue necesario acudir al texto constitucional del Estado de Oaxaca para conocer la sistemática adoptada en dicho Estado, ya que no fue posible tener acceso a su Código de Procedimientos Penales, sin embargo pudimos advertir que a nivel constitucional se sigue utilizando la expresión de elementos del tipo penal para librar la orden de aprehensión y dictar el auto de formal prisión, lo que se contrapone evidentemente con la Constitución General de la República y el Código Procesal Federal, no obstante, pensamos que la concepción contenida en la Constitución del Estado de Oaxaca es más amplia y con mayores contenidos dogmáticos, dada la nomenclatura que del tipo penal representa.

d).- San Luis Potosí:

“Artículo 179.- 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.

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

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

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

De la misma forma que en el Estado de Michoacán, en San Luis Potosí se requiere acreditar los elementos del tipo penal para el ejercicio de la acción penal, retomando la idéntica estructura contenida en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, antes de la reforma de 1999, lo que pone de relieve que dicho artículo no sea congruente con la Constitución Federal que nos rige y mucho menos, con el actual artículo 168 antes citado, ya que ciertamente se siguen utilizando los contenidos dogmáticos de la sistemática finalista y no la neoclásica como se desprende de las reformas de 1999.

e).- Tamaulipas:

“Artículo 158.- 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 atribuibilidad a la acción u omisión;

c).- El objeto material;

d).- Los medios utilizados;

e).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;

- f).- Los elementos normativos;
- g).- Los elementos subjetivos específicos;
- h).- Las demás circunstancias que la ley prevea.

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

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

La sistemática del Código de Procedimientos Penales en el estado de Tamaulipas corresponde a la teoría de la acción final, tras incluir en la estructura del tipo los elementos objetivos, normativos, subjetivos específicos y subjetivos como el dolo y la culpa, en tal virtud no se ha reformado la legislación procesal penal de este Estado y por lo tanto, tampoco es acorde a nuestro texto constitucional y procesal, sin embargo, éste es el modelo idóneo que debió haber seguido utilizando nuestro artículo 168 en materia procesal federal.

f).- Tabasco:

“Artículo 137.- Para comprobar los elementos del tipo y de la responsabilidad penal y formular, en consecuencia, las resoluciones que procedan, se establecerá la adecuación de los hechos investigados con la descripción típica contenida en la ley, considerando todos los datos que ésta previene; el carácter doloso o culposo de la conducta del inculpado, y la intervención que éste tuvo en los hechos que se le atribuyen. Asimismo, se descartará la existencia de causas que excluyan el delito o extingan la pretensión punitiva. Para ello, el Ministerio Público y el tribunal actuarán conforme a las reglas probatorias contenidas en este Código.”

Se establece un concepto de tipo penal, relacionado con el de tipicidad, al establecer que deberán tomarse en cuenta todos los datos que la descripción

típica previene contenida en la ley, también hace referencia a la obligación de acreditar los elementos normativos y subjetivos como el dolo y la culpa, así como los subjetivos específicos. En esa tesitura se trata de un tipo penal complejo de corte finalista, pues ubica al dolo y a la culpa, así como a las formas de participación de los activos a nivel del tipo penal. Por lo tanto, no se identifica con el texto constitucional, ni con el procesal federal, ya que el dolo y la culpa han pasado a formar parte de la culpabilidad y no del tipo.

g).- Chiapas:

"Artículo 124.- el Ministerio Público acreditara los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinara si ambos requisitos están acreditados en autos. dichos elementos son los siguientes:

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

II. la forma de intervención de los sujetos activos; y

III. la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

asimismo se acreditaran, si el tipo lo requiere:

a). las calidades del sujeto activo y 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 constatar si no existe acreditada en favor de aquel, alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

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

Se pone de relieve que en el Estado de Chiapas se continúa adoptando la expresión de elementos del tipo penal, así como una estructura que corresponde a la teoría de la acción final adoptada en la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993 y en tal virtud, resulta incongruente con el texto constitucional vigente y el procesal federal, pero da mayor certeza jurídica.

D).- Legislaturas locales que adoptan la concepción cuerpo del delito con elementos objetivos y normativos:

a).- Sinaloa:

"Artículo 170.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

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

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

El cuerpo del delito deberá acreditarse plenamente. Para la acreditación de la probable responsabilidad bastará prueba indiciaria."

En el Estado de Sinaloa tras considerar que por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la

descripción típica lo requiera, es evidente que su legislación procesal penal es congruente y acorde con nuestra reforma constitucional y procesal de 1999, ya que el cuerpo del delito se integra con elementos objetivos y normativos. Cabe citar también que el dolo y la culpa y las formas de participación en el delito son analizadas en la probable responsabilidad o culpabilidad.

E).- Legislaturas locales que adoptan la connotación elementos del tipo penal con relación al artículo 16 constitucional:

a).- Colima:

"Artículo 126.- Cuando el delito se sancione con pena no privativa de libertad o con pena alternativa y estén reunidos los demás requisitos a que se refiere el artículo 16 Constitucional para dictar mandamiento de aprehensión, el juez, a pedimento del Ministerio Público, librará orden de comparecencia en contra del imputado..."

"Artículo 160.- Durante las diligencias de averiguación previa, el Ministerio Público deberá utilizar los medios de prueba adecuados para que se acrediten los elementos del tipo penal y la responsabilidad del imputado"

Al establecerse que en la etapa de averiguación previa el Ministerio Público acreditara los elementos del tipo penal y para librar el Juez la orden de comparecencia será cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, esto es, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, dado el contenido actual del artículo 16 Constitucional, ello implica, que no hay congruencia entre los dispositivos legales antes citados, pues resulta claro que si al Ministerio Público le asiste la obligación de acreditar los elementos del tipo, por ende, acreditar los elementos objetivos, normativos, subjetivos específicos y subjetivos como el dolo y ola culpa, y al Juez únicamente la expresión cuerpo del

delito, entonces no le es exigible acreditar la existencia de elementos subjetivos, se limitara a acreditar los elementos objetivos, y los normativos, en caso de que las descripción típica lo requiera.

b).- Nuevo León:

"Artículo 181.- Sin perjuicio de los medios específicos que este código señala para comprobar los elementos del tipo, el Ministerio Público o el Juez, para su comprobación, gozarán de la acción más amplia y de los medios para su investigación o demostración, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalle la Ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta."

"Artículo 193.- Agotada la averiguación por el Ministerio Público, por reunirse los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ejercitará la acción penal..."

"Artículo 197.- Para que el juez libre una orden de aprehensión, se requiere:

I.- Que el Ministerio Público la haya solicitado; y

II.- Que se reúnan los requisitos previstos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

Se sigue utilizando la expresión de elementos del tipo penal, y cuando se hace referencia a los requisitos para el ejercicio de la acción penal o la orden de aprehensión, se recurre al artículo 16 de la Constitución General de la República, lo cual significa, que por virtud del contenido actual de dicho artículo se atenderá a la expresión cuerpo del delito; sin embargo, consideramos que al hacer referencia al texto del artículo 16 de la Constitución Federal, sin reformar lo que no es congruente con este, en sus textos procesales, agrava los problemas de interpretación sistemática, pues dichas legislaciones al no ser expresas en decir si se trata de cuerpo del delito o de elementos del tipo, y solo hacen referencia al

artículo 16 constitucional, el problema no únicamente persiste, sino que se complica, pues no han reformado las disposiciones legales en donde se sigue hablando de elementos del tipo penal.

c).- Sonora:

"Artículo 135.- 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 164, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales, los que para el libramiento de orden de aprehensión, se ajustarán a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional y en el 188 de este Código..."

"Artículo 164.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción penal; 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, culposa o preterintencional de la acción u omisión.

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

La probable responsabilidad del indiciado se acreditará cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca que pudo haber participado en la comisión de la conducta o hechos constitutivos de los elementos de tipo penal acreditado. Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado, la

autoridad deberá constatar que no exista demostrada en favor de aquél alguna causa de las señaladas en el artículo 13 del Código Penal.

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

“Artículo 188.- Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el Tribunal librará orden de aprehensión contra el inculcado, a pedimento del Ministerio Público...”

La ley procesal sigue adoptando la expresión de elementos del tipo penal, pero también hace referencia al artículo 16 constitucional en cuanto a los requisitos para librar la orden de aprehensión, por lo tanto podemos decir que tampoco ha reformado su texto procesal para hacerlo congruente con la Constitución Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales.

F).- Legislaturas locales que adoptan la expresión de cuerpo del delito, con elementos, objetivos, subjetivos específicos, normativos y subjetivos como el dolo y la culpa.

a).- Estado de México:

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

De la legislación procesal adoptada en el Estado de México, se pone de relieve que para el ejercicio de la acción penal se requiere acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad según lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, lo mismo ocurre para librar la orden de aprehensión.

Para acreditar el cuerpo del delito se requiere que se justifique la existencia de elementos objetivos, normativos y subjetivos atendiendo a los elementos contenidos en la descripción típica, y en esa tesitura podemos decir que se adopta una concepción del tipo penal complejo que requiere de la acreditación de todos los elementos que lo constituyen, incluso los subjetivos; sin embargo cuando habla de la probable responsabilidad y la forma de acreditar esta, refiere que deberá acreditarse la forma de participación del activo así como el dolo y la culpa, colocando en consecuencia a estos elementos a nivel de la culpabilidad, lo cual resulta incongruente, pues dichos elementos subjetivos también los requiere para acreditar el cuerpo del delito, lo cual se traduce, en que no nada mas es incongruente con el texto procesal federal, sino que carece de técnica jurídica la legislación procesal del Estado de México, ya que para comprobar el cuerpo del delito adopta una sistemática de corte finalista y para acreditar la probable responsabilidad otra de tipo casualista.

b).- Guanajuato:

"Artículo 158.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, para darle curso al proceso.

Para efectos de este Código, se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal; y por probable responsabilidad, que las constancias que se hayan recabado acrediten presuncionalmente que el acusado ejecutó el hecho delictuoso o que participó en su comisión.

