



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**“ANÁLISIS SOBRE EL CUERPO DEL
DELITO Y LA PROBABLE
RESPONSABILIDAD EN LA
LEGISLACIÓN MEXICANA VIGENTE”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

FRANCISCO JAVIER ESPINAL DOMÍNGUEZ

ASESOR: LIC. JUAN JESÚS JUÁREZ ROJAS

SAN JUAN DE ARAGÓN ESTADO DE MÉXICO

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A mis padres:
Francisco Mario Espinal Romano
Cecilia Anastacia Domínguez Corona

Por el amor, apoyo, cariño y comprensión que siempre me han dado.

A mis hermanos:
Martha Espinal Domínguez
María Antonieta Espinal Domínguez
Juan Carlos Espinal Domínguez

Por creer siempre en mi capacidad.

A mis abuelos:
Octaviano Corona Saldivar
Bibiana Quiroz Moran

Por todo el cariño que compartí con ellos.

A mis amigos:
Jorge Cruz García
José García Ramírez
Alejandro Villavicencio Gutiérrez
Aydeé Guadalupe Hernández Alvarado

Por su apoyo incondicional a través de los años.

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO 1

CONSIDERACIONES HISTÓRICAS RESPECTO AL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

1.1. Breve reseña histórico-legislativa a partir del México Independiente.	1
1.1.1. Código Penal de 1871.	4
1.1.2. Código Penal de 1929.	9
1.1.3. Código Penal de 1931.	15
1.1.4. Principales anteproyectos de Código Penal.	19
1.2. La reforma de 1983-1984.	22
1.2.1. Al Código Penal para el Distrito Federal.	22
1.2.2. Al Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.	24
1.3. La reforma de 1993-1994.	34
1.3.1. A la Constitución.	35
1.3.2. En el Código Federal de Procedimientos Penales.	46
1.3.3. Al Código Penal del Distrito Federal.	56

CAPÍTULO 2
NATURALEZA DE LA REFORMA REFERENTE AL CUERPO DEL
DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

2.1. Aspectos doctrinales.	58
2.1.1. La dogmática y el cuerpo del delito.	59
2.1.2. Concepto de probable responsabilidad.	67
2.1.3. El tipo penal en las diferentes escuelas penales.	74
2.1.4. El tipo penal, acepciones y elementos que lo integran.	102
2.2. El cuerpo del delito y la probable responsabilidad.	116
2.2.1. Elementos constitutivos del cuerpo del delito.	116
2.2.2. Diferencias entre cuerpo del delito y tipo penal.	121
2.2.3. La conducta típica como unidad de factores internos y externos.	127
2.2.4. Criterios jurisprudenciales para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.	129
2.3. Reforma de los artículos 16 segundo párrafo y 19 primer párrafo de la Constitución.	136
2.3.1. Contenido de la iniciativa.	136
2.3.2. El dictamen del senado.	154
2.4. Legislación vigente relativa al cuerpo del delito y la probable responsabilidad.	170
2.4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	170
2.4.2. Código Federal de Procedimientos Penales.	173
2.4.3. Código Penal para el Distrito Federal.	178
2.4.4. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.	180

CAPÍTULO 3
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL Y PROPUESTAS AFINES

3.1. El incremento de aprehensiones y consignaciones.	182
3.2. Dificultad en la acreditación de la tentativa.	185
3.3. El papel del Ministerio Público con la reforma.	190
3.4. Necesidad de unificar criterios sobre el cuerpo del delito.	196
3.5. Modificación al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.	210
CONCLUSIONES	213

BIBLIOGRAFÍA

ANEXO

INTRODUCCIÓN

Sin duda, realizar un análisis en algunos preceptos constitucionales reviste por sí mismo un gran compromiso, sobre todo, si este estudio se refiere a una reforma constitucional que salvaguarda garantías individuales de seguridad jurídica y procesal protectoras de la libertad de un individuo.

En este orden de ideas, se analizará la reforma ocurrida a los artículos 16 segundo párrafo y 19 párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual viene a instituir en ambos preceptos el vocablo "*Cuerpo del delito*", concepto que tradicionalmente en México ha tenido un arraigo y estudio con características muy particulares y el cual habla sido substituido, a su vez, en una reforma constitucional anterior, en el año de 1993 por el concepto de "*Elementos del tipo penal*".

Por lo tanto, al retomarse el concepto cuerpo del delito, surge la interrogante de cómo acreditar una conducta ilícita para sancionarla conforme a la ley, además de conocer cuales deben ser los elementos que el Ministerio Público acreditará al llevar a cabo las diligencias de Averiguación Previa, para solicitar una orden de aprehensión contra un probable responsable y, en su caso, ejercer la facultad de consignación.

De esta forma, en el ámbito federal la ley secundaria, es decir, el Código Federal de Procedimientos Penales con el fin de dar congruencia a lo plasmado en la reforma en estudio, señala que para acreditar el cuerpo del delito se deberán acreditar los elementos objetivos de la descripción típica y, por ende, conforme a la constitución de los datos que estos arrojen acreditar, a su vez, la probable responsabilidad.

Lo anterior con el fin de "*flexibilizar*" los requisitos que debe acreditar el Ministerio Público para pedir el libramiento de una orden de aprehensión, asimismo, que el otorgamiento de un auto de formal prisión por parte del órgano jurisdiccional

se realice de forma más rápida, bajo el pretexto de reducir los índices delictivos, la delincuencia y la inseguridad pública, siguiendo los postulados plasmados en la iniciativa presidencial de reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales.

Por lo tanto, es de suma importancia en el actual trabajo de investigación analizar los alcances jurídicos de la citada reforma constitucional con el fin de establecer si la misma es apropiada o inadecuada en sus diferentes aspectos, para lo cual el estudio se divide en tres capítulos.

De esta forma, el primer capítulo hace referencia a los antecedentes histórico-legislativos del país que sirvieron de base para la actual legislación respecto al cuerpo del delito y la probable responsabilidad, por ende, se pondrá especial atención en los periodos de reformas ocurridos en 1983-84 y 1993-94, con el fin de entender la evolución legislativa en México que en materia penal sucedió respecto a las figuras: cuerpo del delito y elementos del tipo penal.

Por su parte, el segundo capítulo plantea la naturaleza jurídica de las figuras estudiadas desde diferentes puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales, con el fin de entender los alcances de los preceptos citados, así como la exposición de las diferentes escuelas penales respecto al concepto "*Tipo penal*", lo anterior con la finalidad de tener las bases necesarias para analizar el contenido de la iniciativa presidencial de reformas y el dictamen del Senado relativos a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, así como exponer algunas leyes vigentes en relación con la reforma.

Por último, se finalizará el estudio, planteando algunas posibles consecuencias de la citada reforma constitucional y al mismo tiempo presentar propuestas para subsanar los errores de la misma, tal es el caso de la necesidad de unificar criterios respecto al llamado cuerpo del delito, así como la modificación al Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168, además de sugerir cual debe ser el papel del Ministerio Público con la reforma.

CAPÍTULO 1

CONSIDERACIONES HISTÓRICAS RESPECTO AL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

La importancia de hablar acerca de los antecedentes legislativos que sirvieron de base para la actual legislación sobre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, radica principalmente en que a partir de la independencia de México, se empieza a conformar un sistema legal sin influencia del imperio español.

Por lo tanto, en el desarrollo del presente capítulo podrá observarse como los primeros ordenamientos penales del México independiente se vieron influidos, de una u otra forma, por las diferentes escuelas penales ya sea la clásica, positivista, finalista, etc.

1.1. Breve reseña histórico-legislativa a partir del México independiente

Una vez que la nación mexicana había adquirido su independencia en el año de 1821, fue primordial trabajar en el contenido de su legislación, sobre todo en la organización política del país, a causa de esto, en un principio las leyes estaban dirigidas a cuestiones políticas: amnistias, indultos, honores, destierros, proscipciones; a la administración hacendaria: impuestos, prestamos voluntarios o forzosos y organización fiscal; organización del ejército y administración militar; lo referente a la división territorial y la administración de justicia federal.

El México independiente tenía una ardua labor en su organización política, factor por el cual se había dejado a un lado la creación de leyes penales, así en un inicio sólo se reglamentó por la necesidad de la época, la portación de armas, el

uso de bebidas alcohólicas, la organización policiaca, represión de la vagancia, el robo, la mendicidad y el asalto.

Lo anterior, trajo como consecuencia que en los primeros años de vida soberana en el país se siguieran aplicando normas legales anteriores a la independencia, que regulaban aspectos no contemplados en las leyes expedidas con posterioridad a la misma, la principal consecuencia fue que existieron criterios insuficientes y contradictorios entre las anteriores y nuevas leyes.

En este aspecto, Rafael Roa Barcena en su *"Manual Razonado de Práctica Criminal y Médico-Legal Forense Mexicana"*, publicado en 1860; menciona:

"... el orden de aplicación de leyes era el siguiente: Disposiciones de los Congresos Mexicanos; Decretos de las Cortes de España; Cédulas y Órdenes posteriores a la Edición de la Novísima Recopilación; Fuero Real y Siete Partidas. En los estados se atendía, primero a lo estipulado por sus propias legislaturas".¹

Fueron varios los primeros proyectos que sirvieron de base para legislar en materia penal, a continuación, sólo se mencionaran algunos de los principales antecedentes legislativos, sin profundizar en su contenido, lo cual llevaría un trabajo más extenso.

Para el maestro Celestino Porte Petit² el primer proyecto de la etapa soberana fue el *"Bosquejo General de Código Penal para el Estado de México de 1831"*, los autores fueron Mariano Esteva, Agustín Gómez Eguiarte, Francisco Ruano y José María Heredia.

¹ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. *Panorama del Derecho Mexicano (Derecho Penal)*. México, Editorial Mc. Graw Hill. 1998. p. 3.

² Idem.

Así el Código constaría de un título preliminar, que recogió la porción general y dos partes: la primera, sobre delitos contra la sociedad; y la segunda, acerca de delitos contra los particulares. Debido a que dicho Bosquejo de Código Penal no llegó a tener vigencia, por lo tanto, la primera codificación penal sé dio en el Estado de Veracruz.

Como se mencionó Veracruz fue el primer Estado que contó con un Código Penal local, expedido por decreto del 8 de abril de 1835, cuyo proyecto había sido elaborado en 1832; así el código en su artículo 1° dice:

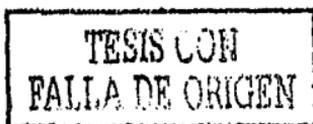
"Entretanto se establece el Código Criminal más adaptable a las exigencias del Estado, rejirá y se observará como tal el proyecto presentado a la legislatura el año de 1832".³

No se puede dejar de lado la mención del trabajo legislativo de Fernando J. Corona, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz, a quien se le encargó la redacción de proyectos de Código Civil, Penal y de Procedimientos, bajo cuyo nombre se conocen como "Códigos Corona".

Iniciando su labor en mayo de 1868 y terminando en diciembre del mismo año, los códigos fueron expedidos por decreto del gobernador Francisco H. y Hernández el 18 de diciembre de 1868, comenzando a observarse sus disposiciones para la substanciación y disposición de los negocios judiciales desde el 5 de mayo de 1869.

El Código Penal Corona se conformaba de tres libros: el primero se refiere a delitos y penas en general; el segundo delitos contra la sociedad; y el tercero, a delitos contra particulares y las propiedades.

³ Ibidem. pp. 3-4.



1.1.1. Código Penal de 1871

En el país en el ámbito local se habían iniciado los trabajos legislativos, pero en el ámbito federal hacía falta un Código Penal, por lo tanto, en la capital del país durante el gobierno del Presidente Benito Juárez, se desarrolló la primera gran obra legislativa en materia penal para la Federación y el Distrito Federal.

En un inicio la Comisión Redactora del Código se integró en el año de 1861, presidida por el Licenciado Antonio Martínez de Castro, quien ostentaba el cargo de Secretario de Justicia e Instrucción Pública. Dicha comisión se formó por los licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, Carlos María Saavedra y José María Herrera y Zavala.

La Comisión laboró hasta 1863 interrumpiendo sus trabajos debido a la intervención francesa, tiempo durante el cual bajo el imperio de Maximiliano se ordenó la vigencia en México del Código Penal Francés.

Concluida la intervención extranjera los trabajos legislativos continuaron en 1868 a cargo de una nueva Comisión constituida bajo acuerdo del presidente Juárez por conducto, del entonces Ministro de Justicia Ignacio Mariscal; presidió la Comisión Antonio Martínez de Castro y participaron en la misma Manuel María Zamacona, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano, Eulalio M. Ortega e Indalecio Sánchez Gavito.

Formulado y aprobado el Código Penal, se promulgó el 7 de diciembre de 1871, comenzando a regir el 1º de abril de 1872 para el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California, sobre delitos del Fuero Común y en toda la República sobre delitos contra la Federación.

La exposición de motivos fue suscrita por Antonio Martínez de Castro el 15 de marzo de 1871, así el ordenamiento toma su nombre y se conoce como "**Código de Martínez de Castro**".

El código se formó por 1,152 artículos y se integró en cuatro libros: el primero relativo a delitos, faltas, delincuentes y penas en general; el segundo, se refiere a la responsabilidad civil en materia criminal; el tercero, menciona los delitos en particular; y el cuarto regula las faltas.

Acerca del código el doctrinario Roberto Reynoso Dávila afirma: *"Este Código tomó como modelo el Código Penal Español de 1850 y su reforma de 1870, inspirándose en las doctrinas de la Escuela Clásica, guiándose para la parte general en Ortolán y para la especial en Chauveau y Hélie"*.⁴

En cuanto a la materia principal de estudio, es decir, la acreditación de un ilícito penal y la responsabilidad de quien lo comete, el Código de 1871 estableció lo siguiente:

Artículo 4. Delito es: la infracción voluntaria de una Ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda...

*Artículo 5. Falta es: la infracción de los reglamentos o bandos de policía y buen gobierno.*⁵

El delito se considera como una acción u omisión voluntarias, siguiendo los postulados de la Escuela Clásica, principio que se modificó en posteriores códigos de acuerdo a la tendencia que se marcaba por la influencia en la evolución de las ideas penales, siguiendo las nuevas doctrinas.

⁴ Reynoso Dávila, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. 1992. p. 109.

⁵ Leyes Penales Mexicanas. Tomo I. México, Editorial INACIPE. 1979. p. 372.

Asimismo, el código hace la distinción entre delitos Intencionales y de culpa:

Artículo 6. Hay delitos intencionales y de culpa.

Artículo 7. Llámese delitos intencionales: el que se comete con conocimiento del hecho ó la omisión en que consiste son punibles.⁶

Es importante recordar que el "Código de Martínez de Castro", se basa en la doctrina de la "Escuela Clásica" y como tal concibe al delito como la conjunción de dos elementos: la acción (u omisión) y la culpabilidad. Dicha doctrina ubica al dolo (dolus malus) como una forma de culpabilidad, es decir, el dolo es sinónimo de intención al igual que la culpa era un sinónimo de negligencia.

En este sentido, el doctrinario Enrique Díaz Aranda, menciona lo siguiente:

"... dentro del sistema clásico del delito tanto el tipo del delito doloso como el tipo de delito culposo son iguales, pues a ese nivel sólo se analizan la acción, la causalidad y el resultado. Es en la culpabilidad, entonces, donde se analizaba si se trataba, utilizando la terminología de la época, de un delito intencional o de uno imprudente".⁷

Otro principio contenido en el Código de 1871 era la "presunción de inocencia" del acusado:

Artículo 8. Todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que se cometió el delito que se le imputa, y que él lo perpetró.⁸

En la exposición de motivos del citado ordenamiento acerca del principio anterior se dijo:

⁶ Idem.

⁷ Enrique Díaz Aranda. Dolo (Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México). México, Editorial Porrúa. 2000. p. 9.

⁸ Loc. Cit. p. 372.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

... todo acusado se presume inocente mientras no se pruebe la existencia del delito que se le imputa y que él lo cometió. Esta declaración tiene dos objetivos: uno de ellos es que, durante el proceso, traten los jueces a los acusados por las consideraciones que se deben tener al desgraciado que, siendo tal vez inocente, ha perdido su libertad por engañosas apariencias... otra mira más trascendental, á saber: que en el Código Criminal de Procedimientos se den reglas más justas y equitativas que las vigentes para otorgar la libertad bajo caución...⁹

Sin duda el principio de presunción de inocencia del acusado sigue una ideología proteccionista de los derechos humanos de la persona, con el fin de evitar el encarcelamiento de inocentes y concediendo la libertad caucional por delitos levisimos.

Así el vocablo *"presunto inocente"* es más humanitario que el de *"probable responsable"* pues éste último, por desgracia, se utiliza en la sociedad mexicana, muchas veces como sinónimo de criminal o delincuente, independientemente de que el delito sea o no grave.

No obstante, hasta que no se pruebe la plena responsabilidad de una persona a través del debido juicio, es importante no catalogar a una persona como delincuente, pues dicho aspecto es propio de una sentencia condenatoria propia de un Estado Social, Democrático y de Derecho.

En sus artículos 9 y 10 el Código de 1871, consagra la *"presunción de dolo"* en los siguientes términos:

Artículo 9. Siempre que á un acusado se le pruebe que violo una ley penal, se presumirá que obró con dolo; á no ser que se averigüe lo contrario, ó que la ley exija la intención dolosa para que haya delito.