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

La definición que del cuerpo del delito se da en el Estado de Guanajuato, tiene una connotación y contenido amplio, establece que para su acreditación deberá atenderse a la definición legal y además al acreditamiento de todos los elementos que integran dicha descripción típica, lo cual sin lugar a dudas representa la obligación de acreditar los elementos objetivos, subjetivos específicos, normativos y subjetivos como el dolo y la culpa, lo cual pone de relieve, que si bien utiliza el concepto cuerpo del delito, lo cierto es que no corresponde a la estructura adoptada por el Código Federal de Procedimientos Penales, dado que su contenido dogmático es más amplio que este último, pues se sigue adoptando una estructura de elementos del tipo penal.

c).- Puebla:

“Artículo 83.- El Ministerio Público deberá durante la averiguación previa, acreditar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal, respetando en todo momento los ordenamientos Constitucionales; a la Autoridad Judicial, por su parte, le corresponderá analizar si ambos requisitos se acreditan en autos.

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

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 exclusión del delito.

En los casos en que la descripción legal incorpore algún elemento subjetivo o interno, será necesario acreditar el mismo.”

En esta legislación, si bien se adopta el concepto de cuerpo del delito y se da una definición acorde a la legislación federal, en tanto requiere para su acreditación de elementos objetivos y normativos, ciertamente podemos decir que se trata de un tipo complejo, atentos al contenido de su último párrafo, que establece claramente la obligación de acreditar si el tipo lo requiere, los elementos subjetivos o internos, entendiéndose por los primeros los subjetivos específicos o dolo específico, (los ánimos, los deseos, el a sabiendas, etc), por los segundos, al referirse a elementos internos, obvio es que deberá atenderse al dolo y culpa.

Sin embargo, podemos decir que no es del todo un tipo de corte finalista pues en la probable responsabilidad analiza el dolo y la culpa, así como las formas de participación del activo, lo cual de la misma forma que en el Estado de México, adolece de técnica jurídica, ya que ubica al dolo y a la culpa, tanto a nivel del tipo, como a nivel de la culpabilidad.

d).- Coahuila:

“Artículo 272.- Para ejercitar la acción penal por un delito determinado, el Ministerio Público deberá acreditar el cuerpo del delito y reunir datos bastantes que hagan probable la responsabilidad penal del inculgado.

Por cuerpo del delito se entenderá la concreción histórica de los elementos materiales o descriptivos del tipo penal considerados de manera impersonal.”

“Artículo 274.- El juzgador comprobará las categorías procesales necesarias para ejercitar la acción penal cuando este código lo indique. Para ello verificará:

I. CUERPO DE DELITO. La prueba del cuerpo del delito, a través de la concreción histórica de los elementos materiales o descriptivos del tipo penal que

sean esenciales para la punibilidad del hecho; los que estimará de manera impersonal.

II. PROBABLE RESPONSABILIDAD. La probable responsabilidad del inculpado. Ésta se conformará cuando: 1) En favor de aquél falte prueba de excluyente de delito por impedir la antijuridicidad o la culpabilidad; y, 2) Haya datos bastantes de una o más formas de intervención típica del inculpado; así como, en su caso, de los elementos normativos y/o subjetivos específicos del tipo penal; igualmente, del dolo o culpa y de la culpabilidad de aquél. Para apreciar los elementos subjetivos específicos; el dolo o culpa y la culpabilidad; se estará a lo que previenen el código penal y este código.

Existirán datos bastantes: Cuando haya indicios graves que concurren o concuerden sobre el tema a demostrar; sin contraindicios de igual eficacia, a menos que se puedan descartar.”

Hace una división entre elementos no valorativos y valorativos, los primeros se ubican en el cuerpo del delito y los otros en la probable responsabilidad. Se trata de una sistemática que ubica al dolo y a la culpa a nivel de la probable responsabilidad, sin embargo hay una falta de técnica jurídica cuando se ubica a los elementos normativos en la probable responsabilidad y no en la parte objetiva del cuerpo del delito, por lo cual podemos decir, que no obstante la carencia de técnica jurídica al considerar a los elementos normativos como parte de la probable responsabilidad, ciertamente en lo esencial, si es congruente con las reforma constitucional y procesal de 1999.

G).- Legislaturas locales que relacionan el concepto cuerpo del delito con el artículo 16 constitucional:

a).-Chihuahua:

"Artículo 146.- Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el Tribunal librará orden de aprehensión contra el inculcado, a pedimento del Ministerio Público.

La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga del hecho delictuoso, aun cuando se cambie la apreciación del Ministerio Público, y se transcribirá a la autoridad correspondiente para que ésta proceda a su ejecución."

"Artículo 180.- El auto de formal prisión se dictará de oficio cuando de lo actuado aparezcan reunidos los requisitos siguientes:

I.- Que esté comprobada la existencia del cuerpo de un delito que merezca sanción privativa de libertad;

II.- Que se haya tomado declaración preparatoria al inculcado en la forma y con los requisitos que establece el Capítulo anterior;

III.- Que contra el mismo inculcado existan datos suficientes, a juicio del Tribunal, para considerarlo probable responsable del delito; y

IV.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculcado alguna causa que excluya la incriminación o que extinga la acción penal."

Para librar la orden de aprehensión se atiende a los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución Federal, sin hacer referencia alguna a si se debe acreditar el cuerpo del delito o los elementos del tipo, solo remiten a dicha disposición constitucional; sin embargo cuando habla de los requisitos para dictar un auto de formal prisión establece que deberá estar comprobada la existencia del cuerpo del delito; por lo que consideramos que en lo principal, es congruente con las reformas en estudio.

b).- Baja California:

"Artículo 109.- El Ministerio Público solicitará el libramiento de la orden de aprehensión al ejercitar la acción penal, cuando exista denuncia o querrela de un hecho delictivo, sancionado con pena privativa de libertad, apoyada por datos que acrediten los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Si el delito sólo merece pena alternativa o no privativa de libertad, solicitará orden de comparecencia..."

En el Código Procesal Penal del Estado de Baja California no se encontró ninguna definición del cuerpo del delito o elementos del tipo, tampoco su forma de acreditación; pero debe decirse que para librar la orden de aprehensión se atiende al acreditamiento de los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, en tal virtud podemos establecer, que aunque no dice cuales son esos elementos que los integran, si podemos afirmar que adopta la figura del cuerpo del delito y no de elementos del tipo penal y por lo tanto, hay congruencia con las reformas materia de nuestro estudio.

H).- Legislaturas locales que consideran equivalente la expresión cuerpo del delito, con elementos del tipo penal.**a).- Morelos:**

"Artículo 137.- Para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad penal se establecerá la adecuación de los hechos investigados con la descripción típica contenida en la Ley, considerando todos los datos que ésta previene, el carácter doloso o culposo de la conducta del inculpado y la intervención que éste tuvo en los hechos que se le atribuyen, bajo cualquiera de las formas de autoría y participación que el Código Penal reconoce. Así mismo se descartará la existencia de causas que excluyan la incriminación del delito o extingan la pretensión, conforme a lo estipulado por el mismo ordenamiento. Para ello, el Ministerio

Público o el Tribunal podrán emplear los medios de investigación que estimen conducentes, conforme a las reglas probatorias contenidas en este Código.”

Se entiende por cuerpo del delito el contenido dogmático de los elementos del tipo penal y por lo tanto creemos que brinda mayor seguridad jurídica al gobernado al respetar el principio de tipicidad es decir, la adecuación de los hechos a la descripción típica contenida en la ley, por lo cual estimamos que utiliza los conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo como figuras equivalentes.

b).- Nayarit:

“Artículo 123.- 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 130 y 142 de este código, el ministerio público ejercerá la acción penal ante los tribunales; los que para el libramiento de orden de aprehensión, se ajustarán a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional y en el 158 del presente código...”

“Artículo 130.- El funcionario de policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

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

Consideramos que el Estado de Nayarit, utiliza las denominaciones cuerpo del delito y elementos del tipo como figuras equivalentes, tras señalar que para ejercer la acción penal y librar la orden de aprehensión se acreditaran los elementos del tipo penal, y por otra parte en el artículo 130 del Código de

Procedimientos Penales del Estado, al establecer la forma de acreditación del cuerpo del delito alude a elementos materiales, salvo los casos que tenga señalada una comprobación especial y en este sentido, esta comprobación especial corresponde precisamente a los elementos normativos, subjetivos específicos, así como al dolo y la culpa.

c).- Querétaro:

"Artículo 246.- Se tendrá por acreditado el cuerpo del delito, cuando se comprueben los elementos constitutivos del tipo penal del delito de que se trate, por cualquier medio probatorio que admita la ley."

"Artículo 247.- La probable responsabilidad del imputado se tendrá por demostrada, cuando los medios probatorios existentes se demuestre la probable participación reprochable de aquel en la conducta o hechos constitutivos del cuerpo del delito comprobado.

Para los efectos de este Código, la probable participación reprochable se demuestra cuando, habiéndose acreditado el cuerpo del delito, no se comprueba plenamente a favor del imputado alguna causa de las previstas en el artículo 25 del Código Penal para el Estado."

"Artículo 248.- Para ejercer la acción penal el Ministerio Público deberá tener por comprobado el cuerpo del delito y establecida por lo menos la probable responsabilidad del indicado"

También se consideran equivalentes los conceptos cuerpo del delito y elementos del tipo, atentos al contenido del artículo 246 del Código de Procedimientos Penales del Estado, aunque se utiliza el concepto del cuerpo del delito para el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión y el auto de formal prisión.

Se dice que se acreditará el cuerpo del delito cuando se comprueben los elementos del tipo penal lo que pone de relieve que también considera al tipo penal como el continente y al cuerpo del delito como su contenido.

La autoría y participación se analiza en la probable responsabilidad y no en el tipo penal, lo cual también resulta incongruente, pues adopta tanto la teoría de la acción final como la teoría causalista para considerar acreditados los requisitos para librar la orden de aprehensión y dictar el auto de formal prisión y en tal virtud no hay coherencia legislativa con la reforma constitucional y procesal de 1999.

d).- Quintana Roo:

“Artículo 71.- El tipo penal se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos que constituyan el hecho delictivo, según lo determine la Ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

Por elementos del tipo penal se entenderán los que hasta ahora han dado contenido al cuerpo del delito; por tanto, en todos los artículos de este Código que hacen referencia a este concepto, ésta denominación será considerada equivalente a elementos del tipo penal.”

“Artículo 102.- Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el Juez librará orden de aprehensión contra el acusado, a pedimento del Ministerio Público.”