⁹ Ibidem, p. 333.

Artículo 10. La presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el acusado pruebe algunas de las siguientes excepciones:

- I. *Que no se propuso ofender á determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño que resultó; si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho ú omisión en que consistió el delito: si el reo había previsto esa consecuencia, ó ella es efecto ordinario del hecho ú omisión y está al alcance del común de las gentes; ó si se resolvió á quebrantar la ley;*
- II. *Que ignoraba la ley;*
- III. *Que creía que ésta era injusta, ó moralmente lícito violarla;*
- IV. *Que erró sobre la persona ó cosa en que quiso cometer el delito, ó que es legítimo el fin que se propuso;*
- V. *Que obro con el consentimiento del ofendido, exceptuando los casos de que habla el artículo 261.¹⁰*

La presunción de dolo, sin duda, es un acierto en la legislación de 1871 pues una persona no podía alegar en su favor, que cometió un delito sin intención de causar daño, alegando desconocer la ley, la persona sobre la que causo el daño, o bien, que era legítimo o moral el fin de cometer el delito, no obstante, dicho principio se fue modificando de acuerdo a los postulados de las Escuelas Penales.

El Código de 1871 rigió hasta 1929, sin embargo, en el año 1903 el presidente Profririo Díaz designó una comisión revisora del mismo, presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, la cual debería de proponer las reformas necesarias al ordenamiento; los trabajos de revisión concluyeron en junio de 1912 y se publicó el proyecto de reforma en 1914.

El citado proyecto no modificó en gran medida las normas establecidas en la legislación de 1871, sin embargo, dentro de su exposición de motivos se dijo:

**La conveniencia de la revisión está fuera de duda. La práctica ha demostrado que en algunas partes, nuestro Código Penal, tan notable desde muchos puntos de vista, no*

¹⁰ Ibidem, pp. 372-373.

está exento de las imperfecciones inherentes a toda obra humana, y que es, a veces, obscuro, incoherente y deficiente... sin entrar en discusiones de principios filosóficos ni de doctrinas académicas, aunque cada uno tiene que pensar y obrar bajo la ineludible influencia de sus creencias, la Comisión tomo como base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871... y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones... tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección a la propiedad de la energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso...¹¹

El maestro Luis Jiménez de Asúa acerca del proyecto opina: *"... el proyecto es deficiente en su técnica, pero tiene un espíritu político-criminal bastante certero, revelado por medidas asegurativas eficaces"*.¹²

Dicho proyecto no llegó a tener vigencia debido a las situaciones de la revolución prevalecientes en el país, quedando vigente el Código de 1871 hasta que se suprimió por el de 1929.

1.1.2. Código Penal de 1929

En el año 1925 se designó una Comisión Revisora del Código Penal de 1871, integrada en un inicio por los licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y Castañeda; en mayo de 1926 José Almaraz substituye al licenciado Castañeda y se integra a su vez Enrique C. Gudiño.

En su segunda etapa, la Comisión Redactora fue presidida por el licenciado José Almaraz, concluyendo sus trabajos en 1929, presentando así el *"Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales"*.

¹¹ Leves Penales Mexicanas, Tomo II, México, Editorial INACIPE, 1979, p. 10.

¹² Cit. Por. Reynoso Dávila, Roberto. Op. Cit. p. 116.

El Código fue promulgado el 30 de septiembre de 1929, cuando fungía como Presidente de la República el licenciado Emilio Portes Gil, entrando en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

El Código de 1929 no contiene propiamente una exposición de motivos, debido a que la elaborada en un principio por José Almaraz fue objeto de varias críticas, teniendo que elaborarla nuevamente. La exposición de motivos, suscrita por el licenciado Almaraz en junio de 1931 se publicó con posterioridad a la derogación del código; por lo que el ordenamiento se conoce también como "*Código de Almaraz*".

El Código contenía 1,228 artículos y 5 transitorios; se conformó en tres libros: el primero, relativo a los principios generales, reglas sobre responsabilidad y sanciones; el segundo, sobre reparación del daño; y el tercero, acerca de los tipos legales de los delitos.

El *Código de 1929* se basa en la oposición a la "*Escuela Clásica*" del delito y sigue la tendencia de la "*Escuela Positiva*", destaca la importancia de la defensa social, del delincuente y resalta la teoría del estado peligroso, dejando en segundo término al delito.

Ahora bien, la ideología del Código se expuso en una serie de conferencias, realizadas el 15 de diciembre de 1929, por el licenciado Luis Chico Goerne, miembro de la comisión del Código en su última etapa y en las cuales se dijo:

"Se trataba de convertir en norma a la vida mexicana y no encerrarla en un molde preformado. No interesan los actos sino los hombres y por eso era una obra referente al delincuente, ya que éste es el tema central de la ciencia penal, pues desde cualquier punto de vista teórico, es la sanción sobre el criminal, la única justa y la única científica".¹³

¹³ Cfr. Reynoso Dávila, Roberto. Op. Cit. pp. 116-117.

El *delito* se concibe como un *acto social* que daña al hombre y a los miembros de la sociedad, reconocidos de forma expresa o implícita por la ley suprema, en cualquiera de sus valores esenciales, los cuales al establecerse por la ley misma como Derecho, traían como consecuencia que el daño no podía ser reparado por la sanción civil.

Así el delincuente debía ser estimado como un ser *terrible* que había que estudiar, sobre todo en los *móviles del delito intra y extra-espirituales*, es decir, se tenía que llegar a los lugares donde se originaba el crimen y a las profundidades de la personalidad criminal, dándole de esta manera más importancia al criminal que al delito.

Por lo tanto, el concepto de *pena* limitado a la acción de la sociedad sobre el hombre criminal, se le substituye por el concepto de *represión del delito*, que encerraba la idea de ser un organismo de lucha contra el crimen que no se detiene solamente en las fronteras biológicas del hombre, sino que va más allá de las prisiones, es decir, hasta el ambiente social y físico que da origen a la delincuencia.

Dichos argumentos reflejan claramente la idea de seguir un sistema jurídico basado en su totalidad en la criminología, sobre todo, en el estudio del delincuente, lo cual es inadecuado debido a que un sistema penal no debe fundarse sólo en estudios criminológicos, porque de igual importancia es el estudio del delito, las penas, la prevención, la readaptación, los estudios socioeconómicos, culturales, etc.

Asimismo, por oposición al sistema de la Escuela Clásica, se criticó el Código de 1871, por estar basado en los principios de la *"Justicia Absoluta"* y de la *"Utilidad Social"*, por estudiar al delito y no al delincuente; a su vez, se critica la pena por tomar como base al libre albedrío o libertad moral.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Acerca del "Código de Almaraz" el doctrinario Gustavo Malo Camacho opina:

*"Aun cuando fue el primer ordenamiento penal del periodo posrevolucionario, no recibió la ideología de esta última, y propuso un ordenamiento jurídico penal, bastante casuista, ... influido por el positivismo criminológico... que intentaba depuradamente llevar a la práctica el pensamiento y las enseñanzas de Ferri y Garófalo, perdiendo de vista que el marco histórico, con su contenido de filosofía social y político, era completamente distinto."*¹⁴

Ahora bien, la manifiesta oposición al sistema clásico, trae consigo el intento de crear e imponer un sistema legal que no tomó en cuenta los aciertos de su antecesor, debido a que los redactores del código sólo se dedicaron a realizar una crítica incesante del Código de 1871, de ahí que se entienda porque la mínima vigencia del código de tal sólo año y medio, además de su pronta sustitución por el Código de 1931.

De acuerdo con la tendencia positivista del código, en la exposición de motivos se dijo:

*"La Comisión acordó presentar un Proyecto fundado en la Escuela positiva. Esta Escuela basa el jus puniendi en la reacción del grupo social que se defiende (hecho material) y considera el delito como un producto natural que no nace del libre albedrío, sino de factores físicos, antropológicos y sociales"*¹⁵

El arraigado positivismo del código le dio una dureza, sobre todo, en la figura delictiva de la persona y la consiguiente reacción del grupo social, entendiendo bajo ese contexto que es la misma sociedad quien crea algunas

¹⁴ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. 3ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 2000. p. 162.

¹⁵ *Ibidem*. p. 14.

veces a los delincuentes y en otros casos surge la delincuencia debido a factores físicos o antropológicos.

Como se mencionó, la firmeza del código se manifiesta en la figura de la defensa social; pues ésta se da como un instrumento de reacción y lucha contra el delito, sobre todo, contra los delincuentes considerándolos como adaptables, pero al mismo tiempo segregables, por lo ende, a la prisión se le denominó *segregación*, la cual alcanzó un máximo de 20 años.

Dentro de los principios que consagra el "Código de Almaraz", se encuentran los siguientes:

Artículo 11 Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

*Los actos y las omisiones conminados con una sanción en el Libro Tercero de este Código son los tipos legales de los delitos.*¹⁶

La influencia positivista del código, se manifiesta en la conceptualización del delito, definiendo al mismo no sólo como una acción u omisión, además incluye la lesión de un derecho protegido buscando una mayor severidad en la aplicación de la ley, por lo tanto, los delitos se dividían en intencionales e imprudencias punibles:

Artículo 12. Los delitos se dividen en: intencionales y en imprudencias punibles.

*Artículo 13. Se considera delito intencional: el que se comete con el fin de causar daño o de alcanzar un beneficio con violación de los preceptos que informan la ley penal.*¹⁷

Ahora bien, los delitos culposos a diferencia de la concepción del Código de 1871, ahora se definen como una imprudencia punible, sin embargo, esto no fue de gran trascendencia, solamente amplió la punibilidad en la negligencia, igualmente el delito intencional cambia de contexto, no se entiende éste como una

¹⁶ Ibidem. p. 122.

¹⁷ Idem.

acción u omisión, lo importante es la finalidad de causar un daño, en contravención a lo establecido en la ley.

Asimismo, por la rigidez del Código Penal de 1929, se introdujo la referencia al "**estado peligroso**", declarando como delincuentes a los locos, a los menores, a los alcohólicos y a los toxicómanos.

En este sentido, respecto a los menores, dentro de la exposición de motivos se mencionó lo siguiente:

"Desaparecido el principio de responsabilidad moral y con él las excluyentes relativas a la menor edad, se imponía escoger las sanciones o medidas adecuadas para transformar a los menores delincuentes en individuos socialmente capaces para vivir en sociedad. Dichas medidas, de acuerdo con las orientaciones modernas del derecho penal, comienzan con la libertad vigilada y los arrestos escolares y terminan con la segregación en granjas o en navíos-escuelas..."¹⁸

El declarar delincuentes a los locos, menores, alcohólicos y toxicómanos, se hizo con la finalidad de declarar socialmente responsables a estas personas, para efectos de restringirles sus derechos patrimoniales o de libertad con medidas tutelares, defensivas o protectoras, lo cual conlleva una exageración de los rasgos criminológicos del código, debido a que no consideraban a estas personas, como enfermos o inimputables, solo importaba la "*posible peligrosidad o temibilidad*".

De lo expuesto, queda de manifiesto que para los redactores del Código de 1929, lo más importante era acreditar la peligrosidad de una persona y no el delito, no obstante, el Código de 1929 también tuvo aciertos notables, por ejemplo la supresión de la pena capital, dando un avance notable en la política criminal, por desgracia dicha pena sigue contemplándose en el artículo 22 constitucional en su

¹⁸ Ibidem. p. 78.

cuarto párrafo, haciendo factible su modificación, reglamentación y aplicación en México.

1.1.3. Código Penal de 1931

El Código Penal de 1931, actualmente en vigor a pesar de sus numerosas modificaciones y reformas, se promulgó el 13 de agosto de 1931 y entró en vigor el 17 de septiembre del mismo año, cuando se encontraba en la Presidencia de la República el Licenciado Pascual Ortiz Rubio.

El ordenamiento fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de septiembre de 1931 bajo el nombre de *‘Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.’*

La Comisión Redactora del Código se integró por los licenciados Alfonso Teja Zabre (presidente de la comisión), Luis Garrido, Ernesto Garza, José Ángel Ceniceros, José López Lira y Carlos Ángeles. Así en un inicio se formó el ordenamiento por 400 artículos y se dividió en dos libros: el primero, sobre aspectos generales de la ley penal, el delito, el delincuente y la pena; y el segundo, a los delitos en particular.

El código de 1931, no contiene propiamente una exposición de motivos, sirviendo como tal un documento elaborado por Alfonso Teja Zabre, el cual presentó al Congreso Jurídico Nacional reunido en la Ciudad de México, en mayo de 1931 para su aprobación, asimismo, mostró una mayor rigidez que sus antecesores al contemplar la pena máxima de prisión de 30 años, incrementándose posteriormente a 40 y 50 años, cuando hasta entonces se había contemplado en 20 años.

Dentro de la exposición de motivos, en el apartado referente a las orientaciones de la nueva legislación se dijo:

"Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable".¹⁹

De lo anterior, se desprende que la finalidad de la comisión era deslindarse de la ideología seguida por su antecesor de 1929, para lo cual se basa en una tendencia de afiliación a la "Tersa Scuola" o "Neopositivismo" (positivismo italiano), tratando de mezclar la Escuela Clásica y la Positiva, es decir, se busca una tendencia ecléctica, sin descartar de todo la corriente clásica, pero con un predominio del positivismo.

No obstante que los redactores del código pugnaron por no seguir ninguna escuela o doctrina, bajo la influencia positivista el ordenamiento contemplo varias instituciones como: la habitualidad, la reincidencia genérica y específica, la tentativa, la comunicabilidad, peligrosidad en los criterios de individualización; además adoptaron el sistema dualista de las penas y medidas, mantiene la responsabilidad de los inimputables, la conmutación se da como sustitutivo penal, se tomó la libertad preparatoria y la suspensión de ejecución de la pena como condena condicional.

Ahora bien, respecto al delito y la finalidad de la pena dentro de la exposición de motivos se indicó:

*"El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples: es una resultante de fuerzas antisociales.
La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la*

¹⁹ Ibidem. p. 289.

venganza privada, etc.; pero fundamentalmente, por la necesidad de conservación del orden social.²⁰

Por lo tanto, la forma de ver al delito como una fuerza antisocial y la pena como un mal necesario, pone de manifiesto que la tendencia ecléctica del código tenía buenos propósitos, que no llegaron a manifestarse en su totalidad por conservar una mayoritaria ideología positiva.

Dentro de la citada exposición de motivos se mencionó: *"La formula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres"*.²¹

A su vez, contrario a lo establecido en el código de 1929, donde lo más importante era él *"estado peligroso"*, ahora el delito, el delincuente, la pena, la reparación, la represión y la prevención adquirirían igual trascendencia por considerarlos elementos inseparables del mismo fenómeno social.

Por ende, se dejó a un lado la dureza de catalogar como criminales o delincuentes a todas las personas de la sociedad e inclusive a los enfermos e inimputables; en dicho aspecto se expuso:

"El criminal es un ser absolutamente igual a aquel que no ha delinquido, es sencillamente un hombre que actúa en virtud de las mismas normas biológicas que rigen a todos los demás.

Es irritable querer establecer dos castas; unos dirigidos al llamado bien y otros al llamado mal; el bien y el mal, la perversidad y la honradez para los efectos de la ley penal, son términos convencionales. No hay hombres buenos o malos por idiosincrasia; todos son hijos de las circunstancias".²²

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² Ibidem. p.296.

En cuanto a los principios para acreditar un ilícito penal, dentro del texto original del artículo 8 se tiene lo siguiente:

*Artículo 8. Los delitos pueden ser:
Intencionales, y
No intencionales o de imprudencia.
Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia,
impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual
daño que un delito intencional.*²³

Del análisis del artículo anterior se desprende que los delitos, se clasificaban a través de la intención o la imprudencia, así la conducta como primer elemento integrador del delito lleva consigo un contenido de voluntad que puede ser intencional o imprudencial.

Lo anterior significa, que la culpabilidad ligada a una acción u omisión (conducta), es reprochable por su forma de realización dolosa (intencional) o culposa (no intencional o de imprudencia), es decir, dicha culpabilidad será entendida de acuerdo a la voluntad del agente activo, revistiendo la culpabilidad dos formas: dolo y culpa (sistema clásico). La presunción de intencionalidad (dolo), se estableció en el texto original del código de la siguiente forma:

Artículo 9. La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño;

Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado;

*Que creía que la ley era injusta o moralmente ilícito violarla;
Que creía que era legítimo el fin que se propuso;*

²³ Ibidem. p.306.

*Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y
Que obró con el consentimiento del ofendido; exceptuando el
caso de que habla el artículo 93.²⁴*

La fracción II del artículo 9 estableció que la presunción en la intención de causar el resultado permanecía, a pesar de que se demostrara que ése no fue el propósito del agente activo, lo cual pone una vez más de manifiesto la severidad del código. En este sentido, el doctrinario Enrique Díaz Aranda menciona:

"En el texto original del Código Penal el elemento volitivo del dolo no importaba. Pues la intención del sujeto de causar el resultado se consideraba una presunción iure et de iure; es decir, no admitía prueba en contrario".²⁵

Asimismo, el maestro Ignacio Villalobos, acerca del Código de 1931 en su momento afirmó:

"... acostumbrados como estamos a oír elogios de esta Ley de 31, algunos merecidos y otros como resultado indudable de un entusiasmo sincero y bien intencionado, así como a ver que invariablemente son silenciados todos sus defectos, parece ya un desacato el aventurarse a decir una sola palabra en interés por la legislación".²⁶

A continuación se dará un repaso por los principales anteproyectos de Código Penal, sin lo cual el trabajo de investigación quedaría incompleto.