De manera expresa se habla de que por elementos del tipo penal se entenderán los mismos que han dado contenido al concepto “cuerpo del delito”, y por lo tanto, que dichas expresiones son equivalentes, por ello, establece que para librar una orden de aprehensión será cuando se acrediten los requisitos del artículo 16 de la Constitución Federal.

e).- Baja California Sur:

"Artículo 259.- El cuerpo del delito se integra por los elementos constitutivos del tipo penal de que se trate y se acreditara por cualquier medio probatorio que señale la Ley.

Para tener por comprobado el cuerpo del delito en averiguación previa e instrucción, la autoridad competente deberá acreditar los siguientes elementos típicos:

I.- La lesión o, en su caso, el peligro en que ha sido colocado el bien jurídicamente protegido;

II.- El objeto material y sus características;

III.- Que el resultado producido sea atribuible a una determinada actividad o inactividad humana;

IV.- El o los medios utilizados, y en su caso, si estos son los previstos por el tipo;

V.- Las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión, cuando el tipo lo exija;

VI.- Si la acción o la omisión han sido realizadas de manera dolosa, culposa o preterintencional;

VII.- El número de personas que intervinieron en la comisión del hecho;

VIII.- La calidad de los sujetos activos o pasivos, en caso de requerirlo el tipo;

y

IX.- Las demás circunstancias específicas que el tipo en particular prevea."

Si bien es cierto, no se da una definición de lo que debe entenderse por cuerpo de delito, ciertamente para tener por comprobado este, se recurre a la estructura de los elementos del tipo, sin embargo, no hace referencia a los elementos normativos y subjetivos específicos, aunque vale decir, que bien pudieran encontrarse contenidos en la fracción IX del artículo citado, cuando dice " las demás circunstancias específicas que el tipo en particular prevea", en donde también pudieran ubicarse las modificativas. No incluye como parte integrante del cuerpo del delito a la forma de intervención de los sujetos activos, esto se estudia

en la probable responsabilidad. Sin embargo, es importante resaltar que establece una concepción del cuerpo del delito con elementos objetivos y subjetivos, como son el dolo y la culpa, por lo que en consecuencia, esta legislación tampoco es acorde con las reformas materia de nuestro estudio.

Una vez que hemos conocido el contenido de las diferentes legislaciones en materia procesal penal de diferentes Estados de la República, en lo relativo a lo que entienden por cuerpo del delito y sobre todo si sus textos procesales son congruentes, o no, con la reforma constitucional y procesal de 1999, podemos decir, que es evidente que en la mayoría de los casos no existe dicha congruencia entre lo que ordena la Constitución Federal y lo que entienden por cuerpo del delito cada una de las legislaciones locales, lo cual trae como consecuencia una inseguridad jurídica para los diferentes actores implicados en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, pues la incorrecta adecuación en que han incurrido las diferentes legislaturas locales es evidente y no puede ser negada, y lo más grave es que hay algunas legislaciones que continúan entendiendo el concepto del cuerpo del delito en su connotación puramente objetiva, es decir incluyen en su estructura únicamente elementos materiales susceptibles de ser apreciados por los sentidos, pero de ninguna forma incluyen, elementos subjetivos como el dolo y la culpa, sin dejar de soslayar la no inclusión de elementos normativos y subjetivos específicos.

En este tenor, cabe citar lo señalado por Gonzalo Antonio Vergara Rojas y Arturo Vaca Rivera, cuando dicen que el Estado Mexicano se encuentra organizado en una forma de Estado Federal con una forma de gobierno republicana, representativa y democrática, compuesta de Estados libres y soberanos (autónomos); pero unidos en una Federación establecida conforme a los principios de la Constitución Federal. Esta es la referencia directa que establece el artículo 40 de la Constitución Federal de 1917. Igualmente por virtud del pacto Federal, los Estados miembros de la Federación en ningún caso podrán *contravenir las estipulaciones del pacto federal* (Artículo 41 de la Constitución

antes mencionada). La máxima ley en la Federación, lo es la Constitución Federal, y a ella deberán de subordinarse todos los demás contenidos legislativos, los cuales no podrán contravenirla y desde luego que entre estos y aquella deberá de existir una correspondencia univoca toda vez que inclusive, en el caso de que no coincida la ley secundaria con la Constitución Federal, la autoridad habrá de ajustar su actuar a está última, lo anterior por así disponerlo el artículo 128 en relación con el artículo con el 133 de la Constitución Federal.¹⁷⁸

En este sentido nosotros estamos de acuerdo y compartimos el criterio antes citado pues ciertamente las legislaturas locales están obligadas a adecuar sus textos al mandato de la Constitución Federal, pues hacer lo contrario, bajo el argumento de que son estados libres y soberanos, trae como consecuencia lógica una múltiple variedad de disposiciones jurídicas con diferentes contenidos dogmáticos de lo que debe de entenderse por cuerpo del delito y consecuentemente ello repercute en los problemas de procuración y administración de justicia, pues crean una inseguridad jurídica para los gobernados; por lo tanto, estimamos que todas las legislaciones locales deben adecuar sus códigos procesales en materia penal a los contenidos que ordena la Constitución General de la República, y que se encuentran regulados por el Código Federal de Procedimientos Penales, pues solamente así se brindara una verdadera y plena procuración y administración de justicia. Sin embargo, no deja de soslayarse que hay algunos Estados de la República Mexicana en donde su legislación procesal es mejor que la adoptada en materia federal.

Congruente con la posición que adoptamos y defendemos, cabe citar los siguientes criterios de jurisprudencia.

S. J. F.
IX Época.
Tomo XIII,
Primera Sala.

¹⁷⁸ Gonzalo Antonio Vergara Rojas y Arturo Baca Rivera, op. cit., pp. 43-44.

Marzo de 2001.
P. 113.

“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERARQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE.- En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la constitución federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los Jueces de cada Estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía, se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, por que deben permanecer en unión con la Federación, según los principios de la ley fundamental, por lo que deberán sujetar su Gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no la de esas leyes ordinarias, aún cuando precedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna, para ese efecto. (1ª XVI/2001).”

Cuarto Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito.
Amparo en Revisión 7/2000, 2 de octubre de 2000.
Unanimidad de votos. Ponente : Xochil Gudiño Guzmán.
Secretaria: Catalina Alicia Ramírez Romero.
Novena Época.
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.
Tomo : XIII, Enero de 2001.
Tesis: XXI. 4º IP.
Página : 1686.

“AUTO DE FORMAL PRISIÓN. DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL, INDEPENDIEMENTE DE LO QUE AL RESPECTO SE ESTABLEZCA EN LA LEY QUE LO REGULE, DADO EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA 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 expresara el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como de 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 determina la ley. De lo anterior deriva que no obstante 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 secundaria referida, ya que está 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 del 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."

5.5. AVANCE O RETROCESO EN NUESTRO SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO, CON LA REFORMA DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL A CUERPO DEL DELITO.

De la interpretación sistemática y armónica de los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, administrada con la referencia histórica realizada en relación a la evolución tanto del cuerpo del delito como del tipo penal, se pone de relieve que el concepto de cuerpo del delito adoptado por

nuestra legislación, se entiende como lo expusieron los juristas en el causalismo valorativo (sistema neoclásico), el cual se identifica en la mayor parte de las ocasiones con el tipo objetivo (párrafo segundo del artículo 168), al cual se agrega, siempre y cuando el tipo penal sujeto a estudio lo requiera, los elementos normativos (párrafo segundo del artículo 168), cuya aportación se debe sin lugar a duda a Mayer y Mezger, así como los elementos subjetivos específicos, del tipo (párrafo primero y segundo del artículo 134), desarrolladas por Fischer, Hegler y Mayer.

En ese sentido podemos afirmar con cierto optimismo que no se volvió del todo al pasado, es decir, a la postura inicial de 1917, en cuya época se identificaba cuerpo del delito solamente con elementos objetivos del tipo. No, tal parece que el legislador permanente de 1999, adoptó una posición mixta, tomada de Mezger, (1926-1931), al introducir conceptos del tipo objetivo y normativos e identificar como tal, al cuerpo del delito, lo cual es ya una ganancia, si tomamos en cuenta que en nuestro país, a diferencia de Alemania, no todos los cuerpos policíacos de investigación del delito, ni funcionarios de procuración o administración de justicia, están a la altura de la actual dogmática jurídico-penal, Alemana. De ahí que, la iniciativa de reformas del ejecutivo, justificó este retroceso al señalar que las reformas de 1993, "no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano".¹⁷⁹

Por otra parte y dado el contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, mediante el cual se analiza el dolo y la culpa como elementos para acreditar la probable responsabilidad del inculcado, y además por virtud de los propios contenidos que de dolo y culpa se establecen en el artículo 9º. del Código Penal Federal, mediante el cual se establece que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible resultado típico quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o

¹⁷⁹ Ojeda Velásquez, Jorge, op. cit., p.52.

previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Al respecto, Jorge Ojeda Velásquez, nos dice que por virtud de lo anterior el legislador permanente tampoco volvió del todo al pasado, ya que considera dicho autor que no es verdad que la concepción psicológica de la culpabilidad ha vuelto a reinar. Lo anterior es así, pues de la actual redacción del tercer párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, estima que el legislador optó por el concepto normativo Mezgueriano de culpabilidad (1926-1931), puesto que sus elementos principales (dolo y culpa), se encuentran enlazados en el mismo precepto en su aspecto negativo, a las causas de exclusión de las mismas; en consecuencia, para declarar culpable a un sujeto no basta constatar el nexo psicológico entre el autor y el hecho, sino que es necesario además, analizar algunos otros elementos valorativos para fundamentar el juicio de reprobabilidad, considerando el estado de imputabilidad en que se encontraba el sujeto al momento de cometer el hecho y las circunstancias que rodearon al comportamiento.¹⁸⁰

Por otra parte, no deja de ponderarse que la reforma constitucional de 8 de marzo de 1999, a los artículos 16 y 19 constitucionales así como la reforma procesal de 18 de mayo del mismo año, a los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, mediante las cuales se retornó a la vieja figura jurídica denominada "cuerpo del delito", y se abandonó la expresión "elementos del tipo penal", a traído como consecuencia un retroceso en nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano, pues como ha quedado señalado se ha retornado al llamado "causalismo valorativo" o "sistema neoclásico", lo cual sin lugar a dudas también trae como consecuencia, la reducción de los requisitos para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal con mayor facilidad, pues ciertamente en la etapa de Averiguación Previa le es exigible únicamente acreditar

¹⁸⁰ *Ibidem.*, p.57.

la materialidad del delito, es decir, los elementos objetivos que son apreciables a través de los sentidos, y solo para el caso de que la descripción típica así lo requiera (elemento accidental), se requerirá que la representación social acredite los elementos normativos, además no le es exigible para el ejercicio de la acción penal el acreditar los elementos subjetivos específicos, así como tampoco los elementos subjetivos como el dolo y la culpa, lo cual a facilitado el ejercicio de la acción penal; sin embargo, estimamos que la reforma constitucional y procesal en estudio también ha restringido la garantía de seguridad jurídica que brindaba a los gobernados implicados en el drama penal la anterior sistemática adoptada mediante la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993 y su correspondiente reforma procesal al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales de 1994, mediante el cual se brindaba mayor seguridad jurídica al inculpado, tras establecerse en el artículo 168, que para ejercitar la acción penal el Ministerio Público, tenía la obligación de acreditar tanto los elementos objetivos, normativos, subjetivos específicos y subjetivos como el dolo y la culpa.