1.1.4. Principales anteproyectos de Código Penal

A lo largo del tiempo, se han realizado varios proyectos para substituir al Código Penal de 1931, o bien, para reformarlo en varios lineamientos e

²⁴ Idem.

²⁵ Op. Cit. p. 159.

²⁶ Cít. Por. Reynoso Dávila, Roberto. Op. Cit. p. 122

Instituciones, así el código vigente cuenta con una marcada diferencia con el originalmente expedido.

Así en el año de 1949, a través de la Secretaría de Gobernación se nombró una Comisión integrada por los maestros Luis Garrido, Celestino Porte Petit y Francisco Argüelles para realizar el *"Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal"* el cual dispuso:

Artículo. 7. Los delitos pueden ser:

Intencionales;

Culposos, o

Preterintencionales.

El delito es intencional cuando se quiere o acepta el resultado.

El delito es culposo cuando la producción del resultado no se previó siendo previsible; cuando habiendo sido éste previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría, o en casos de impericia o falta de aptitud.

Delito preterintencional es el que se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado.

Artículo. 8. La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario.

Artículo 9. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe que era legítimo el fin que se propuso.²⁷

Como puede observarse, cuando el anteproyecto se refiere al delito preterintencional, no lo concibe como aquél cuyo resultado rebasa la intención con que se cometió; por el contrario, hizo una combinación entre dolo y culpa lo cual resulta un planteamiento interesante pero inexacto, debido a que si en dicho concepto de preterintención, concurre en parte la culpa se hablaría también de una imprudencia o impericia, la cual por supuesto no es atribuible a la intención dolosa.

²⁷ Leyes Penales Mexicanas. Tomo IV. México, Editorial INACIPE. 1979, pp. 9-10.

A su vez, para 1958 se elaboró el *"Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal"*, su Comisión fue nombrada por la Procuraduría General de la República y se constituyó por los licenciados Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit, Manuel del Río Govea y Ricardo Franco Guzmán, la Comisión trabajó con una rapidez poco explicable debido a que fue constituida en agosto y para octubre se publicó el texto completo del anteproyecto en la revista *"Criminalia"*, la regulación estableció:

Artículo 8. Los delitos pueden ser:

Dolosos;

Culposos, y

Preterintencionales.

Son dolosos no solamente cuando se quiere o acepta el resultado, sino lo necesariamente unido al querer del agente.

Son culposos cuando el resultado no se previó siendo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera, o se cause por impericia o ineptitud.

Son preterintencionales cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría.²⁸

La denominación sobre delitos intencionales cambia por delito doloso, adquiriendo una técnica jurídica más depurada, dejando de utilizarlos como sinónimos; además define de forma más clara los delitos dolosos, culposos y preterintencionales, conjuntamente suprime la presunción de dolo al considerarla injusta, lo cual manifiesta la precisión y lucidez de los redactores del anteproyecto.

Con la pretensión de terminar con la diversidad de legislaciones punitivas en el país se elaboró un *"Anteproyecto de Código Penal de 1963"* con el fin de tener un solo Código Penal, se realizó a propuesta del Segundo Congreso Nacional de Procuradores de Justicia, para que se afiliaran al mismo todos los Estados de la República Mexicana.

²⁸ *Ibidem.* pp. 214-215.

El anteproyecto se basó en el dominio de la técnica legislativa, así por ejemplo: la libertad preparatoria es llamada libertad condicional; habla del parricidio propio (muerte de ascendentes consanguíneos) y del parricidio impropio (muerte de descendentes consanguíneos, de cónyuge o concubino); cambia la denominación de *"Delitos Sexuales"* por la de *"Delitos contra la libertad sexual e inexperiencia sexual"*.

Los anteriores anteproyectos no llegaron a concretizarse en un nuevo Código Penal, sin embargo, con su exhibición queda claro que a través del tiempo se ha pretendido mejorar la técnica jurídica de algunos preceptos penales, así dichos intentos han influido de una u otra forma en la evolución penal en México.

Hay muchos más proyectos y reformas no sólo al Código Penal para el Distrito Federal, sino también a otros ordenamientos penales tanto en el ámbito local como federal, que por su amplitud no serán mencionados; para los propósitos del actual trabajo de investigación únicamente interesan las reformas correspondientes a 1983-84 y 1993-94 que a continuación se analizan.

1.2. La reforma de 1983-1984

En los siguientes puntos de la investigación se expondrá un avance legislativo que significó un precedente de suma importancia, en la evolución de la sistemática jurídica penal del país, es decir, el periodo de reformas comprendido entre 1983-1984, tanto al Código Penal para el Distrito Federal como al Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

1.2.1. Al Código Penal para el Distrito Federal

Como se recordará, el Código Penal de 1931, es decir, el Código Penal para el Distrito Federal se vio influido de forma importante por el positivismo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

italiano de corte autoritario, el cual a pesar de presentar algunos avances en su ideología, conservó algunos principios totalitarios como la presunción de intencionalidad (dolo).²⁹

Sin embargo, con la reforma al Código Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, con fecha 13 de enero de 1984 referente al artículo noveno, se logró un cambio muy importante, debido a que se dejó de presumir la intencionalidad del autor y, por lo tanto, se adoptó el principio de presunción de inocencia. Por lo tanto la concepción del delito doloso se concibió de la siguiente forma:

*Artículo 9. Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.*³⁰

Lo anterior significó, que a partir de ese momento el dolo que se había identificado como la intención presunta de cometer delitos, ahora con la reforma, se deja de presumir dicha intención y quedó a cargo del Estado su comprobación a través de los órganos de impartición de justicia, es decir, lo que se conoce como "onus probandi".

En este sentido, el maestro Enrique Díaz Aranda opina lo siguiente:

*"La concepción de intención que comprende al querer y, además el aceptar abarcó tanto al dolo directo como el dolus directus de segundo grado o dolo indirecto y el dolo eventual (dolus eventualis). Por ello podemos adelantar desde ahora que a partir de la reforma de 1984 nuestro Código Penal acepta implícitamente las tres clases de dolo a las cuales me he referido".*³¹

²⁹ Vid. Supra. I.1.3.

³⁰ Cfr. Díaz Aranda, Enrique. Op. Cit. p. 162.

³¹ Idem.

En conclusión, con esta reforma se refleja claramente que a partir de dicho momento, se inició la búsqueda por mejorar la sistemática jurídica penal en el país y, por lo tanto, el propósito de renunciar a concepciones antiguas para dar paso a nuevos sistemas.

1.2.2. Al Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

A continuación, se expone una reforma procesal que tuvo como base la modificación del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y la subsiguiente reforma, en los mismos términos, al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así ambas reformas giran en torno al vocablo "*Cuerpo del delito*".

Antes de iniciar el análisis de la citada reforma, cabe adelantar que el origen del vocablo "*corpus delicti*", se da a partir de su inclusión en antiguas leyes alemanas, identificándolo después con la figura del "*tatbestand*", la cual posteriormente da origen a la expresión "*tipo*", sobre todo a partir de la obra del autor alemán Ernest Beling en 1906, dentro del causalismo, entonces, se concibió al tipo o *tatbestand* como: "*... el conjunto de elementos materiales necesarios que caracterizan a cada especie de delito*".³²

En el país, la expresión "*Cuerpo del delito*", como lo refiere el maestro José Ovalle Favela³³, fue introducida originalmente en el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856 y recogida en el artículo 19 de la Constitución de 1917.

³² Vid. *Infra*. 2.1.3.

³³ Cit. Por. Luna Castro, José Nieves. El concepto de Tipo Penal en México. México, Editorial Porrúa. 1999. p. 95.

Una vez que el vocablo cuerpo del delito se contempló en el ámbito constitucional, se plasmó posteriormente en la mayoría de los códigos procesales, los cuales se pronunciaban en casi idénticas disposiciones, a las del Código Federal de Procedimientos Penales³⁴, es decir, antes de 1984 al cuerpo del delito se le consideraba como: *"... el conjunto de elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determine la ley penal"*.

Así el anterior concepto, encontró fundamento en la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, basada en las ideas de Ortolan, la cual trata de esclarecer el sentido del concepto cuerpo del delito mediante la tesis tradicionalmente definida bajo el siguiente rubro:

CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE.

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

Quinta Época: Suplemento de 1956, pág. 178. A. D. 4173/53. Héctor González Castillo. 4 votos. Tomo CXXX, pág. 485. A. D. 6337/45. J. Jesús Castañeda Esquivel. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XIV, pág. 86. A. D. 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XVII, pág. 77. A. D. 2677/58. Juan Villagrana Hernández 5 votos. Vol. XLIV, pág. 54. A. D. 6698/60. José Zamora Mendoza. 5 votos.

En este sentido, el doctrinario José Nieves Luna Castro acerca de la expresión cuerpo del delito y de su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación opina:

"... puede decirse que la expresión cuerpo del delito había sido aceptada generalmente en nuestro país... esto basado en los criterios emanados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien de alguna manera le dio un sentido en términos generales, congruente con las estructuras penales de la totalidad de legislaciones penales del país, es decir, tanto federales como locales, que eran, y

³⁴ Vid. *Ibidem*, pp. 117-142.

*muchas aún siguen siendo, de corte tradicional o causalista.*³⁵

Sin embargo, esa concepción se identificó tanto en un sector de la doctrina, como en la jurisprudencia, a la expresión que antiguamente se concibió en los países europeos, más claramente, se identifica con el concepto dado por Beling en 1906, es decir, una concepción material y exteriorizada.

A través del tiempo, dentro del campo doctrinal, tanto nacional como extranjero, se han dado dos grandes posturas, respecto a la concepción del llamado *cuerpo del delito*: la primera, considera al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos, externos o materiales; y la segunda, lo concibe como la suma de factores objetivos, subjetivos y normativos.³⁶

Así retomando el análisis del periodo de reformas, primeramente se hará referencia a la reforma del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, debido a que la mayoría de las legislaturas locales modificaron en el mismo sentido sus respectivos códigos procesales penales.

El artículo 168 que se analiza se reformó en el año de 1983, publicándose su reforma en el *Diario Oficial de la Federación*, con fecha 27 de diciembre de 1983, la citada reforma tuvo como fin primordial suprimir de su contenido, que para comprobar el cuerpo del delito, éste tendría que estar constituido sólo por los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso.

Dentro de la exposición de motivos, respecto al cuerpo del delito, se indicó lo siguiente:

"El cuerpo del delito consiste, en los términos de una atendible interpretación, en la suma de elementos abarcados en la descripción típica contenida en el Código Penal o en las

³⁵ Op. Cit. p. 99.

³⁶ Vid. *Infra* 2.1.1.

leyes penales especiales como queda precisado en la propuesta de reforma del artículo 168.³⁷

Quedando con la reforma, la nueva concepción de cuerpo del delito de la siguiente manera:

"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".³⁸

Posteriormente, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fue reformado en los mismos términos que el citado artículo 168, por lo que se refiere al cuerpo del delito; mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 4 de enero de 1984.

En este sentido, el doctrinario Luis de la Barreda Solórzano, al estudiar la reforma al artículo 122, en la parte correspondiente al contenido del cuerpo del delito, expuso lo siguiente:

"El criterio de que el cuerpo del delito es lo externo o material del delito... es absolutamente ineficaz para resolver los casos que se presentan en la práctica. ¿Cómo identificar, con ese 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 culpable, sin la cual no hay conducta típica".³⁹

El citado autor, tiene razón al establecer que el cuerpo del delito no sólo se constituye por elementos objetivos, sobre todo, porque se deben tomar en cuenta

³⁷ Cfr. Sosa Ortiz, Alejandro. *Los Elementos del Tipo Penal*. México, Editorial Porrúa. 1999. p. 3.

³⁸ Cfr. Luna Castro, José Nieves. Op. Cit. p. 96.

³⁹ Cit. Por. Sosa Ortiz, Alejandro. Op. Cit. p. 4.

tanto a los elementos subjetivos como normativos para integrarlo, sin embargo, conviene aclarar la confusión que podría darse, con relación al anterior criterio emitido, respecto de tomar como regla general la inclusión del dolo y la culpa dentro del cuerpo del delito.

En este sentido, se puede decir que el análisis e inclusión del dolo o la culpa, dependerá de que la descripción de una conducta plasmada en un tipo, contenga un aspecto subjetivo, es decir, no todos los tipos penales contienen de forma explícita o implícita un aspecto subjetivo; por lo tanto, solamente cuando el tipo posea un aspecto subjetivo, entonces deberá incluirse y analizarse el dolo o la culpa.

Asimismo, el doctrinario Marco Antonio Díaz de León, en análisis de la reforma al artículo 168, expone lo siguiente:

"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... 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"... 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 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".⁴⁰

⁴⁰ Ibidem. p. 5.

El citado autor, tiene razón al indicar que no se debe tomar como regla general de comprobación del cuerpo del delito, la inclusión indiscriminada del dolo y la culpa, porque efectivamente se llegaría a una aberración procesal.

No obstante, hablando en términos generales, el cuerpo del delito se compone y a su vez prueba la existencia del contenido de las tres categorías de elementos previstos en la descripción típica (objetivos, subjetivos y normativos), aunque como se verá en su momento no siempre se integra por todos estos elementos.⁴¹

Lo anterior no significa que "*Cuerpo del delito*" y "*Tipo Penal*" sean sinónimos como, equivocadamente, se ha entendido a lo largo del tiempo, sin embargo, entre ellos existe una interrelación muy estrecha, la cual se analizará más propiamente en el siguiente capítulo.⁴²

Otro aspecto importante, en la reforma de 1984 es el referente a la relación existente entre el *Cuerpo del delito* y la, entonces, equivocadamente llamada "*Presunta Responsabilidad*"; así al citado artículo 168, mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 19 de noviembre de 1986, se le adicionó el siguiente tercer párrafo:

"La presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado".⁴³

Cabe aclarar, que antes de la adición del anterior texto al artículo 168, existía casi uniformidad de criterios, en cuanto a que la presunta o mejor dicho probable responsabilidad, se derivaba de lo establecido en la norma penal

⁴¹ Vid. *Infra*. 2.2.1.

⁴² Vid. *Infra*. 2.2.2.

⁴³ Cfr. Sosa Ortiz, Alejandro. *Op. Cit.* p. 8.

sustantiva, es decir, las hipótesis de participación en el delito, por lo tanto, lo único que se hizo fue adicionar en estos términos el artículo 168.

Así el artículo 13 del Código Penal Federal, dentro del capítulo de las personas responsables de los delitos, establecía hasta antes de la reforma de 1994, lo siguiente:

Artículo 13. Son responsables del delito:
 Los que acuerden o preparen su realización;
 Los que lo realicen por sí;
 Los que lo realicen conjuntamente;
 Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
 Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
 Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
 Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
 Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.⁴⁴

De lo anterior, se puede deducir que la probable responsabilidad, se refiere a la atribución que se hace a una persona, respecto de su participación ya sea como autor material, instigador o cómplice en la comisión de la conducta o hecho constitutivo de un delito previamente investigado y sobre el cual se ha comprobado el cuerpo del delito.

En otras palabras, la comprobación del cuerpo del delito es la base de atribución de la probable responsabilidad de un sujeto, sin embargo, lo anterior no implica necesariamente que al quedar probado el primero, se compruebe el segundo, debido a que pueden llegar a ser dos situaciones distintas.

Esto es, en el momento que se comprueba el cuerpo del delito, es decir, los elementos abarcados en la descripción típica, se debe entender como un concepto

⁴⁴ Ibidem. p. 9.

Impersonal, pero concreto, basado en los elementos establecidos en el tipo mismo, es decir, el cuerpo del delito tendrá que comprobarse independientemente de la identidad del agente (autor o coautor), así por ejemplo: el cuerpo del delito de robo, fraude, homicidio, lesiones, abuso de confianza, etc., existe autónomamente de su atribución a una persona.

Ahora bien, en el caso de la probable responsabilidad y de su atribución, se requiere necesariamente como base la comprobación del cuerpo del delito, sobre todo, para establecer la relación causal entre el hecho delictivo y el agente.

Sin embargo, como acertadamente lo señala el doctrinario Alejandro Sosa Ortiz⁴⁵, los textos de los artículos 168, párrafo tercero y 13 del Código Penal Federal, fueron interpretados a través de un criterio material de cuerpo del delito, inclusive con la reforma, lo cual trajo como consecuencia que en la práctica un auto de formal prisión o sentencia condenatoria, cada situación fuera estudiada en capítulos diferentes.

Otro aspecto que con lo expuesto significó que la reforma en estudio no lograra la trascendencia debida fue el hecho de mantener en ley la existencia de las denominadas *reglas especiales*, para acreditar el cuerpo del delito, las cuales a pesar de la reforma al artículo 168 no fueron derogadas.

Esto es, a partir de la reforma a los códigos procesales, Federal y del Distrito Federal, existía primeramente una regla genérica que consistía en: *acreditar la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determinara la ley penal*, sin embargo, para algunos delitos e mantuvieron las llamadas reglas especiales.

Por ejemplo, en el ámbito federal, se podían mencionar reglas para los delitos de lesiones, robo, delitos contra la salud, peculado, abuso de confianza y

⁴⁵ Vid. Op. Cit. pp. 10-12.

fraude. Así dentro del artículo 169 del Código Federal de Procedimientos Penales, se establecía:

*Artículo 169. Cuando se trate de lesiones se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección de éstas, hecha por el funcionario que hubiere practicado las diligencias de policía judicial o por el tribunal que conozca del caso, y con la descripción que de ellas hagan los peritos médicos.*⁴⁶

Sin embargo, a pesar de la regla especial establecida dentro del anterior artículo, surgió tesis jurisprudencial en el sentido de referir que sólo es necesaria la fe de lesiones, cuando no hay otros elementos de prueba:

LESIONES.

La fe de lesiones inferidas al sujeto pasivo para la comprobación del cuerpo del delito sólo es necesaria en ausencia de otros elementos de prueba que, por sí mismos, permitan llegar a la certeza de la existencia de las lesiones.

Quinta Época: Tomo CXXVI, pág. 799. R. 5453/50. 5 votos. Tomo CXXXII, pág. 181. A.D. 4369/56. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Segunda Parte; Vol. XVII, pág. 226. A.D. 1164-58. Jesús Silva Pérez, 5 votos. Vol. XXVI, pág. 103. A.D. 3286/59. Santiago Delgado Ramírez 5 votos.

Ahora bien, cuando un delito no podía ser comprobado por medio de la regla genérica, se atendía a la regla especial, tal es el caso del delito de robo en el artículo 174 del Código Federal de Procedimientos Penales.

*Artículo 174. En los casos de robo, el cuerpo del delito podrá comprobarse, siempre que no haya sido posible hacerlo en los términos del artículo 168, cuando haya prueba de que el inculpado atendido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales no sea verosímil que haya podido adquirir legítimamente, si no justifica la procedencia de aquella y si hay, además, quien le impute el robo.*⁴⁷

⁴⁶ Ibidem. p. 17.

⁴⁷ Ibidem. p. 18.

Igualmente, los delitos contra la salud, peculado, abuso de confianza y fraude, tenían señalada una regla especial en el artículo 177 del Código Procesal Federal.

Artículo 177. El cuerpo de los delitos contra la salud, peculado, abuso de confianza y fraude, si no hubiere sido posible comprobarlos en los términos del artículo 168, podrá tenerse por comprobado con la confesión del procesado, siempre y cuando adminiculada con elementos que a juicio del tribunal la hagan verosímil, pero para el de peculado es necesario, además, que se demuestren, por cualquier otro medio de prueba, los requisitos que acerca del sujeto activo prevenga la ley penal.⁴⁸

Como puede observarse, al señalarse reglas especiales para ciertos ilícitos, surge la duda de si dichas reglas estaban dirigidas solamente a la comprobación de elementos materiales u objetivos, de ser así ciertos delitos sólo eran comprobables al probar la materialidad del hecho delictivo, originando una contradicción con la regla genérica de cuerpo del delito establecida a partir de la reforma al artículo 168 del Código Procesal Federal.

A su vez, el doctrinario Alejandro Sosa Ortiz señala como puntos sobresalientes en la aplicación del artículo 168, surgido a partir de la reforma de 1983-84, los siguientes puntos:

1. Se discutía si dentro de los elementos que integran la descripción de la conducta, debía o no de considerarse al dolo o la culpa, o si éstos deberían analizarse en el capítulo de responsabilidad.
2. El tema de la eventual autoría mediata y la participación *strictu sensu* en el delito, comprendiendo en ésta a todos los sujetos que sin realizar por sí la actuación típica (autores o coautores) concurrían en la comisión del ilícito: autor intelectual, instigador y cómplice; era materia que debía analizarse en el capítulo de la responsabilidad.

⁴⁸ Ibidem. p. 19.

3. *Las circunstancias agravantes o atenuantes del delito no eran consideradas dentro del cuerpo del delito, sino datos para determinar el grado de responsabilidad.*
4. *Existían las denominadas reglas especiales para la acreditación del cuerpo del delito de determinados ilícitos.*
5. *La identidad del autor o autores y/o, en su caso, partícipes con el o los inculpados era abordada sólo en el capítulo de responsabilidad.*⁴⁹

Asimismo, cabe agregar que a partir de estas reformas se emitieron criterios jurisprudenciales que se refieren a la concepción y comprobación del cuerpo del delito, en los mismos términos que los artículos 168 y 122 citados y analizados.⁵⁰

Asimismo, es importante destacar que con el periodo de reformas comprendido entre 1983-1984, se logró un concepto más sólido de cuerpo del delito, dando así un avance legislativo muy significativo en el país, sin embargo, es importante reconocer que a pesar del avance que se dio con la reforma, dicho cambio no tuvo la trascendencia esperada, por un lado debido a la falta de un estudio y perfeccionamiento de la misma y, por otra parte, al mantener criterio confusos como las llamadas reglas especiales.

Por lo tanto, no se logró esclarecer la ambigüedad de la expresión cuerpo del delito, que permaneció vigente alrededor de una década por lo que se inició la búsqueda de un sistema que resolviera de mejor forma la impartición de justicia en el país, dando lugar al periodo de reformas comprendido entre 1993-94.

1.3. La reforma de 1993-1994.

A continuación, se analiza otro periodo de reformas que constituye un antecedente legislativo de suma importancia, debido a que entre 1993-1994, sobre todo, en el ámbito constitucional se substituyó la expresión "*Cuerpo del delito*"

⁴⁹ Vid. Op. Cit. pp. 3-34.

⁵⁰ Vid. Infm. 2.2.4.

por la de "*Elementos del Tipo Penal*", instaurándose de esta forma, por primera vez, en México el sistema de la acción final o finalismo.

1.3.1. A la Constitución.

Antes de iniciar con el análisis de la reforma de 1993-1994, es importante, destacar los textos que dieron origen a los artículos 16 y 19 constitucionales de 1917. Dentro del "*Mensaje y Proyecto de Constitución*" de Venustiano Carranza, fechado en la ciudad de Querétaro el 1º de diciembre de 1916, respecto a la orden de aprehensión, el artículo 18 estableció:

"Artículo 16. (del proyecto) No podrán librarse órdenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal, y que esté, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede prender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".⁵¹

Asimismo, en lo que respecta al artículo 19 constitucional, dentro del mismo "*Mensaje y Proyecto de Constitución*" de Venustiano Carranza, se mencionó lo siguiente:

"Artículo 19. (del proyecto) 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

⁵¹ Cfr. Derechos del pueblo mexicano. (México a través de sus constituciones). Tomo III. 5. Edición. México. Editado por la LVII Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión y Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. 2000. p. 165

ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.⁵²

Los anteriores textos, tratan de superar, a su vez, la ideología de las anteriores constituciones de 1824 y 1857, que son la base de formación de los textos originales de los artículos 16 y 19 de la constitución de 1917, que es la ley suprema que rige actualmente.

Así el texto original del artículo 16, en su segundo párrafo, establecía lo siguiente:

"Artículo 16. -...

*No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado".*⁵³

A su vez, el texto original del artículo 19, en su primer párrafo, institula lo siguiente:

*"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".*⁵⁴

Así una vez que la anterior reforma de 1983-1984, referente a la nueva concepción de cuerpo del delito, contenida en los Códigos de Procedimientos

⁵² *Ibidem.* p. 182

⁵³ Cfr. Legislación Universitaria. (Normas Fundamentales). 2ª. Edición, México, Editorial UNAM, 1992, p. 14.

⁵⁴ *Ibidem.* pp. 15-16.

Penales, Federal y del Distrito Federal, artículos 168 y 122 respectivamente, no llegó a satisfacer plenamente la impartición de justicia en el país, entonces, se siguió con la búsqueda por perfeccionar el sistema penal mexicano.

Por lo tanto, se generó la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estando en la Presidencia de la República el Lic. Carlos Salinas de Gortari, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 3 de septiembre de 1993.

A continuación, se expone la génesis de la citada reforma la cual surgió con motivo de dos iniciativas presentadas por Diputados Federales de la LV Legislatura. La primera iniciativa, comprendía además de la modificación al artículo 16, la de los diversos 20 y 119; y la segunda iniciativa, la reforma del artículo 19, además de la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, todos de la constitución.

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, dentro del cual, algunos de los argumentos más destacados para el actual trabajo de investigación son los siguientes:

"Sociedad y gobierno deben contar para lograr la tranquilidad pública y la Seguridad Jurídica con normas claras y precisas. La iniciativa persigue estos objetivos. 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 que se proponen, de ser aprobadas, se logrará dar mayor énfasis y precisión a los principios contenidos en los artículos 16, 19, 20 y 119 de nuestra Carta Magna, ampliándose esa reforma por motivo de coherencia constitucional.

Art.16.- 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 este precepto, por lo que se propone darle una estructura distinta comprendiendo once párrafos, dos más de los previstos originalmente.

PRIMER PÁRRAFO.-...

SEGUNDO PÁRRAFO.- Se refiere a las órdenes de aprehensión dictadas por autoridad judicial, señalándose las siguientes aportaciones:

a) ...

f) Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden de aprehensión, es 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".

Con lo anterior se quiere superar la ambigüedad del texto vigente que no señala con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, ya que la mención de pruebas se refiere sólo al aspecto de la presunta responsabilidad.

Además, en consonancia con lo que se propone para el artículo 19, se busca equiparar a la orden de aprehensión los elementos 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 busca precisar conceptos que en lo procesal se vinculen de mejor manera con la teoría del Derecho Penal Sustantivo, para que ambas ramas jurídicas actúen como brazos articulados de una misma política criminal del estado mexicano y no como teorías disasociadas lo que en ocasiones ha generado distancias considerables, y hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal.

En este tenor de ideas, 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.

Art. 19. - 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 estas Comisiones Unidas, por lo que se observó la necesidad de su reforma por motivos de coherencia, lo cual se sustenta en las siguientes razones:

a)...

b) La necesidad de compatibilizar la exigencia de los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión o en su caso de sujeción a

proceso, superando el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal; con lo que se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y de esta manera se fortalece 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 inculpaado.⁵⁵

Aprobado el proyecto de decreto por la Cámara de Diputados, se trasladó para efectos constitucionales al Senado de la República, posteriormente se aprobó por las legislaturas de los estados para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 135 constitucional, publicándose la reforma en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 3 de septiembre de 1993.

Por lo tanto, los textos de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte que interesa al actual estudio, quedaron de la siguiente forma:

Artículo 16. - (Párrafo Segundo)

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.

Artículo 19. - (Párrafo Primero)

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.⁵⁶

⁵⁵ Cfr. Sosa Ortiz Alejandro. Op. Cit. pp. 37-39.

⁵⁶ Cfr. Ibidem. pp. 35-36.

A raíz de la referida reforma constitucional, se incorporó en el artículo 16 como exigencia imprescindible para el libramiento de una orden de aprehensión, la acreditación de los elementos del tipo penal, a su vez, en el artículo 19 se substituyó el concepto "*Cuerpo del delito*", por el de "*Elementos del tipo penal del delito*", como requerimiento primordial para dictar un auto de formal prisión. Lo anterior, con la finalidad de unificar criterios respecto a los requisitos para librar una orden de aprehensión, con los requeridos para dictar un auto de formal prisión.

Antes de 1993 existían dos criterios respecto a la interpretación del artículo 16 constitucional, para librar una orden de aprehensión; el primer criterio afirmaba que para el libramiento de una orden de aprehensión no se requería comprobar el cuerpo del delito, a su vez; el segundo criterio, aseveraba que si debía acreditarse el cuerpo del delito, pues éste constituía la base de atribución de la, entonces, denominada presunta responsabilidad.

Así el primer criterio aludido, se fundaba principalmente en tesis de jurisprudencia que hacían referencia a la falta de acreditación del cuerpo del delito, para librar una orden de aprehensión, un ejemplo de lo anterior lo constituyen los siguientes criterios jurisprudenciales:

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 pena corporal, y que estén apoyadas aquéllas, por declaración bajo protesta, de persona digna de fe, o por otros datos que haga probable la responsabilidad del inculpado; de suerte que es de todo punto indispensable que el hecho determinado que sea materia de la denuncia acusación o querrela, sea de los que 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 se haga al inculpado, la orden de aprehensión resulta violatoria del artículo 16 constitucional.

Quinta Época, Tomo XXXIII, Semanario Judicial de la Federación, p. 1677.

ORDEN DE APREHENSIÓN, CUERPO DEL DELITO EN LA. NO SE REQUIERE. *Una vez demostrada la comisión de hechos considerados como delictivos que la ley castigue con pena corporal, y la existencia de elementos que hagan probable la responsabilidad del indiciado en su comisión, tales elementos bastan para fundar la orden de aprehensión, sin que para el efecto se requiera el establecimiento del tipo delictivo en el que se encuadra exactamente la conducta, puesto que la comprobación del cuerpo del delito sólo se requiere al momento de dictar un auto de formal prisión de acuerdo con el artículo 19 constitucional.*

Quinta Época, Tomo XXXII, Semanario Judicial de la Federación, p. 1677.

En este aspecto, el maestro Guillermo Colín Sánchez, en su momento, afirmó lo siguiente:

"Debo advertir que, para dictar la orden de aprehensión, no es necesario, según jurisprudencia emitida por los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que esté integrado el cuerpo del delito; bastará que estén satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional. Semejante jurisprudencia es inaceptable, porque el Constituyente de 1917 aunque literalmente no utiliza las palabras 'cuerpo del delito' al indicar que la denuncia, acusación o querrela 'sean sobre un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal', es obvio que, hace referencia al cuerpo del delito, pues si éste no está integrado no existe base ninguna en qué apoyarse para limitar la libertad de una persona, ¿si no está integrado el cuerpo del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

*delito, cual es entonces lo que motiva la petición de que se dicte la orden de aprehensión?*⁵⁷

Como bien lo señala el citado autor estos criterios son confusos y erróneos, sobre todo, al señalar que para librar una orden de aprehensión no debe comprobarse el cuerpo del delito, lo cual conlleva un error, pues éste constituye la base de atribución de la probable responsabilidad de un sujeto sobre la comisión de un hecho delictivo.

Asimismo, si como se señala en las tesis citadas, si no se requería establecer el tipo delictivo donde se encuadraba exactamente la conducta, entonces, existía la posibilidad de encuadrar una descripción legal distinta a la mencionada en la orden de aprehensión, lo cual atenta contra los principios de seguridad jurídica, debida fundamentación, motivación y de estricta aplicación de la ley penal, pues con tal criterio se podía librar una orden de aprehensión por una conducta atípica.

Por ende, si tanto la orden de aprehensión, como el auto de formal prisión son provisionales, no existe justificación alguna para establecer que deben ser probados por distintos medios de convicción, por el contrario, si éstos medios son con apego a derecho no existe ningún problema; ahora bien, lo que podría ser diferente es el grado de prueba o de convicción de los elementos a comprobar.

Asimismo, antes de 1993 existía un segundo criterio para librar una orden de aprehensión, en el cual se establecía que la acreditación de la probable responsabilidad requería necesariamente de la demostración del cuerpo del delito; lo anterior, queda plasmado en las siguientes tesis jurisprudenciales:

ORDEN DE APREHENSIÓN. *Si los datos recogidos en la averiguación previa, son suficientes para juzgar si existe o no, el delito, debe estudiarse desde luego esa cuestión, porque es evidente que si de esos datos no se*

⁵⁷ Cit. Por. Ibidem. p. 45.

desprende la prueba del delito, mucho menos pueden desprenderse indicios de responsabilidad del acusado.
Quinta Época. Tomo XXIX. Pág. 1501. *Ezquerria Judah y Coag.*

ORDEN DE APREHENSIÓN. *No basta para dictarla, la acusación que se presente por delito que merezca pena corporal, sino que es necesario que tal delito esté comprobado en autos.*

Quinta Época. Tomo X, p. 452. *Semanario Judicial de la Federación.*
Instancia: Pleno.

ORDEN DE APREHENSIÓN. *Para que proceda una orden de aprehensión, es necesario que se haya establecido la base del procedimiento, o sea, la comprobación de la existencia del delito y que de la averiguación resulten indicios de responsabilidad contra una persona para proceder a su aprehensión.*

Quinta Época. Tomo VIII, p. 689. *Semanario Judicial de la Federación.*
Instancia: Pleno.

ORDEN DE APREHENSIÓN. REQUISITOS PARA EMITIRLA. *Para librar una orden de aprehensión, no basta que en la denuncia o querrela el ofendido señale que se cometió en su perjuicio determinado delito que la ley sancione como pena corporal, sino que aquélla debe apoyarse en medios de prueba que lleven a la convicción de la existencia de los hechos que configuren la hipótesis normativa.*

Octava Época. Segunda Parte. Tomo II, p. 369. *Semanario Judicial de la Federación.*

En este aspecto, el doctrinario Eduardo Herrera Lasso, en su momento, afirmó lo siguiente:

"Requisitos de la orden de aprehensión. Sin fundamentación y motivación adecuadas, reiteramos, ningún acto de molestia es constitucionalmente posible; y hemos advertido también, a lo largo de este trabajo, que la comprobación previa del cuerpo del delito constituye el mínimo de motivación posible para que opere la garantía, y que, sin esa comprobación, no puede abordarse siquiera el estudio de la responsabilidad".⁵⁸

⁵⁸ *Ibidem.* pp. 45-46.