Por otra parte, también se han reducido los requisitos para librar la orden de aprehensión y el correspondiente auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pues atentos al contenido del artículo 134 materia de nuestro estudio, se puede colegir claramente que los elementos subjetivos y subjetivos específicos serán materia de estudio y acreditación después de dictado el auto de formal procesamiento, y algunos consideran que será hasta el dictado de la sentencia, lo cual también a restringido la garantía de seguridad jurídica.

Luego, podemos establecer que las posturas adoptadas, con relación a los conceptos cuerpo del delito y elementos del tipo penal, esta dividida.

Unos afirman, que esos dos conceptos son equivalentes, es decir, que en cuanto a su aspecto practico, los dos conducen a lo mismo. "la comprobación del

cuerpo del delito, equivale a la exigencia del acreditamiento de los elementos integrantes del tipo penal¹⁶¹

Otros, consideran que esos dos conceptos son diferentes, en virtud de que al suprimirse el concepto cuerpo del delito de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e incorporar en su lugar el elemento tipo penal, se creyó equivocadamente que estos dos conceptos podrían ser sustituibles entre sí cuando cada uno de ellos tiene una génesis diferente y una función distinta que cumplir en el ámbito del derecho penal, tanto es así que cuando hacemos referencia al tipo penal, lo relacionamos inmediatamente con uno de los elementos principales de la definición secuencial del delito, y cuando tratamos de definir el cuerpo del delito nos referimos a elementos materiales de comprobación; por ende, de carácter meramente procesal.¹⁶²

Otra postura es en el sentido, de que no obstante de que ambos conceptos son equivalentes, la elección del cuerpo del delito para ser plasmado en las leyes penales, obedece a una flexibilización para la acreditación de los elementos que exige cada tipo en particular, esto es, se traduce en una tendencia mediante la cual, sin desconocer el avance de la ciencia del derecho penal, pretende disminuir los requisitos legales que de acuerdo a esta concepción, obstaculizan la debida procuración e impartición de justicia.

Nosotros estimamos, que si bien es cierto la estructura que adopta nuestra legislación procesal de lo que se entiende por cuerpo del delito, obedece a flexibilizar los requisitos para acreditar cada tipo penal en particular y que ello se traduce en un retroceso histórico en la evolución de dicho concepto (sistema neoclásico), lo cierto es que compartimos la primera postura citada, en virtud de que ciertamente lo que se ha pretendido desde hace mucho años, es que al acreditar el cuerpo del delito, se analicen los elementos conformadores del tipo

¹⁶¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p.297.

¹⁶² Zamora Jiménez, Arturo, op. cit., p 25.

penal respectivo, pues además vale decir que los elementos objetivos y normativos son elementos esenciales del tipo penal y en este sentido compartimos el criterio de considerar como conceptos equivalentes "cuerpo del delito", y "elementos del tipo".

De lo anteriormente expuesto, podemos decir lo siguiente:

a) La reforma constitucional y procesal de 1999, ha significado un retroceso en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, dada la evolución del pensamiento penal, y por ende, la sistemática adoptada por los artículos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, corresponde al período histórico del derecho penal conocido como causalismo valorativo o sistema neoclásico.

b) La expresión cuerpo del delito es equivalente a elementos del tipo penal, pues al acreditar el cuerpo del delito se siguen analizando los elementos del tipo, pero en una evolución histórica que no corresponde a la teoría de la acción final, sino al causalismo valorativo.

5.5.1. LA SEGURIDAD PÚBLICA, PROCURACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

El incremento de la criminalidad, la impunidad, la corrupción y la inseguridad pública fueron reconocidos abiertamente, tanto por el ejecutivo federal, como por los señores legisladores, al elaborar su correspondiente dictamen de la iniciativa de reforma constitucional a los artículos 16 y 19, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999; reconocieron que en México, predomina la impunidad, de los delitos denunciados, únicamente un número muy pequeño se persigue y se sanciona; el resto, los delitos conocidos, que son muchos y los delitos desconocidos que son más, quedan sin investigar y por ende sin sanción.

La información anterior se puede analizar desde diversos ángulos, el escogido por el legislador fue el fracaso de hacer valer la pretensión punitiva del Estado, pues, los jueces solo otorgaron un 10% de las ordenes de aprehensión solicitadas por el Ministerio Público, a dicha situación atribuyo el legislador el origen del incremento de la criminalidad en México, y dedujo que todo ello se debía a la adopción de la teoría finalista en la legislación mexicana. En consecuencia, el legislador considero que la solución era erradicar las teorías de la ley e incrementar el número de ordenes de aprehensión a través de reformas en caliente.¹⁸³

Fernando García Cordero cuando se refiere a la iniciativa de reforma constitucional materia de nuestro estudio, señala que ésta declara que persigue hacer frente al alarmante problema de la inseguridad pública que aqueja a la ciudadanía. En 1997 se denunciaron el doble de delitos que en 1991. En una encuesta publicada en el periódico reforma (marzo 1998), el 25% de los encuestados señalo que fue victima de algún delito en los últimos tres meses, y el 73% afirmo que no se castiga suficientemente a los delinquentes. La inseguridad se refleja en que 82% reportan sentirse inseguros en el transporte público; el 87% siente temor al andar en las calles y 82 % teme a abordar taxis. El problema más importante de la aprobación de las reformas constitucionales de que se trata, dice García Cordero, aparte de su carácter significativamente reductor de las garantías individuales, es que no solo fomentaría la actuación arbitraria de las autoridades, si no que incidiría en satisfacer la legitima demanda ciudadana de seguridad que las encuestas reflejan. La iniciativa de reforma constitucional que nos ocupa, parte de un diagnostico equivocado de las causas de inseguridad pública, pues tras flexibilizar los requisitos para girar ordenes de aprehensión y dictar autos de formal prisión con mayor facilidad, el problema no se acaba, pues este se haya en la tremenda ineficacia de las procuradurías en el cumplimiento de su labor de investigación y persecución de los delitos. Los datos son alarmantes, pues para

¹⁸³ Díaz Aranda, Enrique, Detener, consignar y ¿en el proceso averiguar?, op. cit., p. 47.

empezar, solo 15 de cada 100 delitos son denunciados, lo que indica que el ciudadano calcula que la denuncia es inútil y solo acude a ella cuando, por razones jurídicas (por ejemplo, para cobrar un seguro), necesita constancia legal del acto delictivo. Aún más, de cada 100 delitos que si se denuncian, solo en 35 de ellos se establece la identidad del presunto delincuente, y solo en 1 de cada 4 ocasiones, se logra detener al probable responsable. Así con estos datos de encuestas y las propias cifras de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, podemos calcular que la probabilidad de que un delincuente llegue a ser detenido es de 0.0128, es decir solo 13 de cada 1000. Como es sabido por todos, la iniciativa de reforma constitucional proponía y así fue aprobado flexibilizar, los requisitos para dictar ordenes de aprehensión como si la causa de la impunidad residiera en la dificultad de obtener de los jueces dichas ordenes. Sin embargo, hace algunos meses, en la cuarta reunión de procuradores de justicia, se reconoció que el 65% de las ordenes de aprehensión en el fuero común están pendientes de cumplimiento y el 75% de las del fuero federal, tampoco se han cumplido, obviamente la impunidad no se debe a la dificultad para obtener ordenes de aprehensión de la autoridad judicial, si no que esta deriva de la incapacidad de las procuradurías para cumplirlas. Por ende, la reforma al artículo 16 constitucional, resulta inútil e irrelevante para reducir la impunidad.¹⁸⁴

Si por seguridad pública entendemos la suma de acciones gubernamentales, apoyadas por la colectividad, tendientes a garantizar a la población civil el mantenimiento y desarrollo de la adecuada convivencia social, en un marco normativo de orden constitucional, de leyes secundarias y disposiciones reglamentarias que regulen la actividad comunitaria con profundo respecto a las garantías individuales y sociales, a los derechos humanos y a la población,¹⁸⁵ es evidente que no existe en consecuencia dicha seguridad pública, pues resulta evidente que con la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, así como a su

¹⁸⁴ García Cordero, Fernando, La crisis del sistema penal mexicano, Criminología, Año LXV, No. 1, México, D.F., Enero-Abril, 1999, Ed. Porrúa, pp. 84-86.

¹⁸⁵ Osorio y Nieto, César A., Seguridad Pública y Procuración de Justicia, Criminología, Año LXV, México, D.F., Enero-Abril, 1999, Ed. Porrúa, p. 121.

correlativa en materia procesal penal, a los diversos numerales 134 y 168, se restringieron las garantías individuales, por ende la garantía de legalidad y seguridad jurídica para los gobernados, tras flexibilizar los requisitos para ejercitar la acción penal, y obtener con mayor facilidad la correspondiente orden de aprehensión y el dictado de autos de formal prisión y de sujeción a proceso, según sea el caso.