No obstante, el avance dogmático y legislativo que se dio respecto a la interpretación del artículo 16 constitucional, no se logró la unificación de criterios para librar una orden de aprehensión, debido a que el criterio más generalizado antes de las reformas constitucionales de 1993 consistía en no exigir una precisa clasificación del delito, además de no estudiarse si de los medios probatorios que obraban en la indagatoria demostraban la existencia del hecho delictuoso, éstos sólo servían para fundar el auto de formal prisión, o en su caso, la sentencia definitiva.

Como es obvio, la reforma constitucional de 1993 a los artículos 16 y 19, originó voces a favor y en contra, en este aspecto, el maestro Fernando García Cordero, afirma:

"La reforma constitucional penal de 1993 desató polémicas y motivo debates. Para los defensores de la reforma la categoría cuerpo del delito era una figura equívoca, controvertida, sujeta a interpretaciones; en cambio la categoría tipo penal era una noción unívoca, clara y perfectamente definida.

*Para quienes se oponían a la reforma, tanto, la categoría como la expresión elementos del tipo penal, afirmaban que esta concepción se encontraba todavía sujeta a debate académico, que correspondía al derecho substantivo; sin embargo, el legislador aprobó mecánicamente la enmienda constitucional".*⁵⁹

Ahora bien, no es compartida la opinión de varios autores en torno a desechar la figura del tipo penal, debido a que el concepto cuerpo del delito muchas veces se ha identificado con aquél, no obstante, hay que reconocer que de acuerdo a las diferentes escuelas penales el tipo penal puede tener diversa estructura, es decir, es plurívoco lo cual no significa necesariamente que sea un

⁵⁹ García Cordero, Fernando. Revista Criminología. Año LXIV. No. 3, septiembre-diciembre. México, Editorial Pomia. 1998. pp. 99-100.

concepto complejo, siempre y cuando se establezca el sistema a seguir, esto es, causalismo, finalismo, funcionalismo, lógico-matemático, etc.⁶⁰

Por lo tanto, la principal motivación del legislador de 1993 para llevar a cabo la reforma constitucional, fue la intención de superar la ambigüedad y confusión del concepto cuerpo del delito, además de clarificar los requisitos que debían tomarse en cuenta para fundar y motivar una orden de aprehensión, o bien, un auto de formal prisión, con el fin primordial de dar mayor firmeza al principio de certeza y seguridad jurídica.

En este sentido, el tratadista Alejandro Sosa Ortiz, al comentar la reforma constitucional de 1993 señala:

"En este entendido consideramos que la intención del constituyente permanente no fue la de hacer sólo una simple sustitución terminológica, ni la de 'articular el derecho sustantivo con el derecho adjetivo' sino que su objetivo 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', pero también que posteriormente en la legislación secundaria se definiesen claramente, sus elementos y se diera un diferente contenido a la noción de responsabilidad, como finalmente aconteció mediante la modificación a los artículos 168 y 122 de los Códigos Procesales Penales Federal y para el Distrito Federal respectivamente".⁶¹

Efectivamente, como bien lo señala el citado autor, la reforma constitucional de 1993, no sólo fue una sustitución de conceptos, a pesar de ser su efecto inmediato.

⁶⁰ Vid. *Infra* . 2.1.3.

⁶¹ Op. Cit. p. 56.

Sin embargo, a raíz de la reforma procesal hecha al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se le dio un sentido a la expresión "*Elementos del tipo penal*", lo cual propicio controversia y confusión respecto a su alcance y contenido, por lo tanto, a continuación se realiza su análisis.

1.3.2. En el Código Federal de Procedimientos Penales

La importancia de la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales ocurrida en 1994, radica principalmente en que se le dio un sentido a la expresión "*Elementos del tipo penal*", plasmada en la reforma constitucional a los artículos 16 y 19 de 1993.

Ahora bien, esta reforma procesal se da en conjunto y en el mismo sentido con la hecha al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo cual trajo como consecuencia una nueva regulación para la acreditación de los "elementos del tipo penal" y de la denominada "probable responsabilidad", ajuste que fue adoptado, en su momento, por diversas entidades federativas del país, en el mismo sentido que la legislación federal.

Así la reforma a los artículos 168 y 122, surgió con motivo de una iniciativa presentada por él, entonces, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el Licenciado Carlos Salinas de Gortari; en la referida iniciativa presidencial respecto al artículo 168, se estableció la supresión de las llamadas reglas especiales, dando los siguientes argumentos:

"Para los efectos de la comprobación de los elementos del tipo se propone suprimir las llamadas reglas general y especial, que producían no solamente confusión, sino impunidad por el manejo incontrolable que se hizo de parte del llamado error judicial, y 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, debe emplearse la prueba conducente y útil para los efectos del caso concreto;

*lo anterior independientemente de que en algunas hipótesis se dan reglas específicas para el desarrollo de la investigación, sin que con ello se establezca limitación que impida practicar algunas otras diligencias que resulten procedentes en cada caso.*⁶²

Indudablemente, la decisión de suprimir las reglas general y especial es un acierto de la reforma en análisis pues su aplicación implicó un impedimento pleno a partir del periodo de reformas de 1983-84, debido a que su aplicación e interpretación creó confusión respecto al alcance del concepto procesal cuerpo del delito, por lo tanto, su vigencia no era adecuada con la reforma procesal penal propuesta.

De ahí, el Presidente de la República dentro del Capítulo I, del Título Quinto del Código Federal de Procedimientos Penales, denominado "Comprobación de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad del inculpado", propuso el texto en la siguiente forma:

Artículo. 168. - El Ministerio Público integrará 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 culpable 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 atribución a la acción u omisión; c) el objeto material; d) 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

⁶² Cfr. *Ibidem.* p. 59.

acreditada a 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 acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.⁶³

Posteriormente, la iniciativa presidencial fue turnada para su estudio a las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, para que elaboraran el dictamen respectivo, dentro del cual en la parte referente a la reforma de 1983-84 hecha a los códigos procesales Federal y del Distrito Federal, se mencionó lo siguiente:

"Tanto doctrina como jurisprudencia en materia penal han tenido diversidad de criterios por lo que hace al concepto y a los elementos del 'cuerpo del delito' y; no obstante que en 1983 (D.O.F. 27/dic) fue reformado el párrafo segundo del artículo 168 del Código federal de Procedimientos Penales así como el 122 del Código de procedimientos Penales para el distrito federal, con lo que se estableció que el cuerpo del delito se integra de los elementos del tipo penal, el problema no se aclaró mucho sobre todo para quienes aplican la ley, pues cada quien ha tenido un criterio distinto respecto de lo que es el tipo penal y de lo que son sus elementos, porque la ley no lo precisa".⁶⁴

Ahora bien, el anterior argumento expresa de forma clara la situación prevaleciente a raíz de la reforma de 1983-84, en la cual a pesar del logro que significó este periodo de reformas, no se consolidó en la doctrina ni en la jurisprudencia la concepción del cuerpo del delito, debido a la diversidad de criterios para interpretarlo.

Así dentro del dictamen de la Cámara de Diputados, respecto al nuevo contenido del citado artículo 168 se mencionó:

⁶³ *Ibidem.* pp. 59-60.

⁶⁴ *Ibidem.* p. 63.

"De ahí la importancia del nuevo contenido del artículo 168, que sirve 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 los autos de formal prisión y de sujeción a proceso. El listado de elementos típicos destaca, por una parte, los que son constantes en todo tipo penal y, consecuentemente, que en todos los casos serán analizados, como los señalados en las tres fracciones del párrafo primero; mientras que en el segundo párrafo se señalan aquellos que se irán analizando según lo requiera el tipo en particular. La regulación que se propone, además de establecer mayores exigencias a los órganos del Estado, proporciona sin duda mayor seguridad jurídica".⁶⁵

Lo anterior, pone de manifiesto que a través de la reforma procesal se busca aclarar cuales son los elementos integrantes del tipo penal, especificando cuales son constantes en todo tipo y los que pudieran comprenderse de acuerdo a las descripciones legales en particular, por lo tanto, el tipo penal se integrará en términos generales por elementos objetivos, subjetivos y normativos.

Además, se busca establecer mayores exigencias a los órganos del Estado, para garantizar la seguridad jurídica de los gobernados, lo cual implica una mayor concordancia con lo establecido en las garantías individuales plasmadas en la Constitución.

A su vez, en el citado dictamen de la Cámara de Diputados, respecto al concepto de probable responsabilidad plasmado dentro del artículo 168 del código procesal federal, se dijo lo siguiente:

"Lo anterior plantea una cierta secuencia en el análisis que la autoridad debe realizar; una vez afirmados los elementos del tipo penal en segundo lugar debe constatarse si no existe acreditada una causa de licitud o justificación a favor del inculpado; si en éste momento se determina que si opera una causa de licitud, entonces no se entrará al análisis de la 'probable' culpabilidad, pues aquélla es requisito previo

⁶⁵ Idem.

de ésta. Para los efectos del ejercicio de la acción penal, de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión y de sujeción a proceso, es suficiente con que esté acreditada la probable culpabilidad del sujeto; ésta, por su parte, no se acreditará por la mera constatación de que el sujeto tuvo participación en el hecho, como actualmente se señala, pues la forma de intervención es una cuestión, que debe verse entre los elementos del tipo. Se requerirán, pues otros datos, que serán esclarecidos por la doctrina y la jurisprudencia, ya que la ley no los especifica por ahora; sin embargo, se ofrece un criterio firme para la tarea interpretativa, que sin duda será intensa.⁶⁶

Del anterior argumento sobresalen dos aspectos; el primero, se refiere a la secuencia que debe seguir para determinar la probable responsabilidad, así primeramente la autoridad debe concluir que se han acreditado los elementos del tipo penal, posteriormente corroborar que no exista una causa de litud o justificación a favor del inculcado y, por último, entrar al estudio de la probable responsabilidad, la cual, por cierto no es definida por el texto propuesto.

Asimismo, el segundo aspecto lo constituye el hecho de que la probable responsabilidad ya no comprende sólo la constatación de que el sujeto tuvo participación en el hecho delictivo, debido a que la forma de intervención (dolosa o culposa), es una cuestión que debe verse entre los elementos del tipo penal.

A su vez, dentro del multicitado dictamen de la Cámara de Diputados, respecto al artículo 122 del código adjetivo penal para el Distrito Federal que fue reformado en el mismo sentido que el artículo 168 procesal federal, se mencionó lo siguiente:

**... en el contenido de dicho artículo se enlistan los elementos del tipo penal entre los que destacan tanto los de carácter objetivo como los de índole subjetiva, tanto los descriptivos como los normativos; los que son comunes a todo tipo penal y los que se requieren según exigencias del tipo en particular. Este nuevo contenido, que sin duda es de*

⁶⁶ *Ibidem.* pp. 63-64.

una gran importancia práctica, que orienta en forma amplia la actividad del órgano estatal y ofrece determinantes criterios de interpretación, aparte de propiciar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, redundará en beneficio de una mejor aplicación de la ley. Se precisa, igualmente el mecanismo a seguir por el Ministerio Público y la autoridad judicial, para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, así como los datos que debe tomar en cuenta; lo que, sin duda, supera definitivamente al tradicional e inadecuado criterio que se sigue hasta ahora para la comprobación de la probable responsabilidad, dada la falta de claridad de la ley.⁶⁷

El aludido dictamen se aprobó por la Cámara de Diputados de Diputados con la única modificación al texto propuesto para los artículos 122 y 168 en donde se decía: *"El Ministerio Público integrará los elementos del tipo penal"*, por la expresión *"El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal"*, con 345 votos a favor y 27 en contra el dictamen paso al Senado de la República para efectos constitucionales.

Posteriormente, el Senado aprobó la reforma en el mismo sentido que su colegisladora, con 44 votos a favor y 2 en contra, trasladándose al Ejecutivo Federal para efectos constitucionales, publicándose la reforma en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de enero de 1994, quedando el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales 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:

- 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.*

⁶⁷ Ibidem. p. 65

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

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de 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 acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.⁶⁸

Respecto a esta reforma procesal, el tratadista José Ovalle Favela, señala lo siguiente:

"La sustitución de un concepto procesal como el cuerpo del delito por el concepto de 'elementos del tipo penal' de origen netamente dogmático sustantivo, era innecesaria pues si lo que se deseaba era precisar cuales eran los elementos a los que se referían los artículos 168 y 122 de los Códigos de Procedimientos Penales, respectivamente, bastaba con adicionar dichos preceptos legales, sin tener que modificar la Constitución ni hacer la sustitución del concepto cuerpo del delito, la cual ha resultado confusa en la práctica".⁶⁹

La opinión del citado autor, no es del todo acertada, pues olvida que el concepto cuerpo del delito y el de elementos del tipo penal, no son sinónimos⁷⁰, sin embargo, a través del tiempo se ha intentado identificar uno con otro, además el tipo penal puede tener una estructura más o menos amplia que el cuerpo del delito de acuerdo al sistema que se siga, es decir, causalista, finalista, funcionalista, etc.⁷¹

⁶⁸ Cfr. Díaz Aranda, Enrique. Op. Cit. p. 165.

⁶⁹ Cit. Por. Luna Castro, José Nieves. Op. Cit. p. 97.

⁷⁰ Vid. Infra. 2.2.2.

⁷¹ Vid. Infra. 2.1.3.

De ahí, que el legislador de 1994 al reformar los artículos 168 y 122, se apegará a un nuevo sistema o estructura penal, conocida como finalismo, para dar mayor congruencia a los requisitos que debería tomar el Ministerio Público al ejercitar la acción penal.

En este aspecto, el doctrinario Enrique Díaz Aranda con relación a la adopción del finalismo, menciona lo siguiente:

"Para aclarar debidamente cuáles son los elementos que integran al tipo penal y cuáles la probable responsabilidad el legislador de 1994 reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales; el texto en dicho artículo refleja sin lugar a dudas la incorporación de la estructura del sistema final de la acción. Así, los elementos del tipo penal se conformaban con el tipo objetivo y el tipo subjetivo, en éste último se ubicó el dolo. Quedaban en la probable responsabilidad la antijuridicidad y la culpabilidad".⁷²

Efectivamente, como bien lo señala el citado autor a raíz de la reforma constitucional y procesal de 1993-94, se instauró, por primera vez, en México el finalismo, el cual al dolo y culpa como elementos del tipo penal, sobre todo, basado en la tipicidad legal donde se localizan en términos generales, al mismo tiempo aspectos objetivos, normativos y subjetivos del delito.⁷³

De esta forma, se substituyó en México, al causalismo que ubicaba al dolo y la culpa al nivel de culpabilidad, así de la aplicación de los nuevos textos constitucionales y procesales, se derivó una clasificación de los tipos penales en tres rubros: a) tipos de comisión dolosa; b) tipos de comisión culposa; y c) tipos de comisión omisiva. En este aspecto, el doctrinario, Saúl Lara Espinoza, menciona:

"... en el aspecto objetivo de los tipos penales de comisión dolosa, encontramos: los elementos descriptivos, normativos, el resultado, el nexo de causalidad, el sujeto

⁷² Op. Cit. p. 222.

⁷³ Vid. *Infra*. 2.1.4.

activo y el sujeto pasivo. Por lo que respecta al aspecto subjetivo de los tipos de comisión dolosa, se encuentran en él, el dolo y los elementos subjetivos específicos distintos del dolo, como son, el ánimo, la tendencia, el fin específico, etcétera.

Por su parte, en los tipos penales de comisión culposa, localizamos en el aspecto objetivo: la violación del deber de cuidado, la causalidad, el resultado y la relación de determinación. En el aspecto subjetivo de los tipos penales de comisión culposa, están la voluntad de la conducta en la forma seleccionada o elegida y la previsibilidad de la producción del resultado típico.

Dentro del elemento tipicidad legal del delito, también se presenta la forma de comisión omisiva, en cuyo aspecto objetivo, se localizan los elementos conocidos como omisión propia e impropia. En el aspecto subjetivo están el dolo y otros elementos subjetivos específicos distintos del dolo.⁷⁴

Ahora bien, con la reforma procesal de 1994 se podía esperar una mayor protección a los gobernados, pues el texto del artículo 168 establecía de forma clara los elementos que eran constantes en todos los tipos penales y cuales se debían considerar de acuerdo con cada tipo en particular, sirviendo esto como un modelo para que el Ministerio Público ejercitara de forma adecuada la acción penal.