Por otra parte, cabe cuestionarse lo siguiente: ¿por qué el Ministerio Público no puede integrar debidamente una averiguación previa?, ¿acaso no tiene la capacidad para acreditar debidamente los elementos del tipo penal del delito del que se trata, como lo exigía el anterior artículo 16 constitucional?. Consideramos que no existe un pretexto razonable que pueda aceptarse, sobre todo cuando las consignaciones son sin detenido, pues aquí no existe término para obligar al Ministerio Público a ejercitar la acción penal, y en tal virtud, bien pudiera allegarse de los elementos probatorios para acreditar los elementos del tipo penal; sin embargo, en la práctica y aún con la reforma que adopta la expresión "cuerpo del delito", sigue existiendo un gran número de rezagó de averiguaciones previas y en su caso las que siguen consignándose en el mayor número de veces siguen estando mal integradas, no obstante que el legislador le ha facilitado el camino para ejercitar la acción penal, al exigirle únicamente acreditar los elementos objetivos que constituyen la materialidad del hecho considerado como delito, y en su caso, de manera accidental, la acreditación de elementos normativos.

Consideramos también, que la reforma en estudio no era necesaria pues el legislador y sobre todo los gobernados, no podemos estar a los caprichos de la institución del Ministerio Público, institución que hoy por hoy, representa un verdadero desequilibrio procesal entre los sujetos procesales, pues basta citar que el artículo 142 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que "Si el juez niega la orden de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, por considerar, que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 195 del Código Federal de

Procedimientos Penales, se regresará el expediente al Ministerio Público para el trámite correspondiente.”

Luego, resulta claro que no obstante, que ya se flexibilizaron los requisitos para el ejercicio de la acción penal y la orden de aprehensión, el numeral en cita pone de relieve que todavía el Ministerio Público tiene otra oportunidad para poder ejercer la acción penal, pues al referirse dicho artículo que se le regresará el expediente para el trámite correspondiente, es claro que puede ser, para allegarse de más elementos de prueba para acreditar el cuerpo del delito. Esto, evidentemente crea inseguridad jurídica para el gobernado, pues no existe un término fatal, que limite al Ministerio Público, para poder volver a ejercer la acción penal y por lo cual se atiende únicamente a las reglas de prescripción. Una vez más, se evidencian las amplias facultades del Ministerio Público sobre las del inculpado, lo cual no únicamente crea inseguridad jurídica, sino un desequilibrio procesal.

Con relación al dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, sucede lo mismo que cuando se niega la orden de aprehensión, pues atentos al contenido del artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales, se pone de relieve que “si dentro del término legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar, o de sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba se actúe nuevamente en contra del inculpado; en estos casos no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate. También en estos casos, el Ministerio Público podrá promover prueba, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el segundo párrafo del artículo 4º., hasta reunir los requisitos necesarios, con base en los cuales, en su caso, solicitará nuevamente al juez dicte orden de aprehensión, en los términos del artículo 195, o de comparecencia, según corresponda.”

En este sentido, podemos decir que los problemas de la inseguridad pública, no se encuentran en la teoría de la acción final, sino en la ineficacia de los hombres y mujeres encargados de la procuración de justicia para acreditar los elementos del tipo penal, y que ante dicha ineficiencia, ellos son quienes han generado los alarmantes índices de impunidad, corrupción y por ende de inseguridad pública.

Congruente con lo anterior, Raúl Plascencia Villanueva, considera que el problema que la sociedad mexicana padece en materia de procuración de justicia, no es algo derivado de las imprecisiones de la ley o bien de falta de instrumentos legales efectivos, sino de los hombres que se encargan de llevarla a la práctica, los cuales, en los más de los casos, adolecen de falta de capacitación, cotidianamente descubierta, por lo cual, propone enfocar la atención, sobre esquemas de profesionalización y especialización, que se proyecten sobre las diversas instancias de procuración de justicia a efecto de garantizar que su función se traduzca en un beneficio social y no en un innegable lastre.¹⁸⁶

Ciertamente el problema de la inseguridad pública y la ineficiencia de las instituciones encargadas de la procuración de justicia en México es evidente, basta conocer las estadísticas proporcionadas por la Procuraduría General de la República¹⁸⁷, para darnos cuenta del gran rezago de averiguaciones previas que no han sido resueltas, y sobre todo, la gran mayoría no han sido consignadas, ya sea por encontrarse en consulta de reserva o de no ejercicio de la acción penal, sin dejar de soslayarse el incumplimiento para ejecutar las ordenes de aprehensión libradas por los jueces.

¹⁸⁶ Plascencia Villanueva, Raúl, La iniciativa de reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución y la propuesta de reformas al Código Penal, Criminalia, Año LXIV, No. 1, México, D.F., Enero-Abril, Ed. Porrúa, 1998, p. 119.

¹⁸⁷ Esta información se puede consultar en el Manual de Estadísticas Anual, de la Procuraduría General de la República, correspondiente al año 2000. Se hace la aclaración que los datos que se presentan son representativos del global de indagatorias a nivel nacional de toda la Procuraduría General de la República.

Sobre el particular, se presentan a continuación varios cuadros estadísticos que ilustran la ineficiencia e ineficacia de la institución antes citada, así como un cuadro representativo que mide el grado de eficiencia persecutoria en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal¹⁸⁸, y por supuesto los resultados no son nada halagadores, por el contrario, reflejan también la ineficacia de dicha institución; lo más alarmante, es que después de la reforma constitucional de 8 de marzo de 1999, mediante la cual se han flexibilizado los requisitos para que el Ministerio Público ejercite la acción penal, obtenga con un menor número de requisitos legales las ordenes de aprehensión y el dictado de autos de formal prisión o de sujeción a proceso, las cosas siguen igual o peor, dado el resultado de las estadísticas citadas, las cuales corresponden a datos del periodo comprendido, de 1 de enero al 31 de octubre de 2000; esto por cuanto hace a la Procuraduría General de la República, ya que en relación a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, corresponde a una estadística que comprende un periodo que abarca de 1994 al mes de junio del 2000. Consecuentemente, lo anterior evidencia que los problemas de la inseguridad pública, el incremento en los índices de criminalidad, impunidad y corrupción, no son culpa de la teoría de la acción final, sino de la ineptitud e ineficiencia de los hombres y mujeres encargados de procurar justicia en México, lo cual bien puede traducirse en problemas institucionales.

ACTAS CIRCUNSTANCIADAS

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Existencia Anterior	Iniciadas	Total	Despachadas	Existencia Actual	Diferencia
13,405	42,519	55,924	43,479	12,445	-960

¹⁸⁸ La información que se presenta fue proporcionada por la Dirección General de Política y Estadística Criminal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

AVERIGUACIONES PREVIAS FÍSICAS GENERAL

Existencia Anterior	Iniciadas	Total	Despachadas	Existencia Actual	Diferencia	A. P. en Consulta	A. P. Activas General
49,660	65,997	115,657	62,724	52,933	3,273	13,228	39,060

AVERIGUACIONES PREVIAS EN CONSULTA

Existencia Anterior	Iniciadas	Total	Autorizadas	No Autorizadas	Consultas Resueltas	Existencia Actual	Diferencia
14,329	43,405	57,734	32,212	12,294	44,506	13,228	-1,101

ORDENES DE APREHENSION

Existencia Anterior	Libradas	Total	Despachadas	Existencia Actual	Diferencia
33,282	6,631	39,913	6,486	33,427	145

ORDENES DE REAPREHENSION

Existencia Anterior	Libradas	Total	Despachadas	Existencia Actual	Diferencia
15,421	4,279	19,700	3,493	16,207	786

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ORDENES DE COMPARECENCIA

Existencia Anterior	Libradas	Total	Despachadas	Existencia Actual	Diferencia
4,150	1,321	5,471	1,374	4,097	-53

AUTOS DE PLAZO CONSTITUCIONAL

Autos de Formal Prisión	Autos de Sujeción a Proceso	Autos de Libertad	Mixtos	Total de Autos
15,322	224	1,277	188	17,011

SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA

Condenatorias	Absolutorias	Mixtas	Total de Sentencias
14,619	779	82	15,480

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Con relación al comportamiento de la eficacia persecutoria de las averiguaciones previas, a cargo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, tenemos la siguiente tabla:

**COMPORTAMIENTO DE LA EFICIENCIA PERSECUTORIA DE LAS
AVERIGUACIONES PREVIAS**

Año	Denuncias	Consignaciones	Eficiencia Persecutoria (A. P. Consignadas en relación a las denuncias)
1994	161,496	19,184	11.88
1995	218,599	19,801	9.06
1996	248,567	22,224	8.94
1997	255,532	21,455	8.40
1998	237,801	25,706	10.85
1999	227,212	29,955	13.18
2000(ene- Jun)	90,632	17,143	18.91

Otro de los problemas de la mala procuración de justicia en México, lo es la falta de recursos humanos con que cuentan dichas instituciones, al respecto según información proporcionada por el periódico reforma¹⁸⁹, se carece en 11 Estados de la República, tanto de agentes de Ministerio Público Federal como de agentes de la Policía Judicial Federal, sobre el particular se cita la siguiente ilustración:

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹⁸⁹ Barajas, Abel, Periódico Reforma, 5 de noviembre de 2001, Año 8, número 2884, p.2A

FALTA DE RECURSOS HUMANOS

Estado	Población	MP	Habitantes por MP	PJF	Habitantes por agente	Peritos	Habitantes por perito
BCS	424,041	13	32,619	17	24,944	5	84,808
Colima	542,627	12	45,219	20	27,131	1	542,627
Chihuahua	3,052,907	35	87,226	71	42,999	3	1,017,636
Guanajuato	4,663,032	27	172,705	40	116,576	6	777,127
Hidalgo	2,235,591	12	186,299	17	131,576	1	2,235,591
Jalisco	6,322,002	71	89,042	58	109,000	15	421,467
Oaxaca	3,438,765	25	137,551	54	63,681	8	429,846
Tabasco	1,891,829	12	157,652	26	72,763	1	1,891,829
Tamaulipas	2,753,222	59	46,665	80	34,415	4	688,306
Yucatán	1,658,210	12	138,184	17	97,542	4	414,553
Zacatecas	1,353,610	11	123,055	21	64,458	6	225,602
Total:	28,335,836	289	98,048	421	67,306	54	524,738

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los resultados de esta tabla son alarmantes, pues ponen al descubierto que dentro de la Procuraduría General de la República, en las plazas que se citan, existe no únicamente una insuficiencia de recursos humanos para poder atender debidamente los problemas de procuración de justicia, sino que también, pone de relieve, que mientras menos sea el número de agentes del Ministerio Público Federal o agentes de la Policía Judicial Federal en una demarcación geográfica determinada, ello trae como consecuencia lógica la gestación inequívoca de "cotos de poder" y por supuesto, la inminente corrupción de dichos servidores públicos quienes no tienen además, ningún tipo de control eficaz en sus actuaciones; basta citar como ejemplo, que en el Municipio de Irapuato, Guanajuato¹⁹⁰, solo existe

¹⁹⁰ Actualmente me desempeño como Defensor Público Federal, del Instituto Federal de Defensoría Pública, adscrito a la Agencia del Ministerio Público de la Federación en Irapuato, Guanajuato, y en tal virtud, dentro de mi experiencia profesional en el ejercicio de mi cargo, me he podido dar cuenta de los problemas de procuración de justicia en dicho Municipio, por lo cual, me constan los datos que cito en este apartado, ya que además, los agentes del Ministerio Público, todavía se resisten a que en dichas agencias exista la figura del Defensor Público Federal, pues lo ven como un obstáculo que les dificulta manejar a su conveniencia la procuración de justicia.

una Agencia del Ministerio Público Federal, y únicamente existen dos Ministerios Públicos Federales para cubrir las necesidades de justicia en dicho Municipio, sin pasar por alto, que también dentro de su perímetro les corresponde atender e investigar los delitos cometidos en otros Municipios aledaños, tales como, Cuernavaca, Toluca, San Mateo Atlisco, Amecameca, Cuernavaca, Penjamo, Guanajuato, Abasco, Pueblo Nuevo y Santa Ana Pacuaco. Es decir, dos personas (agentes del Ministerio Público Federal), mantienen el control de todos los delitos federales que sucedan en estos lugares, pues debe decirse que quien pudiera ejercer un control real sobre estos servidores públicos, se encuentra en Guanajuato, capital, y nos referimos a su Delegado Estatal, pues si nos refiriéramos a la Contraloría Interna, la Supervisión Interna de Derechos Humanos o la Visitaduría General, de la Procuraduría General de la República, órganos de control interno de dicha institución ministerial, se encuentran domiciliados en el Distrito Federal.

Finalmente podemos decir, que no obstante los problemas que existen en la procuración de justicia en México, los señores legisladores consideraron que mediante la reforma constitucional de 8 de marzo de 1999, los índices de criminalidad e inseguridad pública iban a disminuir, tras sustituir la figura "elementos del tipo penal" por la de "cuerpo del delito"; sin embargo, como ha quedado señalado en las líneas que anteceden, los problemas de ineficiencia en la mala procuración de justicia siguen vigentes, y al respecto no deja de soslayarse que para el presupuesto del gasto público correspondiente al año 2002, en lo relativo al rubro de seguridad pública y combate a la corrupción, éste será disminuido, pues lo que el gobierno ofrece para resolver esos problemas sociales que son el flagelo de la población, corresponde a -11% para seguridad pública y - 4.9% en el combate a la corrupción¹⁹¹, lo cual sin lugar a dudas, generará un incremento en los índices de criminalidad, de inseguridad pública y de mala procuración de justicia, sin dejar de ponderar que en el rubro de administración de justicia, muy posiblemente las cargas de trabajo se verán reflejadas, lo que también traerá como consecuencia lógica una ineficiente

¹⁹¹ Periódico Reforma, 14 de noviembre de 2001, año 5, número 2069, p.1.

administración de justicia, pues ciertamente se retrazaran las resoluciones judiciales, y en este sentido, no obstante la reforma constitucional que nos ocupa, los índices de criminalidad siguen aumentando, lo que ha evidenciado claramente, que la teoría de la acción final no ha sido, ni será, la responsable de dichos fenómenos sociales.

CONCLUSIONES.

1.- La noción jurídico – dogmática sustancial que adopta el sistema analítico o atomizador para realizar el estudio de los elementos integrantes del delito, constituye un sistema que brinda mayor certeza jurídica, para estar en aptitud de saber si hay o no delito, pues para entender el todo, hay que fraccionarlo en los elementos que los constituyen, los cuales se interrelacionan uno a otro, pues entender lo contrario, es decir, considerar al delito como un todo orgánico que no se puede dividir no encuentra sustento jurídico sólido, pues tanto en la propia dogmática, la ley y la jurisprudencia se advierte la necesidad de estudiar de manera analítica el delito, tal es el caso del propio artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

2.- Existe una línea divisoria para entender el concepto de cuerpo del delito, unos lo entienden desde una concepción puramente objetiva o material, dentro del un contexto causalista; otros lo identifican con un criterio más amplio, con la inclusión de elementos de carácter subjetivo que lo relacionan con el concepto de tipo, y dicen que hay cuerpo del delito cuando hay tipicidad.

3.- Con la reforma de 18 de mayo de 1999, al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se incorpora un concepto de cuerpo del delito a nuestra legislación procesal, y se entiende por este, el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en caso de que la descripción típica lo requiera. En tal virtud, se adopta una concepción que excluye de su contenido a los elementos subjetivos específicos y subjetivos como el dolo y la culpa. Sin embargo, los elementos subjetivos específicos hayan sustento legal en el artículo 134, del mismo ordenamiento legal.

4.- Para ejercitar la acción penal, librar la correspondiente orden de aprehensión, y dictar el auto de formal prisión, es necesario acreditar el cuerpo del delito; sin embargo, la acreditación de sus elementos, en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es más compleja que la requerida por el diverso numeral 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, dado que su contenido es más amplio, toma en cuenta para su acreditación, elementos objetivos, normativos y subjetivos, según la descripción de la conducta prevista como delito; el artículo 168 en cita, solo requiere acreditar los elementos objetivos y normativos.

5.- Dada la evolución del pensamiento penal, el cuerpo del delito ha sido considerado en la mayoría de los casos con un carácter y contenido eminentemente objetivo; el tipo penal ha sido entendido, con elementos objetivos, normativos y subjetivos, dado también el desarrollo de las ideas penales; por lo tanto, el cuerpo del delito ha sido considerado un elemento del tipo penal en atención a su carácter objetivo, lo cual permite considerar al tipo penal como un continente y al cuerpo del delito a nivel del contenido.

6.- Con la reforma de 1984, tanto al Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 168, como al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su numeral 122, se rompe con la vieja concepción meramente objetiva del cuerpo del delito, y se incorporan a su contenido también, los elementos normativos y subjetivos específicos, aunque se dijo que no fue clara dicha reforma en incorporar a su contenido el dolo y la culpa; sin embargo, se continuaban utilizando reglas especiales para la comprobación del cuerpo del delito, las cuales eran insuficientes para acreditar todos los elementos que la descripción típica requería; obstaculizándose más la interpretación de dichos artículos, con el criterio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación seguía sosteniendo en relación al concepto de cuerpo del delito, ya que entendía a éste, como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

7.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del ingreso del concepto de tipo penal a la estructura del delito y su posterior evolución, aceptó que el cuerpo del delito se componía de elementos subjetivos. Consecuentemente, acreditar el cuerpo del delito, era acreditar los elementos del tipo respectivo (juicio de tipicidad, como primer grado de valoración o enjuiciamiento dentro de la estructura del delito), lo que conducía a la afirmación de la tipicidad de la conducta. Lo anterior, deja patentizado, que la comprobación del cuerpo del delito se agota con la acreditación de esos elementos, dentro de los que destacan los elementos objetivos, pero entendidos, ya no en la forma en como se hizo en sus orígenes, sino que de una forma sistematizada, se desprendía del supuesto de hecho contenido en la ley.

8.- Tanto el Código Federal de Procedimientos Penales, como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, continúan adoptando reglas especiales para la comprobación del cuerpo del delito; sin embargo, estas se refieren a la comprobación de los elementos objetivos o externos que son susceptibles de ser apreciados a través de los sentidos, es decir, a la materialidad del hecho que la ley señala como delito, y de ninguna forma a la parte subjetiva del tipo. Sin embargo, ello no es un obstáculo para que se utilicen otros medios de comprobación para acreditar los elementos subjetivos, atentos a lo dispuesto por el artículo 168, 180 y 206, del Código Federal de Procedimientos Penales y 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; es decir, podrá emplearse cualquier medio de prueba, siempre y cuando no sea contrario a derecho.

9.- El tipo penal es una figura legal delimitadora de las conductas que se consideran penalmente relevantes, y que establece la materia de su prohibición, por ende, el tipo penal garantiza la legalidad y la seguridad jurídica, bajo el principio "nullum crimen sine typo".

10.- En el sistema clásico o causalismo naturalista, se coloca a la acción como el concepto superior de la sistemática; lo injusto o acción injusta en lo objetivo y en él se da un aspecto objetivo-descriptivo, que es la tipicidad, y un aspecto objetivo-valorativo, que es la antijuridicidad. La culpabilidad es ubicada en el ámbito de lo subjetivo y es entendida desde la óptica de la teoría psicológica, en donde el dolo y la culpa constituyen la relación psíquica entre el autor y su hecho y son especies de la culpabilidad.

11.- En el sistema neoclásico o causalismo valorativo, inspirado en las ideas neokantianas, considera que lo injusto no sólo es objetivo, sino también valorativo y en algunas ocasiones con elementos subjetivos; por ello la tipicidad es objetiva, descriptiva, valorativa, y con momentos subjetivos (excepcionalmente). La antijuridicidad es objetiva, valorativa, pero también con momentos subjetivos en las causas de justificación. La culpabilidad se ubica en el ámbito propio de lo subjetivo, pero también es valorativa; el dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad y ésta se inspira en la teoría normativa de la culpabilidad. Lo valorativo se involucra ya en toda la estructura del delito.

12.- El máximo aporte de la sistemática finalista radicó en la inclusión definitiva del tipo subjetivo. El tipo subjetivo del injusto comprende a su vez, el dolo (como momento del dominio final sobre el acto). Los elementos subjetivos del autor, a saber: las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor, que son el ánimo de su acto. Lo injusto es una amalgama de aspectos objetivos, subjetivos y valorativos. En la tipicidad hay que distinguir siempre un aspecto objetivo tanto con elementos descriptivos como normativos específicos y uno subjetivo (dolo y culpa y elementos subjetivos específicos). La antijuridicidad, si bien es un elemento valorativo objetivo, encierra en su contenido elementos subjetivos, ya que las causas de justificación tienen como base a una acción final. La culpabilidad es intrínsecamente valoración, pero con un contenido subjetivo, ya que se fundamenta en la capacidad de actuar de otro modo del sujeto. Por lo

tanto, se puede afirmar que se trata de una concepción puramente normativa de la culpabilidad.