En este sentido, el maestro Enrique Díaz Aranda, al hablar del principio de certeza jurídica de la reforma en estudio, expone:

"En efecto, con la reforma de 1994 se podía esperar una mayor certeza jurídica, pues tanto el Ministerio Público,, el Juez y el abogado sabían en donde debían ubicar, entre otros elementos, al dolo y, en consecuencia, dónde hacer las argumentaciones tanto dogmáticas como probatorias referentes a éste. Así, el Ministerio Público sabía en dónde debía ubicar en el Pliego de Consignación al dolo y lo mismo en sus conclusiones acusatorias dentro del proceso penal. Para el Juez también significaba la guía para determinar, tanto en el Auto de Formal Prisión como en la Sentencia, en

⁷⁴ Lara Espinoza, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. 2ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. p. 145.

dónde debía hacer referencia a las pruebas y argumentaciones referentes al dolo en que había sustentado su resolución. Asimismo, el abogado defensor sabía en dónde debía buscar todo lo referente al dolo y de la misma forma preparar sus contra argumentaciones y la defensa respectiva".⁷⁵

Sin embargo, la situación de aplicación de los nuevos textos procesales se complicó, sobre todo, por los pocos estudios y el desconocimiento en el país del sistema finalista, lo cual trajo como consecuencia la falta de comprensión de la reforma, además aunado a la poca capacitación de jueces y Ministerio Público, propició desacuerdos entre ambas instituciones, dando como resultado la negativa de los jueces para librar órdenes de aprehensión, por la supuesta falta de acreditación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

En este aspecto, el citado autor Enrique Díaz Aranda, menciona lo siguiente:

"... el problema radicó en la 'prueba' deficiente o insuficiente e, incluso, inexistente. Este problema pudo ser resuelto con un acuerdo entre el Ministerio Público y los jueces a través del cual se establecieran los criterios para considerar debidamente acreditados dichos elementos. Al efecto ya existían precedentes en la jurisprudencia que podían auxiliar en esa labor, me refiero a la diferencia entre pruebas probable y pruebas plenas. Las primeras sustentarian la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, mientras que las segundas serían necesarias para dictar una sentencia condenatoria".⁷⁶

Sin embargo, la confusión siguió en la aplicación práctica de la reforma de 1994, por lo cual el legislador de 1998-99, buscó desechar dicho avance legislativo en lugar de perfeccionarlo, alegando que debido a la confusión que tralan los textos constitucionales y procesales de 1993-94 se debe el incremento de la

⁷⁵ Op. Cit. p. 188.

⁷⁶ Ibidem. pp. 222-223.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

delincuencia y la impunidad y, por lo tanto, decidió retomar el antiguo concepto de cuerpo del delito, surgido antes de 1983-84 y plasmarlo en la Constitución.⁷⁷

Ahora bien, la problemática se derivó principalmente de una equivocada explicación del texto del artículo 16 Constitucional, pues se interpretó que la acreditación de todos o algunos de los elementos del tipo penal debía ser *plena*, lo cual sin duda, fue un grave error, sobre todo, porque ni la Constitución ni tampoco la legislación procesal penal hacían referencia a que la acreditación debiera ser plena.

Al mismo tiempo, otro aspecto que creo confusión fue el hecho de pensar que siempre debían acreditarse todos y cada uno de los elementos del tipo penal, independientemente de su grado de acreditación, olvidando que al establecer la Constitución los elementos del tipo, sólo se hacía en forma genérica, pues en la legislación procesal claramente se estableció cuáles elementos eran constantes en todo tipo y los que eran aplicables a cada tipo en particular.

Por último, es importante mencionar que en esta reforma se debió realizar un trabajo arduo de la doctrina y de la jurisprudencia que perfeccionaran el espíritu plasmado en la ley lo cual, sin duda, hubiera contribuido al avance de la procuración e impartición de justicia en México.

1.3.3. Al Código Penal para el distrito Federal

Como último punto de análisis del presente capítulo se expone la reforma que sufrió el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 9, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de enero de 1994, con el fin de dar congruencia a la reforma constitucional de 1993. Así los preceptos que interesan para el actual trabajo de investigación son los siguientes:

⁷⁷ *Infr.* 2.3.2.

Artículo 8. Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Artículo 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley y,

Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación al deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Respecto a esta clarificación de las conductas dolosas y culposas, el doctrinario Enrique Díaz Aranda, opina:

*"Por tanto, haber determinado claramente la conceptualización del dolo ha sido fundamental, porque es la única vía para sancionar adecuadamente una conducta como dolosa, culposa o, en el otro extremo, dejarla impune si no concurre el dolo y el título de imputación no acepta su comisión culposa. Si esto no lo tenemos claramente determinado o cuando menos no se conocen los criterios para ello, se puede cuestionar la certeza jurídica y la justicia misma, acarreado el descrédito del Derecho penal."*⁷⁸

Hasta aquí, concluye el desarrollo del primer capítulo con el que se considera ha quedado plasmado la influencia de diversas corrientes de pensamiento penal en la evolución legislativa del país, las cuales han contribuido a la interpretación y creación de leyes tan importantes como las que tuvieron lugar en los periodos comprendidos entre 1983-84 y 1993-94.

Por lo tanto, a continuación dentro del segundo capítulo del actual trabajo de investigación se expondrán las bases dogmáticas, jurisprudenciales, legislativas y legales relativas a las figuras de cuerpo del delito y probable responsabilidad, con el fin de analizar la reforma que dio origen a dichos conceptos y comprender cual es la problemática derivada de su aplicación.

⁷⁸ Op. Cit. 166.

CAPÍTULO 2

NATURALEZA DE LA REFORMA REFERENTE AL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

La reforma constitucional que sufrieron los artículos 16 y 19 constitucionales, se basa en retomar el vocablo cuerpo del delito y junto con su acreditación dictar una orden de aprehensión, o en su caso, un auto de formal prisión, además de que se deriva la probable responsabilidad por la comprobación de los elementos materiales que conforman al mismo.

Por lo tanto, el actual estudio en su segundo capítulo requiere de una exposición y análisis que conlleve aspectos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos, con el fin de tener fundamentos sólidos respecto a los diferentes puntos de vista sobre la problemática planteada en la reforma citada.

Como se recordará, tanto la doctrina, que por disposición legislativa puede convertirse en ley, la jurisprudencia y la ley son fuentes formales del Derecho⁷⁹ de ahí la importancia de destacar estos tres aspectos en el trabajo de investigación, para poder realizar una crítica (constructiva) a la reforma constitucional señalada, por supuesto, sin la intención de querer ocupar el lugar del legislador, pero sin dejar de mencionar las deficiencias y los aciertos de la misma.

2.1. Aspectos doctrinales

En el aspecto doctrinal se expondrá a grandes rasgos la evolución de las expresiones "Cuerpo del delito", "Probable responsabilidad", "Tipo penal" y elementos que lo integran (Teoría del delito); con el propósito de mostrar las diferentes interpretaciones de la doctrina respecto de dichos conceptos, así como la postura que ha mantenido dentro de las principales escuelas penales.

⁷⁹ Vid. García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 50ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1993, p. 51ss.

Dichos aspectos doctrinales conforman una base importante para el presente trabajo de investigación, pues sin su conocimiento y comprensión plena no se podría analizar debidamente la problemática jurídica de la reforma y sus posibles consecuencias.

2.1.1. La dogmática y el cuerpo del delito

El llamado "*Corpus delicti*" como raíz histórica del vocablo "*Tipo*", requiere una mención especial; así como lo refiere el tratadista José Nieves Luna Castro⁸⁰, el origen del corpus delicti o cuerpo del delito, se da a partir de su contenido en antiguas leyes, por ejemplo, la "*Ordenanza Criminal Prusiana de 1805*", el cual fue trasladado posteriormente a la lengua alemana bajo la denominación de "*tatbestand*" en el siglo XVIII.

El citado autor Luna Castro menciona que para el maestro Rafael Márquez Piñero, el *tatbestand* fue entonces el hecho del delito, el contenido real, en oposición al puro concepto (*Degriff*); además indica que para el maestro Jiménez Huerta, en su primera acepción entiende al cuerpo del delito como acción punible, como el hecho objetivo.⁸¹

En el mismo sentido, el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni menciona que hasta 1906 se usaba la voz *tatbestand* pero no con un contenido sistemático similar al que actualmente se le asigna en alemán "*Supuesto de hecho*", refiere que dicho vocablo proviene del latín medieval "*facti species*", cuyo significado es "*Figura del hecho*", agrega el autor que *tatbestand* es traducido del italiano como "*fattispecie*" y se difunde al castellano como "*tipo*".⁸²

⁸⁰ Cfr. Op. Cit. p. 6.

⁸¹ Idem.

⁸² Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal (Parte general). 2ª. Edición. 4ª. Reimpresión. México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. 1998. p. 399.

De lo anterior, se deduce que la evolución histórica del vocablo *tatbestand* y su origen, proviene de voces latinas que lo vinculan con la idea de cuerpo del delito (*corpus delicti*), figura material o especie de hecho, según puede observarse de las afirmaciones de los autores citados.

A través del tiempo, la doctrina ha realizado muchos y variados conceptos de "cuerpo del delito" de acuerdo con la ideología o escuela penal que ha influido a los doctrinarios; identificándolo algunas veces con los elementos materiales del hecho delictivo y otras veces como la totalidad de factores físicos y no físicos.

A continuación, sólo se citaran algunos de los muchos significados que han elaborado los tratadistas, con el fin de ejemplificar la diversidad de ideas con que se identifica dicho vocablo. Así para el doctrinario Bentham por cuerpo del delito se debe entender:

*"... estado de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente las cosas propiamente dichas, sino también las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir, a su estado físico, independientemente de las facultades intelectuales, como en el caso de marcas producidas por enfermedad o por violencia externa".*⁸³

Como puede observarse, la definición del citado autor se basa en el daño material causado a las cosas (incluidas las personas), con independencia de la facultad intelectual en la realización del ilícito lo cual es obviamente erróneo, como se tratará de demostrar más adelante en la investigación.

Asimismo, respecto a la definición de cuerpo del delito el tratadista Chiossone indica:

⁸³ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. Adato Green, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 8ª. Edición, México, Editorial Porrúa. 1999. p. 284.

"La ley no define lo que es el cuerpo del delito pero, si la base del procedimiento es un hecho real, producto de una acción u omisión previstos en la Ley como delito o falta, el cuerpo del delito no es otra cosa que el hecho mismo, o sea, el tipo-transgresión. Así, en el homicidio, el cuerpo del delito es la persona muerta por la acción u omisión voluntaria de alguien, o sea, el sujeto activo".⁸⁴

Dicho autor identifica al cuerpo del delito como la relación de hecho-objeto sobre el que recae el delito, es decir, habla de un hecho que se materializa en un daño causado por el sujeto activo; su error radica en confundir al cuerpo del delito algunas veces con la persona u objeto dañado y otras con el sujeto activo del delito.

El doctrinario Oderigo se concreta a decir que: *"Cuerpo del delito es el conjunto de los elementos físicos, de los elementos materiales, principales o accesorios, de que el delito se compone".⁸⁵*

Por su parte, el maestro julio Acero respecto al cuerpo del delito señala lo siguiente:

"... el cuerpo del delito es el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción o si se requiere insistir en identificarlos con ella aclararemos cuando menos que es el delito mismo pero considerado en su aspecto meramente material de hecho violatorio, de acto u omisión previsto por la ley; prescindiendo de los elementos morales (intención dolosa, descuido del agente o lo que sea) que hayan ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero sólo para constituir la responsabilidad, no el cuerpo del delito".⁸⁶

El citado maestro, se pronuncia en el mismo sentido que los anteriores autores, al decir que se deben dejar de lado los elementos morales y considerar al

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ibidem. pp. 235-236.

cuerpo del delito como el delito mismo, pero sólo en su aspecto material, para dicho autor: hecho violatorio y cuerpo del delito son sinónimos; dejando en segundo lugar los elementos subjetivos, por considerarlos constitutivos de la responsabilidad.

A su vez, el doctrinario González Bustamante acerca del cuerpo del delito, indica lo siguiente:

"El cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición. Esta idea es la más precisa y completa que hemos conocido y nos permite distinguir el cuerpo del delito, del delito mismo".⁸⁷

Contrario a lo afirmado por Julio Acero, el autor citado indica que no debe considerarse el cuerpo del delito como el delito mismo, conclusión que es acertada, sin embargo, coincide con los anteriores autores al remarcar la importancia de los elementos materiales, para acreditar el cuerpo del delito.

Asimismo, el tratadista González Blanco al hablar del cuerpo del delito señala:

"Por cuerpo del delito debe entenderse al resultado de los daños causados por el comportamiento corporal del inculpado, es decir, a los elementos materiales u objetivos que integran en cada caso al tipo descrito por la ley penal, con abstracción de aquellos que puedan catalogarse como subjetivos, como son el engaño y el lucro indebido en el fraude por ejemplo, por que éstos se refieren al problema de la culpabilidad".⁸⁸

Como puede observarse, el autor citado destaca la importancia de los daños causados por el comportamiento del inculpado (elementos materiales), lo cual, sin duda, es importante para fincar probable responsabilidad, o en su caso,

⁸⁷ Ibidem. p. 286.

⁸⁸ Idem.

responsabilidad plena; pero deja de lado los elementos subjetivos y los identifica únicamente con la culpabilidad al igual que el sistema clásico dentro del causalismo.

Ahora bien, dentro de la conceptualización hecha a través del tiempo del tiempo al cuerpo del delito, se encuentran autores que a lo consideran no sólo como una comprobación o materialización de elementos físicos, sino que pugnan por considerar las tres categorías de elementos típicos, es decir, objetivos, subjetivos e incluso los normativos. En este aspecto el maestro Hidalgo Riestra menciona:

"Se advierte que los elementos materiales del delito, según la definición consignada en la ley, no sólo conciernen a lo que es perceptible por medio de los sentidos sino además, a lo que es producto del intelecto, fácil resulta entender que el cuerpo del delito atañe tanto a los elementos físicos o materiales como a los subjetivos a que alude la norma penal".⁸⁹

El citado autor, es muy claro al afirmar que conforme a lo establecido en la norma jurídica se hablará de cuerpo del delito como un conjunto de elementos materiales y subjetivos, aunque deja de lado los normativos.

Por su parte, el doctrinario Marco Antonio Díaz de León da el siguiente concepto de cuerpo del delito: *"Conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos que integran el tipo penal".⁹⁰*

El mismo autor, menciona que es un error limitar el concepto de cuerpo del delito sólo al aspecto material (objetivo), a sus huellas materiales; porque bajo ese criterio no sería posible dar por probado el hecho delictivo, por ejemplo: cuando se

⁸⁹ Ibidem, p. 287.

⁹⁰ Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo 1. 3ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1997. p. 547.

sustrajere algún efecto que luego se consume, se diera muerte a una persona y se hiciera desaparecer su cadáver.

Además opina que la corriente moderna considera al cuerpo del delito como un criterio racional, como el conjunto de todos los aspectos o circunstancias que integran y exteriorizan el hecho delictuoso, como la reconstrucción de sus elementos materiales, o como la realidad externa de su realización; es decir, todos los episodios de su realización externa.⁹¹

Asimismo, el maestro Sergio García Ramírez, destacado defensor del concepto cuerpo del delito opina:

"La tendencia moderna de la doctrina mexicana se pronuncia, de plano, en el sentido de referir el cuerpo del delito a los elementos plenarios del tipo. Distinguiendo entre los de carácter objetivo, los subjetivos y los normativos, se afirma que el cuerpo del delito existe cuando se hayan debidamente integrados tales elementos, en los términos del tipo correspondiente".⁹²

A su vez, el tratadista Borja Osorno respecto al cuerpo del delito afirma lo siguiente:

"Al cuerpo del delito se le han dado tres acepciones diferentes. Algunos entienden que el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que comprende la definición legal. Los terceros opinan que el cuerpo del delito consiste exclusivamente en los elementos materiales".⁹³

El destacado profesor Manuel Rivera Silva, respecto al cuerpo del delito expone:

⁹¹ Cfr. Ibidem, p. 548.

⁹² Cit. Por. Idem.

⁹³ Idem.

"... el cuerpo del delito es el delito real: el acto que presentándose con su complicadísima maraña de elementos (intención, proceder, cambios en el mundo externo, etc.), una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito hecha por la ley... el delito real, el todo que venimos explicando, se informa con un contenido positivo en el cual hay dos partes: una que puede hospedarse en el casillero de algún delito legal (de alguna de las definiciones que contiene la ley al referirse a los delitos en particular) y otra que queda fuera de ese casillero. Así pues, el cuerpo del delito es el contenido del 'delito real' que cabe en los límites fijados por la definición de un delito legal".⁹⁴

En el sentido, de considerar al cuerpo del delito como la adecuación de determinada conducta o hecho a la descripción de la ley (tipicidad); el maestro Guillermo Colín Sánchez afirma:

"... existe cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta: a) A lo meramente objetivo; b) A lo meramente objetivo y normativo; c) A lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo; o bien c) A lo objetivo y subjetivo".⁹⁵

En el mismo sentido, el doctrinario Zavala afirma: *"En conclusión el cuerpo del delito está dado por la adecuación del acto a un tipo penal o si se quiere en forma más concreta, es el preciso y adecuado ensamblamiento de un acto en una figura de delito, en un tiempo y espacio determinados".⁹⁶*

Por su parte, el maestro Fernando Arilla Bas define al cuerpo del delito de la siguiente forma: *"El cuerpo del delito está constituido, a nuestro juicio, por la*

⁹⁴ Cfr. Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. 23ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. pp. 154-155.

⁹⁵ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 17ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1998. p. 379.