13.- El tipo penal finalista es eminentemente garantista, por brindar mayor seguridad jurídica, dada su estructura de un tipo penal complejo, en donde resulta necesario acreditar, elementos objetivos, normativos, subjetivos específicos y subjetivos como el dolo y la culpa. Toma en cuenta el aspecto interno del sujeto, ya que la voluntad conciente de éste, es la que dirige la acción final.

14.- Antes de la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993 y la procesal de 10 de enero de 1994, la comprobación del cuerpo del delito no era indispensable para librar una orden de aprehensión, se consideró que éste debía quedar probado hasta el auto de formal prisión; por ende, la reforma en comento, que sustituye el cuerpo del delito por la de elementos del tipo, vino a revolucionar nuestro sistema de enjuiciamiento penal, lo cual significó un avance en la dogmática jurídica, al robustecer las garantías de legalidad y seguridad jurídica, ya que con esas reformas se convierte en una exigencia procesal su acreditación, tanto para el ejercicio de la acción penal, librar la orden de aprehensión, como para dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso; era necesario acreditar los elementos del tipo penal, objetivos, normativos, subjetivos específicos y subjetivos como el dolo y la culpa. Se precisan los elementos de fondo para que la autoridad judicial pudiera librar la orden de aprehensión y dictar un auto de formal prisión; por lo tanto, se precisa, clarifica y amplía el ámbito de libertad, legalidad y seguridad jurídica de los gobernados.

15.- El legislador de 1999, encontró en un lugar falso (teoría de la acción final) el incremento de la criminalidad, por ende, de la inseguridad pública, la corrupción y la impunidad, pues por el contrario, es precisamente en la dogmática jurídico penal de corte finalista en donde se encuentra una mejor impartición de justicia, dada su estructura del tipo penal complejo, mediante el cual brinda mayor certeza jurídica

para poder establecer que supuestos de hecho pueden ser considerados como delitos.

16.- Los problemas a que alude el legislador de 1999, (inseguridad pública, corrupción e impunidad), y que dice son atribuidos a la adopción de teorías extranjeras que han tenido éxito en otros países, pero no en México, ya que no corresponden al desarrollo de nuestro derecho penal, únicamente pueden ser atribuidas, no a la sistemática finalista, sino, a los hombres y mujeres encargados de aplicar e interpretar dicha sistemática, dada la falta de cultura jurídica imperante en un gran sector de los servidores públicos encargados de la procuración y administración de justicia; sin dejar de soslayar, la ineficacia de las instituciones encargadas de la seguridad pública y procuración de justicia para erradicar dichos flagelos que tanto daño han causado a nuestro sistema de justicia penal.

17.- No obstante la reforma constitucional de 8 de marzo de 1999 y sus correlativas en materia procesal (artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), los índices de criminalidad seguirán en aumento, ya que las causas de ésta, se hallan en otros factores, como son, la pobreza, falta de educación, desempleo y bajos salarios; sin dejar de ponderar, la marcada lucha de clases existente en nuestro país y la injusta e inequitativa repartición de la riqueza, lo que produce y reproduce las relaciones de desigualdad entre los miembros del conglomerado social.

18.- La reforma constitucional de 8 de marzo de 1999, que sustituye la expresión "elementos del tipo", por la de "cuerpo del delito", implica un retroceso en nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano, pues al establecer que con un mínimo de requisitos (elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, y eventualmente los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera), se podrá privar de la libertad a un mayor

número de personas que se vean involucradas en una averiguación previa o proceso penal, pues es evidente que se han restringido las garantías individuales, como la de seguridad jurídica y legalidad, cuando de lo que se trata en un Estado social y democrático de derecho, como se supone es el nuestro, deberían de incrementarse, tal y como sí lo hacía la reforma constitucional de 1993, con la expresión "elementos del tipo", y con la cual se exigía la acreditación de los elementos objetivos, subjetivos específicos, normativos y subjetivos como el dolo y la culpa, para poder estar en aptitud de ejercer la acción penal, librar la correspondiente orden de aprehensión y dictar un auto de formal prisión.

19.- El contenido que el legislador ha dado a la figura "cuerpo del delito", en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, patentiza el desequilibrio procesal entre los sujetos procesales; por una parte, el inculpado y su defensor y por la otra, el Ministerio Público y el Juez, lo que implica un retroceso y no un avance en nuestro Derecho Procesal Penal, toda vez que se ha facilitado la labor del Ministerio Público, cuando el legislador le exige ahora únicamente, acreditar los elementos objetivos y normativos, para el ejercicio de la acción penal, y para el juez también, por cuanto hace a la orden de aprehensión y el dictado del auto de formal prisión, ya que los elementos subjetivos específicos, así como el dolo y la culpa, solo es exigible su acreditación hasta después del auto de formal prisión. Es un retroceso, pues antes de la reforma de 1999, era una exigencia procesal la acreditación de los elementos subjetivos desde la etapa de averiguación previa, lo que implicaba una carga probatoria para el Ministerio Público; y para el juez, examinar si dichos elementos estaban acreditados, lo que se traducía en atemperar el desequilibrio procesal, sin embargo, hoy por hoy, éste se agudiza.

20.- La nueva estructura del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que nos permite conocer cuando un supuesto de hecho puede ser considerado como delito, ha quedado de la siguiente forma: En un primer nivel de análisis del cuerpo del delito, deberá acreditarse el tipo objetivo, es decir, el

conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito. En este mismo nivel de estudio, se analizará, si el tipo lo requiere, los elementos normativos. En un segundo nivel analítico, deberá estudiarse la antijuridicidad. En el último peldaño o estructura del delito, se analizará la culpabilidad, y en ella, la forma de participación del activo en la comisión del delito, para lo cual se recurrirá al artículo 13 del Código Penal Federal, que establece las llamadas formas de autoría y participación; también se analizarán los elementos subjetivos como el dolo y la culpa; deberá constatarse que no se acredite alguna causa de licitud o excluyente de culpabilidad, y para ello se atenderá al contenido del artículo 15 del Código Penal Federal, que establece las excluyentes del delito.

21.- Dado que tanto el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, como el artículo 122, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, han extraído de la estructura del tipo, al dolo y a la culpa, para trasladarlos a nivel de la culpabilidad, y que además, se siguen tomando en cuenta los elementos normativos cuando la descripción típica lo requiera y que por virtud de los párrafos, primero y segundo, del artículo 134, del Código Adjetivo en materia Federal, se acepta a los elementos subjetivos específicos como elementos del tipo, resulta claro entonces, el retroceso histórico en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, identificándose nuestra sistemática penal con el causalismo valorativo o sistema neoclásico; es decir, el legislador de 1999 identifica el cuerpo del delito con el modelo de Mezger y Mayer, al incluir en el tipo elementos objetivos y normativos, y con los elementos subjetivos específicos las ideas de Fisher y también del mismo Mayer. Se retrocede del sistema finalista, representado por las ideas de Welzel, para volver al pensamiento neoclásico.

22.- La expresión "cuerpo del delito es equivalente a los elementos del tipo, pues al acreditar el cuerpo del delito se siguen analizando los elementos del tipo, pero en una evolución histórica que no corresponde a la teoría de la acción final, sino al causalismo valorativo.

23.- La mayoría de los Códigos de Procedimientos Penales, de los diferentes Estados de la República no son acordes con el texto constitucional de los artículos 16 y 19, que adopta la expresión "cuerpo del delito"; tampoco existe armonía o uniformidad entre las propias legislaciones locales; unas, entienden al cuerpo del delito con una connotación objetivo-descriptiva; otras, le dan un contenido objetivo-valorativo; y algunas, lo entienden con un contenido objetivo-valorativo-subjetivo. Hay quienes también entienden al cuerpo del delito como una figura equivalente al tipo penal. En consecuencia, la falta de coherencia legislativa con el texto de la Constitución Federal crea inseguridad jurídica para los gobernados, y rompe con los principios de supremacía constitucional y orden jerárquico normativo.

PROPUESTAS

PRIMERO. No obstante la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, que sustituye la expresión "elementos del tipo" por la de "cuerpo del delito", y además, la reforma procesal a los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mediante la cual se da un contenido al cuerpo del delito, consideramos conveniente por seguridad jurídica, seguir haciendo juicios de tipicidad, con la antigua estructura del tipo penal finalista, es decir, que se acrediten los siguiente elementos:

- a).- 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;
- b).- La forma de intervención de los sujetos activos; y
- c).- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Así mismo, se acreditaran si el tipo lo requiere:

- d).- Las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- e).- El resultado y su atribubilidad a la acción u omisión,
- f).- El objeto material,
- g).- Los medios utilizados,
- h).- Las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión,
- i).- Los elementos normativos,
- j).- Los elementos subjetivos específicos y;
- k).- Las demás circunstancias que la Ley prevea.

SEGUNDO. Los agentes del Ministerio Público, desde la averiguación previa deben seguir acreditando los elementos subjetivos específicos, (la intención, la tendencia especial, el animo, el propósito, los motivos, los impulsos afectivos, la actitud, el conocimiento), así como los subjetivos, como el dolo y la culpa. Los

jueces penales, deberán continuar con el estudio de la acreditación de dichos elementos, desde el libramiento de la orden de aprehensión o de comparecencia, así como para el dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y no dejar su acreditación y examen hasta el dictado de la sentencia, ya que incluso, existen otras etapas procesales antes de esta, en donde se pueden acreditar tales extremos, como lo son, al promover un incidente de libertad por desvanecimiento de datos o los incidentes no especificados; o en la etapa de conclusiones, en donde el Ministerio Público puede formular conclusiones no acusatorias o desistirse de la acción penal.

TERCERO. Capacitación constante y permanente para los servidores públicos encargados de la procuración y administración de justicia, en relación a temas académicos de actualidad, relativos al conocimiento, aprendizaje y aplicación práctica, de las diferentes sistemáticas del pensamiento penal, tales como el sistema clásico, neoclásico y finalista, sin dejar de soslayar otras, como el funcionalismo y la imputación objetiva del resultado, para de esta manera formar hombres y mujeres que verdaderamente entiendan y comprendan el contenido de estas corrientes, lo cual sin lugar a dudas, profesionalizará la impartición de justicia en México, proporcionando a los gobernados mayor seguridad jurídica en las resoluciones ministeriales y judiciales.