⁹⁶ Idem.

realización histórica, espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito.⁹⁷

Como puede observarse, los anteriores autores relacionan al cuerpo del delito con el tipo penal, por lo tanto, es importante mencionar que la tipicidad y el cuerpo del delito no son sinónimos, sin embargo, el cuerpo del delito juega un papel muy importante debido a que en un plano histórico de comprobación de hechos éste constituye la base de comprobación del tipo penal y, por consecuencia, de la tipicidad, es decir, de los elementos que conforman la descripción típica y del encuadramiento de una conducta al tipo penal.

Asimismo, en su momento se analizara porque el cuerpo del delito y el tipo penal no son sinónimos, a pesar de que entre ellos exista una relación muy estrecha, pues ambos se refieren a la realización de una conducta delictiva, descrita en la norma penal.⁹⁸

De los anteriores conceptos, se logra deducir que dichos autores califican al cuerpo del delito como una totalidad de elementos, es decir, subjetivos, objetivos y normativos que conforman a la figura delictiva plasmada en un tipo penal, además de incluir a la tipicidad como factor primordial en la comprobación del cuerpo del delito y otros factores como pueden ser la realización histórica, espacial y temporal, es decir las circunstancias específicas de cada caso.

En lo personal, es compartida la postura de considerar al cuerpo del delito como la totalidad de elementos previstos en la descripción típica, debido a que lo importante en una conducta ilícita es acreditar los elementos que conforman dicha descripción, por lo tanto, en algunos casos se requerirá de la acreditación de ciertos elementos y en otros de la totalidad de elementos, por lo que no es posible

⁹⁷ Arilla Bas, Fernando. El procedimiento penal en México. 4ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. p. 98.

⁹⁸ Vid. *Infra*. 2.2.2.

afirmar que un delito, descrito en una norma penal, se constituye sólo por elementos materiales.

2.1.2. Concepto de probable responsabilidad

La "Probable responsabilidad" junto con el "Cuerpo del delito", conforman instituciones fundamentales del Procedimiento Penal Mexicano, así desde la Averiguación Previa y durante el proceso, la finalidad del Ministerio Público al ejercitar la acción penal será acreditar ambos elementos.

Cabe aclarar que la probable responsabilidad existe hasta que se dicta la sentencia; por lo tanto, se requiere un enjuiciamiento previo para declarar plenamente la responsabilidad y establecer sus consecuencias.

Tradicionalmente se ha vinculado a la probable responsabilidad con las hipótesis de participación en la comisión de un delito, determinadas dentro de la norma penal sustantiva, tal es el caso del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual no define que debe entenderse por responsabilidad, o en su caso, probable responsabilidad; solamente menciona que personas son responsables de los delitos.

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.*
- II. Los que los realicen por sí;*
- III. Los que lo realicen conjuntamente;*
- IV. Los que lo lleven a cabo 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.*

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.

Ahora bien, cabe recordar que tanto en la teoría como en la práctica se alude a sinónimos entre presunta y probable responsabilidad, siendo muy frecuente el uso de la primera, así dicha concepción puede llegar a ser confusa y poco entendible, debido a que la ley e inclusive la jurisprudencia utilizan indistintamente ambas denominaciones.

En este sentido, el maestro Manuel Rivera Silva en análisis de los elementos para dictar un auto de formal prisión indica:

"... lo más común y corriente es que se hable de presunta, refiriéndose a tal expresión a la prueba presuncional o circunstancial, lo cual entraña un superlativo error, ya que la prueba presuncional conduce a la plenitud probatoria y no es tal situación la que constituye el elemento medular que estamos examinando. Lo técnico es eslabonar el elemento medular en estudio con la probabilidad o con la posibilidad, ya que tanto una como otra palabra no indican comprobación absoluta, sino simplemente se refieren a lo que puede o no ser o existir, a lo que se puede fundar en alguna razón, sin que ello se concluya la prueba plena del proceder".⁹³

Así para muchos estudiosos y aplicadores del derecho, hablar de presunta y probable responsabilidad sólo implica un cambio conceptual o terminológico lo cual es erróneo porque no son sinónimos, por lo tanto, al hablar de probable responsabilidad debe quedar clara que se indica la probabilidad o posibilidad de que una persona, o en su caso, varias personas sean responsables de un ilícito.

⁹³ Op. Cit. pp. 165-166.

Esto es, cuando se utiliza la expresión "Probable Responsabilidad", no se lleva a cabo la comprobación absoluta de un delito, o bien, de la responsabilidad plena de un sujeto, lo cual es materia del proceso y de la sentencia, es decir, la probable responsabilidad sólo da cabida a lo que puede ser fundado y probado conforme a derecho en la búsqueda de la verdad histórica.

Además debe tenerse en cuenta que la ley, sobre todo, en materia penal debe ser lo suficientemente clara para la mayoría de los gobernados y así evitar una violación de garantías individuales a través de concepciones terminológicas poco comprensibles.

Los argumentos anteriores, quedan debidamente sustentados a través de la siguiente jurisprudencia:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN LA RESPONSABILIDAD DEL IMPUTADO DEBE SER PROBABLE Y NO PRESUNTA.

El artículo 19 constitucional exige como requisito de fondo que los datos que arroje la averiguación previa sean suficientes para hacer probable la responsabilidad del inculcado, por lo que es indebido utilizar el vocablo "presunta" ya que esta expresión contradice abiertamente el texto fundamental, pues deviene en un problema de principios y no meramente terminológico, porque probable proviene del latín "probabilis" y significa aquello de que hay buenas razones para creer, lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente; esto es, lo probable es un posible que más fácilmente puede ser que no ser. Lo anterior tiene su apoyo en el comentario de Guillermo Borja Osorno en su obra titulada Derecho Procesal Penal, publicada por editorial José M. Cajica Jr., S.A., Puebla 1969 (página 244). En cambio, conforme al Diccionario Jurídico Mexicano publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México en el año de mil novecientos ochenta y cuatro, el término de presunción deviene del latín "preasuntio" y es la acción o efecto de presumir, sospechar (imaginar una cosa fundada en apariencias), conjeturar (sinónimo de augurar), juzgar por inducción ir de hechos particulares a una conclusión general, por lo que la expresión "presunta responsabilidad" contradice

abiertamente el principio de la presunción de inocencia o de inculpabilidad.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación. Parte: VII-Febrero. Página: 152. Amparo en Revisión 115/90. Agustín González Torres. 17 de Mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretaria: Irma Salgado López.*

Otro aspecto que cabe aclarar es el que se refiere a la "Responsabilidad penal", para poder hacer su distinción con la "Probable responsabilidad". En este sentido, el maestro Eugenio Cuello Calón manifiesta que responsabilidad es: "... el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable, de dar cuenta a la sociedad del hecho imputado".¹⁰⁰

En este aspecto, respecto a la responsabilidad en el Diccionario Jurídico Mexicano se indica:

"... la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder el individuo); sin embargo, no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir, quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado... presupone esta obligación, pero no se confunde con ella... señala quien debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación... es responsable de un hecho ilícito (delito) aquél individuo que debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan".¹⁰¹

Por su parte, respecto a la responsabilidad el maestro Fernando Arilla Bas señala:

"Diremos en términos generales, que responsabilidad es el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito. Sin embargo, parece que el artículo 19 constitucional, entiende por responsabilidad la intervención en la realización de una conducta, principal o accesoria de adecuación típica. Obviamente, la concurrencia de alguna de

¹⁰⁰ Cit. Por. Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. p. 164.

¹⁰¹ Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo IV (P-Z). 13ª. Edición. México, Editorial Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM). 1999. p. 2325.

las causas excluyentes enumeradas en el artículo 15 del propio ordenamiento, destruye la responsabilidad.¹⁰²

Asimismo, el catedrático Manuel Rivera silva afirma: *"En resumen, la probable responsabilidad existe cuando se presenten determinadas pruebas, por las cuales se pueda suponer la responsabilidad del sujeto"*.¹⁰³

A su vez, para el profesor Guillermo Colín Sánchez existe probable responsabilidad: *"... cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable"*.¹⁰⁴

A su vez el tratadista González Bustamante indica: *"La posible responsabilidad debe tenerse por comprobada cuando existan indicios o sospechas que nos hagan presumir, racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito que se le atribuye"*.¹⁰⁵

Por su parte, el doctrinario Franco Sodi, respecto a la probable responsabilidad asegura:

"...habrá indicios de responsabilidad y, por lo tanto, responsabilidad presunta cuando existen hechos o circunstancias accesorias al delito y que permiten suponer fundadamente que la persona de que se trata, ha tomado participación en el delito ya concibiéndolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie por acuerdo previo o posterior o ya induciendo a algunos a cometerlo".¹⁰⁶

De lo anterior, se desprende que al existir determinadas pruebas fundadas en un razonamiento lógico y jurídico de que una persona tomó parte en la

¹⁰² Op. Cit. p. 113.

¹⁰³ Op. Cit. p. 166.

¹⁰⁴ Op. Cit. p. 386.

¹⁰⁵ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. Adato Green, Victoria. Op. Cit. p. 316.

¹⁰⁶ Idem.

realización, ejecución o preparación de un delito se tendrá por acreditada la probable responsabilidad.

Sin embargo, no puede afirmarse que al integrarse el cuerpo del delito solamente por elementos objetivos, se desprenda necesariamente la probable responsabilidad, por el contrario, tampoco puede aseverarse que de las pruebas presentadas para acreditar el primero, no se derive la probable responsabilidad.

Es decir, dependiendo de cada caso se podrán acreditar los mismos o diferentes elementos, con las pruebas presentadas, analizando en forma lógica y racional que cada tipo penal, entendido como la descripción de la conducta ilícita, tiene características propias.

Cabe aclarar que cuando se habla de *"probable responsabilidad"*, muchas veces se equipara con la *"culpabilidad"* e incluso con la *"imputabilidad"*, por lo tanto, es importante hacer su distinción.

En este sentido, el maestro Fernando Castellanos Tena, respecto a la imputabilidad afirma: *"... podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal"*.¹⁰⁷

Lo anterior significa que un individuo debe tener un conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental al momento de cometer el acto típico penal, por lo tanto, a la imputabilidad se le ha catalogado como el presupuesto necesario de la culpabilidad y no como un elemento del delito, es decir, de esta imputabilidad y, consecuentemente, en la culpabilidad una conducta será delictiva, no sólo cuando sea típica y antijurídica, además debe ser culpable.

¹⁰⁷ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 40ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. p. 218.

Asimismo, el citado autor Castellanos Tena acerca de la culpabilidad afirma lo siguiente: *"... consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto"*.¹⁰⁸

Por su parte, el maestro hispano Jiménez de Asúa acerca de la culpabilidad explica lo siguiente: *"... es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica"*.¹⁰⁹

De lo anterior, se deduce que tanto el nexo causal intelectual y emocional, así como la reprochabilidad personal constituyen la culpabilidad, sin embargo, para hacer la distinción entre responsabilidad y culpabilidad, hay que entender que el concepto de responsabilidad se refiere a una situación jurídica en que se encuentra un sujeto por la integración de todos los elementos que integran al delito; si la conducta realizada por el sujeto es calificada de típica, antijurídica, culpable y punible se llega a la consecuencia necesaria de la existencia de un delito y, por lo tanto, de la responsabilidad.

Como puede observarse, la culpabilidad que tiene como fundamento a la imputabilidad, es parte de una unidad o delito, el cual al ser acreditado trae como consecuencia necesaria la aparición de la responsabilidad penal y del deber del individuo de soportar las consecuencias del delito.

Por su parte, el maestro Sergio Vela Treviño, respecto a la distinción entre culpabilidad y responsabilidad indica: *"Por tanto es esencial distinguir que la responsabilidad es consecuencia jurídica del delito, más no de la culpabilidad, o dicho en otra forma, la responsabilidad tiene como presupuesto al delito, del que la culpabilidad forma parte"*.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ibidem. p. 234.

¹⁰⁹ Cit. Por. Ibidem. p. 233.

¹¹⁰ Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. 2ª. Edición. 3ª. Reimpresión. México, Editorial Trillas. 1997. p. 4.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En conclusión, cuando se habla de probable responsabilidad que, por supuesto, no es sinónimo de presunta o plena culpabilidad, se indica aquella situación jurídica en la cual un individuo queda sujeto a la comprobación de su posible intervención en la preparación, concepción o ejecución de un delito, es decir, se tratará de probar que su conducta es típica, antijurídica, culpable y punible por cualquiera de los medios establecidos en la ley.

Asimismo, se ha establecido que la probable responsabilidad tiene como base principal de atribución el cuerpo del delito, pues sino está comprobado éste no existen bases sustentables para establecer la primera.

Por lo tanto, debe quedar claro que cuando la probable responsabilidad se hace derivar sólo de elementos objetivos descritos en el tipo penal, se ignora que en el mismo pueden encontrarse elementos subjetivos o normativos, por lo que existe la posibilidad de no respetar las garantías del individuo disminuyendo su seguridad jurídica.

2.1.3. El tipo penal en las diferentes escuelas penales

A continuación, se expone un aspecto que tanto en el ámbito histórico como doctrinal e incluso legislativo es de mucho interés, así en el presente trabajo de investigación, se explicará a grandes rasgos el origen de la expresión "*Tipo Penal*" y como la misma ha sido interpretada de diferentes formas de acuerdo a las teorías establecidas en las diferentes escuelas penales.

Entrando en materia se puede mencionar que dentro de la historia general del derecho penal, se encuentra la llamada "*Etapa humanista*" caracterizada por dejar de lado las prácticas inhumanas; el exponente más destacado en dicha etapa fue César Beccaria¹¹¹ quien en su obra "*Tratado de los Delitos y las Penas*"

¹¹¹ Vid. Beccaria, César, Tratado de los Delitos y de las Penas. 9ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999.

escribe acerca de la tortura, la pena de muerte, la proporcionalidad entre el delito y la pena, etc., las ideas de Beccaria se recogen en la Revolución Francesa de 1789 y se plasman en la Declaración de los Derechos del Hombre.

A consecuencia del periodo humanitario del derecho penal, surge la primera escuela penal conocida como "*Escuela Clásica*", en la cual el jurista italiano Francisco Carrara se destacó como su máximo expositor, entre sus obras sobresalen: "*Opuscoli di Diritto Penale*" y "*Programma del Corso de Diritto Criminale*", publicadas en 1874 y 1877.¹¹²

El maestro Carrara da su famosa definición del delito de la siguiente forma:

*"Delito es 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".*¹¹³

De lo anterior, se puede afirmar que para el maestro Carrara el delito se forma por dos elementos: 1) *Fuerza moral* y 2) *Fuerza física*.

En este aspecto, el jurista Octavio Alberto Orellana Wiarco indica:

*"La fuerza moral para Carrara consiste en la voluntad inteligente del hombre. Del concurso de la voluntad y de la inteligencia surge la intención... puede ser directa y surge así el dolo, o indirecta y aparece la culpa, según el privilegio de la previsibilidad que él maneja. La fuerza física, o elemento externo, nace del movimiento corporal o de su ausencia, que producen un resultado de daño que puede ser efectivo o potencial".*¹¹⁴

¹¹² Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 54.

¹¹³ Cit. Por. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*. 9ª. Edición. México, Editorial

Porrua. 2000. p. 4.

¹¹⁴ Ibidem. p. 5.

El maestro mexicano Fernando Castellanos Tena, respecto a las concepciones y tendencias comunes dentro de la "Escuela Clásica" menciona lo siguiente:

"1) Igualdad, el hombre nace libre e igual en derechos; 2) Libre albedrío, de elección entre el bien y el mal; 3) Entidad delito, el derecho penal debe señalar las conductas que son delictuosas con independencia del aspecto interno del hombre; 4) Responsabilidad moral, derivada del libre albedrío; 5) Pena proporcional al delito, se da por la retribución señalada en forma fija; 6) Método deductivo, teológico; aquél que surge de ciencias culturales".¹¹⁵

La segunda escuela penal surgida fue la "Escuela Positiva", así a partir de la segunda mitad del siglo XIX surgieron corrientes del pensamiento humano con un predominio materialista, destacando el positivismo y materialismo histórico; así el positivismo se da como consecuencia del desarrollo de las ciencias naturales y la negación absoluta de las ideas anteriores a las mismas.

En el derecho la "Escuela Positiva", surge como una negación de la "Escuela Clásica", donde la intención del positivismo fue cambiar su base represiva, es decir, que mientras para los clásicos lo más importante era una fundamentación objetiva del delito, los positivistas dieron relevancia a la personalidad del delincuente.

Los principales exponentes y fundadores de la Escuela Positiva son los pensadores italianos César Lombroso, Enrique Ferri, y Rafael Garófalo. De acuerdo con esta corriente el delincuente se ve influido por factores antropológicos, sociales y físicos; por lo tanto, el delito es un fenómeno natural y social producido por los anteriores factores.

¹¹⁵ Cfr. Op. Cit. pp. 57-58.

El delincuente debía ser sujetado a medidas de seguridad y no a las penas, debido a que la amenaza de la pena, según afirmaban los positivistas no lo haría obrar conforme a la ley; por lo tanto, el derecho penal debía tener una finalidad preventiva, es decir, tener un propósito de defensa social.

Obviamente el positivismo quedó en desuso por manejar conceptos como el estado peligroso, la negación del libre albedrío, el uso de la sanción proporcional con el estado peligroso; pero sobre todo por tener como fundamento ciencias naturales y no las jurídicas, además de pretender aplicarlas al Derecho Penal en su totalidad y no sólo como punto de apoyo a la ciencia jurídica.

De la unión, o mejor dicho, de la lucha entre la Escuela Clásica y Positiva se dio el nacimiento de una nueva corriente del pensamiento llamada "**Positismo Crítico**" o "**Terza Scuola**" (tercera escuela) con la finalidad de distinguirla de las dos anteriores, surgiendo así la tercera escuela penal también llamada "**Causalismo**".

El causalismo encuentra su base en las ideas de los autores italianos *Carnelero* y *Alimena* admitiendo parcialmente principios de ambas escuelas; así por ejemplo, niega el libre albedrío y concibe al delito como un fenómeno individual y social (Escuela Positiva), admite la distinción entre imputables e inimputables y acepta la responsabilidad moral (Escuela Clásica).

Ahora bien, a partir de la obra del jurista alemán *Franz Von Liszt*, quien en su "*Tratado de Derecho Penal*" analiza el delito basándose en la ley penal de forma sistemática, con lo cual surge la "*Dogmática penal*", estudió el "*Código Penal Alemán de 1871*" y la estructura del delito, empleando ideas tanto de la escuela clásica como de la positiva, analizando al derecho penal y al delito en forma sistemática con una base naturalística y causalista, es decir, se basa en el acto o acción humana por lo que su teoría va a recibir el nombre de "*Causalista*" destacando como su fundador y máximo exponente.

Por lo tanto, para el sistema causalista el primer elemento del delito es la acción, así en este sentido, el doctrinario Octavio Alberto Orellana Wiarco, en cita del autor alemán Liszt indica lo siguiente:

*"... la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material".*¹¹⁶

De lo anterior, puede afirmarse que para Liszt la voluntad tiene dos calidades: 1) Interna o contenido de la voluntad; 2) Externa o manifestación de la voluntad. La calidad o fase interna se refiere a la "culpabilidad", es decir, ahí se analizaba si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo. Por lo tanto, el causalismo divide el acto o acción en tres elementos:

- a) **Manifestación de la voluntad.** La cual se da a través del movimiento corporal humano de forma voluntaria, o bien, en su inactividad (omisión).
- b) **Resultado.** Se da un cambio en el mundo exterior causado por la manifestación de voluntad violando una norma jurídica prohibitiva, o bien, en la omisión no se realiza el movimiento corporal y la acción esperada lo cual debía producir un cambio en el mundo externo, violando una norma jurídica imperativa. Cabe aclarar que si se da la comisión por omisión se viola tanto la norma prohibitiva como la imperativa.
- c) **Nexo causal.** Surge cuando el acto, la acción o el hecho se ejecuta por el sujeto y produce el resultado previsto en la ley; dicho de otra forma, entre la acción y el sujeto se da una relación de causa a efecto.

Un segundo elemento que se incorporó al causalismo fue la "tipicidad"; así la "teoría del tipo" se adentró en el ámbito del derecho penal, sobre todo, dentro de la "teoría del delito" gracias a la obra del jurista alemán Ernest Beling, quien le dio al tipo (*tatbestand*) un significado distinto al contenido en las obras de Stübel (1805), Luden (1840), Geyer (1862), Kärcher y Schaper (1871).

¹¹⁶ Op. Cit. p. 10.

El tratadista José Nieves Luna Castro afirma que estos autores sostenían respecto al tipo penal lo siguiente: "... el tipo era, sólo entendido como figura del delito específica, que abarcaba la totalidad de sus caracteres externos e internos incluidos el dolo y la culpa e incluso la sanción respectiva".¹¹⁷

Así dentro de la "teoría del tipo", a su vez se dieron fases o etapas en su desarrollo dentro de la teoría causalista; en donde se estudio el alcance y contenido de la tipicidad y su vinculación con la antijuridicidad.

La primer etapa, conocida también como "Fase de la independencia", se debe gracias a la obra del jurista alemán Ernest Beling quien en su primer obra publicada en 1906 la cual se tituló "Die Lehre Vom Verbrechen", considera el concepto de tipo penal como: "... instrumento que entendido formalmente sirve para describir en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie de delito".¹¹⁸

Beling fue severamente criticado en Alemania, debido a que la sistemática utilizada por éste, pretendía hacer la división del delito en injusto objetivo y una culpabilidad subjetiva, es decir, la tipicidad y la antijuridicidad pertenecían a una categoría meramente descriptiva, material objetiva, sin admitir elementos subjetivos.

La segunda etapa, también llamada "Fase de carácter indiciario de la antijuridicidad" corresponde al penalista alemán Max Ernest Mayer, a quien se debe en parte que la obra de Beling no quedará en el olvido. Mayer en su obra "Tratado de derecho penal", publicada en 1915 considera que la tipicidad y la antijuridicidad deben estar separadas pero la primera es el fundamento de la segunda.

¹¹⁷ Op. Cit. p. 7.

¹¹⁸ Cít. Por. Ibidem. p. 40.

En este aspecto, el maestro hispano Jiménez de Asúa, respecto de la obra de Mayer afirma: "... la tipicidad representa el primer presupuesto de la pena y la antijuridicidad su segundo presupuesto... persiste también en la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero asigna a la primera un papel indiciario respecto de la segunda, considerándola como su fundamento de conocimiento".¹¹⁹

De lo anterior, se deduce que para el jurista Mayer la tipicidad cumplía una función meramente descriptiva y se le debía considerar como fundamento de la antijuridicidad, es decir, la tipicidad cumple con lo que los autores llaman "*Función indiciaria*", la cual va relacionada con los elementos normativos del injusto, así la tipicidad es la "*ratio cognoscendi*", es decir, el fundamento de conocimiento y valoración de lo antijurídico.

A Mayer se le conoce también como el descubridor de los "*Elementos normativos*", en este sentido, el tratadista Enrique Díaz Aranda indica que para el autor alemán junto con los elementos descriptivos del tipo, es decir, aquellos que son susceptibles a través de los sentidos, se encontraban otros elementos que hacían necesaria una valoración anterior a la antijuridicidad, es decir, se debían analizar en el tipo.¹²⁰

Por lo tanto, para el jurista alemán los elementos normativos tienen una doble posición, al encontrarse tanto en el tipo como en la antijuridicidad, así dentro de esta concepción el tipo no se conforma solamente por elementos descriptivos, sino también de normativos, lo cual da una nueva perspectiva al estudio y evolución del concepto tipo y del estudio del delito.

Por otra parte, la tercera etapa del tipo llamada "*Fase de la ratio essendi de la antijuridicidad*", se encuentra en la obra del jurista alemán Edmund Mezger

¹¹⁹ Ibidem. p. 13.

¹²⁰ Cfr. Op. Cit. p. 24.

quien en 1931 en su obra *"Tratado de Derecho Penal"* se refiere a la tipicidad como la *"ratio essendi"* de la antijuridicidad.

En este aspecto, el propio autor alemán Mezger, acerca de su concepción argumenta lo siguiente:

*"El delito es acción antijurídica, pero, al propio tiempo, típicamente antijurídica; la decisión de si determinada conducta incide en el campo del derecho penal resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal en el Estado, no es bastante cualquier acción antijurídica, sino que es precisa una antijuridicidad especial, tipificada, típica. No toda acción antijurídica es punible, pues para que esto suceda es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial".*¹²¹

Como puede observarse, bajo este criterio el jurista Mezger indica que la tipicidad es más que sólo un indicio de la antijuridicidad (ratio cognoscendi), según lo sostenido por Mayer; además menciona que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad (ratio essendi), es decir, el legislador crea figuras penales (tipo penal) en las cuales describe comportamientos o conductas antijurídicas que están en oposición a los valores que el Estado tiene la obligación de proteger, imponiendo su pena correspondiente.

En este sentido, respecto al criterio sostenido por Mezger, el maestro Jiménez de Asúa califica dicha concepción como *"... inadmisibles porque dota a la tipicidad de una función desmesurada"*.¹²²

Asimismo, el tratadista Octavio Alberto Orellana Wiarco indica: *"Se critica a Mezger que su teoría le otorga a la tipicidad una función desmesurada, y que crea una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general"*.¹²³

¹²¹ Cit. Por, Luna Castro, José Nieves. Op. Cit. p. 14.

¹²² Ibidem, p. 15.

¹²³ Op. Cit. p. 18.

De opinión contraria, el maestro Fernando Castellanos Teña se declara partidario de la postura de Mezger señalando lo siguiente:

"... hemos llegado a la conclusión de que asiste razón a Mezger, al observar cómo toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de una justificante) por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria. Sólo resta hacer hincapié en que al tiempo de advertir la existencia de una justificante, no significa anulación de la antijuridicidad, pues está no existió jamás; la conducta, desde su nacimiento estuvo acorde a Derecho".¹²⁴

Por su parte, la cuarta etapa del tipo conocida como "Fase defensiva" se refiere a la segunda concepción de Beling de la tipicidad, quien debido a la crítica que recibió tuvo que elaborar nuevamente su concepto de tipo y para 1930 en su monografía "Die Lehre Vom tatbestand" considera al tipo como imagen rectora, cuadro especie o dominante y lo denomina "tipo regens".

En este aspecto, el maestro Jiménez Huerta, respecto a la segunda concepción del tipo hecha por Beling y sobre la separación entre tipo y especie delictiva opina:

"El tipo, no es ya para Beling el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens que norma y preside cada especie delictiva.

La adecuación de la conducta al tipo (idea inserta en la noción de tipicidad) ha de ser adecuación no a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora, o cuadro dominante de cada una de ellas.

Con su nueva concepción del tipo, como imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva, Beling pretendía solucionar algunos problemas que, en su primera formulación de la doctrina, quedaban sin resolver, tales como el de la tentativa y el de la complicidad, habida cuenta de que la conducta intentada y de los participantes no eran subsumibles en el concepto descriptivo del tipo.

¹²⁴ Op. Cit. pp. 169-170.

Efectivamente, con esta nueva concepción, el problema encuentra su solución, ya que la acción intentada y de los participantes entran dentro de la imagen rectora o cuadro dominante, que rige cada especie delictiva.¹²⁵

En resumen, el tipo en esta nueva concepción ya no es sólo objetivo y abstracto descrito sólo por elementos materiales, ahora se considera como una pluralidad de hipótesis que encuadran en la misma especie del delito; además se incluye la tentativa y la participación la cual se determina por una acción que esta dentro del cuadro dominante o imagen rectora, lo anterior pone de manifiesto una concepción más clara de un tipo penal conformado no solamente por elementos objetivos.

La quinta fase en la evolución de la teoría del tipo se denomina "Fase destructiva", la cual aparece bajo la postura del nacional-socialismo alemán o nazismo hitleriano, el delito parte de la voluntad del agente y no de la acción; así se reprocha la peligrosidad del agente y no el daño causado, sobre todo el orden jurídico parte de la llamada "moral del pueblo", donde el papel del juez consistía en interpretar ese orden moral del pueblo y la misión de la pena, entonces, sería sancionar la voluntad y no las acciones.

Queda claro que en esta etapa histórica, el principio jurídico de "*nullum crimen nulla poena sine lege*" desaparece del derecho nazista, debido a que no existe diferencia entre acto típico jurídico y acto culpable, esto porque la interpretación de las normas se da obligatoriamente por el orden moral del pueblo, el cual, como es sabido, se caracterizó por su racismo, cayendo en excesos destruyendo al Derecho Penal Liberal Democrático y convirtiéndose en un Estado autoritario.

¹²⁵ Cít. Por. Luna Castro, José Nieves. Op. Cit. p. 8.

En este sentido, el maestro hispano Jiménez de Asúa afirma:

*"... tanto en Alemania de Hitler como en la URSS (régimen socialista) al fomentar derechos autoritarios, se destruyeron los principios del liberalismo penal. Todo lo que suponía limitación de las facultades del Estado, y la tipicidad objetiva evidentemente las limitaba, dado que supone una posible debilidad de aquél ante un eventual ataque a su orden jurídico-político; de ahí que, conforme a ese criterio se pueden sancionar las intenciones, los propósitos de los hombres aun antes de tener una manifestación externa".*¹²⁶

Ahora bien, retomando la evolución del "Sistema causalista", dentro del mismo se da el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, debido a las aportaciones de Fischer y Hegler, quienes afirmaban que en muchos supuestos de hecho se debe atender a la dirección que el autor da a su acción para determinar cual es el tipo en el que se puede subsimir la conducta o, por el contrario, si es atípica.¹²⁷

Por ende, con la existencia de los elementos subjetivos, normativos y objetivos se dio una clasificación de tipos en *normales* y *anormales*, siendo los primeros aquellos que contenían sólo elementos objetivos y; los segundos los que además de contener elementos objetivos, consignaban elementos subjetivos o normativos, o bien, ambos pero sólo de forma excepcional.

Lo anterior se traduce en dos concepciones dentro de la evolución del tipo la llamada "objetiva" y la "compleja". La concepción objetiva corresponde a la primera concepción de Beling en 1906, acerca del tipo, dividiendo al delito en injusto objetivo y culpabilidad subjetiva, a este autor se debe la denominación "injusto", dando lugar a la tipicidad y antijuridicidad, ubicadas hasta entonces en la parte objetiva de dicho esquema en injusto material y donde en la culpabilidad se encuentran los elementos anímicos del autor.

¹²⁶ Ibidem. pp. 17-18.

¹²⁷ Vid. Díaz Aranda, Enrique. Op. Cit. pp. 25-28.

A su vez, el tipo complejo se comenzó a perfeccionar cuando algunos autores pugnarón por la ubicación del dolo al nivel de tipo entre los que destacan *Alexander Zu Dohna, Hellmuth Von Weber, Wolf, Lange y Mayer*.

El maestro Zaffaroni señala que Weber seguía concibiendo una división bipartita aun cuando consideró al dolo en el tipo de injusto y una culpabilidad normativa, sin embargo, Zu Dohna estima una división tripartita admitiendo un tipo objetivo (dentro de la antijuridicidad) y un tipo subjetivo (culpabilidad).¹²⁸

Así con las aportaciones de *Hans Welzel*, se perfecciona el tipo complejo (objetivo y subjetivo) considerando como elementos del delito la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, por lo tanto, el dolo y la culpa (aspectos subjetivos) considerados por el causalismo como formas de culpabilidad, se ubican ahora dentro del tipo, como característica principal del *"finalismo"*.

Cabe aclarar que el *"Causalismo"*, en cualquiera de sus etapas conocidas como clásica y neoclásica, reconoció la existencia de elementos subjetivos y normativos distintos al dolo en forma excepcional, es decir, dolo y culpa son especies de culpabilidad, a pesar de que en el periodo clásico del causalismo, se afirmará un concepto *"Psicologista de culpabilidad"*, es decir, la vinculación psicológica entre el autor y su hecho, mientras que en el periodo neoclásico se aceptó un concepto normativo llamado *"Juicio de reproche"*.

En este sentido, el doctrinario Enrique Díaz Aranda, respecto al causalismo afirma lo siguiente:

"... dentro del sistema clásico del delito tanto el tipo del delito doloso como el tipo del delito culposo son iguales, pues a ese nivel sólo se analizan la acción, la causalidad y el resultado. Es en la culpabilidad, entonces, donde se

¹²⁸ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit. pp. 399-400.

*analizaba si se trataba, utilizando la terminología de la época, de un delito intencional o de uno imprudente.*¹²⁹

En conclusión, el causalismo no acepta la ubicación del dolo y la culpa dentro del tipo, por lo tanto, el contenido de la voluntad queda fuera de la manifestación externa, es decir, la finalidad sólo trasciende para comprobar el dolo como parte de la culpabilidad.

La cuarta escuela penal es conocida como "*Finalismo*", en la cual el jurista alemán *Hans Welzel* es el iniciador de la teoría final de la acción o finalismo, quien fue inspirado en la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana llamada "*filosofía de los valores*" y la "*Psicología del pensamiento*" de *Richard Höningwald*.

El doctrinario alemán *Welzel* se basa en sostener que la función ético-social del derecho penal es lo más importante, así menciona que: "*La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia de carácter ético-social, y sólo por inducción la protección de los bienes jurídicos particulares.*"¹³⁰

De esta forma, *Welzel* se apoya en el conocimiento de los valores y su acatamiento legal por parte de los ciudadanos para mantener los bienes jurídicos, acepta que si bien el delito parte de una acción y que si ésta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad cuya concepción del fin es distinta a la concepción causalista la cual deja de lado la voluntad.

Ahora bien, con los precedentes establecidos en la escuela *causalista* acerca de una subjetividad del injusto y una culpabilidad normativa, los finalistas plantean un "*Tipo penal*" con un mayor contenido *subjetivo*, así el tipo es la base del *nullum crimen sine lege*, por ende, para lograr dicho fin *Welzel* parte de una

¹²⁹ Op. Cit. p. 9.

¹³⁰ Cit. Por. Orrellana Wiarco, Octavio Alberto. Op. Cit. p. 32.

estructura lógico-objetiva, es decir, se basa en una realidad objetiva que critica las concepciones iusnaturalísticas.

Por lo tanto, el legislador dentro de la estructura finalista, no