CUARTO. Se requiere uniformidad, armonía y coherencia, entre el contenido de los diferentes Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de la República, con el mandado de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece la expresión "cuerpo del delito", por lo que, se propone que dichas legislaturas locales reformen sus textos procesales, y en su caso, el contenido de su Constitución local, para hacer una realidad los principios de supremacía constitucional y orden jerárquico normativo.

BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, FRANCESCO, Manual de derecho penal. Parte general, Trad. Jorge Guerrero y Mariano Ayerra Redín, 8ª ed., Ed. Temis, Bogota Colombia, 1988.

ARRIAGA FLORES, ARTURO, Derecho procedimental penal mexicano, Ed. Textos Jurídicos de "Caballeros del Derecho, A.C.", México, 1997.

BERMÚDEZ MOLINA, ESTUARDO MARIO, Del cuerpo del delito a los elementos del tipo, Ed. Procuraduría General de la Republica, México 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, Manual de derecho penal español. Parte general, Ed. Ariel , S.A., Barcelona 1984.

CARMONA CASTILLO, GERARDO A., La reforma constitucional en materia penal y la noción de cuerpo del delito, Revista Concordancias (Estudios Jurídicos y Sociales), Año 4, No.6, Ed. Centro de Investigaciones, Consulta y Docencia en Guerrero A.C, 1999.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL. Derecho penal mexicano. Parte general, Ed. Universidad Nacional de México, México, 1937.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO, Lineamientos elementales de derecho penal, 32ª ed., Ed. Porrúa, México, 1993.

COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, Derecho mexicano de procedimientos penales, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1985.

CÓRDOBA RODA, JUAN. Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista), Ed. Ariel, Barcelona, 1963.

DAZA GÓMEZ, CARLOS, Evolución doctrinal del finalismo, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLVI, Núms. 209-210, Ed. UNAM, Sep.-Dic., México, 1996.

DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, Detener, consignar y ¿en el proceso averiguar?, Criminalia, Año LXV, No. 1, México, D.F., Enero- Abril, 1999.

_____, Dolo (causalismo-finalismo y la reforma penal en México), 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

Diccionario de la Real Academia Española. Tomo II, 19ª ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid España, 1970.

FLORES CRUZ, JAIME, La Vetusta novedad del cuerpo del delito (Reforma penal de 1999), Trabajo presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Mayo de 2000.

FONTAN BALESTRA, CARLOS. Derecho penal (Introducción y Parte general), 13ª ed., Ed Abelado - Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990.

GARCÍA CORDERO, FERNANDO, La crisis del sistema penal mexicano, Criminalia, Año LXV, No. 1, México, D.F., Ed. Porrúa, Enero-Abril, 1999,

_____, La reforma constitucional 97-98, una reforma de la reforma... otra vez, Criminalia, Año LXIV, No. 3, México, D.F., Ed. Porrúa. Septiembre – Diciembre, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, El nuevo procedimiento penal mexicano. (la reforma de 1993-1994), 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995.

_____, Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997), Criminalia, Año LXIV, No. 1, México, D.F., Ed. Porrúa, Enero-Abril, 1998.

_____, y **ADATO DE IBARRA, VICTORIA**, Prontuario del proceso penal mexicano, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999.

GONZÁLEZ SALAS CAMPOS, RAÚL, La sustitución 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 Postgrado, Año 1, No. 3, Julio, Agosto y Septiembre, Ed. Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, México, 1995.

_____, La teoría del bien jurídico en el derecho penal, Ed. Pireznieta Editores, México, 1995.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, Principios de derecho procesal mexicano, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1985.

GONZÁLEZ MENDIVIL, OSCAR, La reforma constitucional y los elementos del tipo penal, Revista Jurídica de Postgrado, Año 1, No. 2, Abril, Mayo y Junio, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, México, 1995.

GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER, La estructura de la teoría del delito, Trad. Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1958.

HEINRICH JESCHECK, HANS, Tratado de derecho penal, Parte general, Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Vol. I, Ed. Bosch, Casa Editora, S. A., Barcelona, 1978.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 2ª ed., Ed. Trillas, México, 1985.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, La ley y el delito (principios de derecho penal), 4ª ed., Ed. Hermes, México, Buenos Aires, 1960.

_____, Tratado de derecho penal, Tomo III, Ed. Losada, S.A., Buenos Aires, 1951.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, Corpus delicti y tipo penal, Ed. Cuadernos Criminalia, No. 19, México, 1956.

_____, Derecho penal mexicano, Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1972.

LÓPEZ MUÑOZ, HANZ EDUARDO, Conceptualización del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, Curso de actualización en materia penal para agentes del Ministerio Público de la Federación, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2001.

LUNA CASTRO, JOSÉ NIEVES, El concepto de tipo penal en México, Ed. Porrúa, México, 1999.

MANCERA ESPINOSA, MIGUEL ÁNGEL, ¿elementos del tipo o cuerpo del delito?, Criminalia, Año LXIV, No. 2, México, D.F., Mayo-Agosto, Ed. Porrúa, 1998.

_____, El tipo penal, Revista Criminalia, Año LXIII, No. 1, México, Enero-Abril, Ed. Porrúa, 1997.

MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL, Derecho penal. Parte general, 2ª ed., Ed. Trillas, México, 1990.

_____, El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Ed. UNAM, México, 1992.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, La imputación objetiva del resultado, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Compuitense de Madrid, España, 1992.

MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana, Criminalía, Año LVIII, Septiembre-Diciembre, Número 3, Ed. Porrúa, México, 1992.

OJEDA VELÁSQUEZ, JORGE, Forma de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad para el ejercicio de la acción penal, el libramiento de la orden de aprehensión o de comparecencia y auto de plazo constitucional, Curso de actualización en materia penal para agentes del Ministerio Público de la Federación, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2001.

ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, Teoría del delito (sistemas causalista y finalista), 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997.

OSORIO Y NIETO, CÉSAR A., Seguridad pública y Procuración de justicia, Criminalía, Año LXV, México, D. F., Enero-Abril, Ed. Porrúa, 1999.

PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, Derecho penal mexicano, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997.

_____, Manual de derecho penal mexicano, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1982.

PLASCENCIA VILLANUEVA RAÚL, Teoría del delito, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1998.

_____, El cuerpo del delito y la reforma constitucional de 1999, Revista Tribuna Jurídica, Ed. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo, No. 21, Enero, 2000.

_____, La iniciativa de reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución y la propuesta de reformas al código penal, Criminalia, Año LXIV, No. 1, México, D:F., Ed. Porrúa, Enero-Abril, 1998.

REGINO, GABRIEL, Reflexiones sobre la iniciativa de reforma a la Constitución y a la ley de amparo, Criminalia, Año LXIII, No. 3, México, Ed. Porrúa, Septiembre – Diciembre, 1997.

REINHARD FRANK, Estructura del concepto de culpabilidad, Trad. Sebastián Soler, Ed. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1966.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, Derecho penal, Parte general, Ed. Temis, Bogota Colombia, 1990.

ROMERO TEQUEXTLE, GREGORIO, Cuerpo del delito o elementos del tipo (causalismo y finalismo), Ed. Zogs Editores, S.A de C.V., México, 1999.

ROXIN, CLAU, Teoría del tipo penal, Trad., Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1979.

SOSA ORTIZ, ALEJANDRO, Los elementos del tipo penal. (la problemática de su acreditación), Ed. Porrúa, México, 1999.

VERGARA ROJAS, GONZALO ANTONIO y BACA RIVERA, ARTURO, La inconstitucionalidad en las legislaciones estatales penales que equiparan a los elementos del tipo penal con el concepto de cuerpo del delito y la resultante

responsabilidad para juicio político, Revista de la Facultad de Derecho, No. 15, Mayo – Agosto, México, 1994.

VILLA ALZATE, GUILLERMO, Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito, Ed. Temis, Colombia, 1991.

VILLARREAL PALOS, ARTURO, Culpabilidad y Pena, Ed. Porrúa, México, 1994.

WELZEL, HANS, Derecho penal alemán. Parte general, Trad. Bustos Ramírez, Juan y Yáñez Pérez, Sergio, 11ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.

_____, El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Trad. José Cerezo Mir, Ed. Ariel, Barcelona España, 1964.

_____, La teoría de la acción finalista, Trad. Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

WESSELS, JOHANNES, Derecho penal. Parte general, Trad. Conrado A. Finzi, 6ª ed., Ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Manual de derecho penal. Parte general, 3ª ed., Ed. Cárdenas Editor Distribuidos, México, 1997.

ZAMORA JIMÉNEZ, ARTURO, Cuerpo del delito y tipo penal, Ed. Ángel Editor, México, 2000.

ZAMORA PIERCE, JESÚS, Garantías y proceso penal, 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

HEMEROGRAFÍA

Periódico Reforma, 5 de noviembre de 2001, Año 8, número 2884.

Periódico Reforma, 14 de noviembre de 2001, año 5, número 2069.

Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (hasta su aprobación por la Cámara de Senadores el 1 de octubre de 1998).

Iniciativa de reforma constitucional a los artículos 16 y 19, presentada por el Ejecutivo Federal al Congreso, publicada el 3 de septiembre de 1999.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Federal de Procedimientos Penales (año 1988).

Código Federal de Procedimientos Penales (año 1994).

Código Federal de Procedimientos Penales (año 2001).

Código Penal Federal.

Circular número C/005/99, del Procurador General de la República, publicada en el diario Oficial de la Federación el 21 de octubre de 1999.

DOCUMENTOS

Informe de Estadística Criminal, (del año 1994 a junio de 2000), Dirección General de Política y Estadística Criminal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Manual de Estadísticas Anual, Ed. Procuraduría General de la República, año 2000.

Gaceta de la Defensoría, Ed. Instituto Federal de Defensoría Pública del Poder Judicial de la Federación, No. 3, julio-septiembre, 2000.

Gaceta de la Defensoría, Ed. Instituto Federal de Defensoría Pública del Poder Judicial de la Federación, No. 7, julio-agosto, 2001.

ECONOGRAFÍA

CD-ROM, Bufete Jurídico, Herramientas de Vanguardia en Informática Jurídica, Software Visual, México, Mayo 2001.

CD-ROM, UIS-2000, Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-2000. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación.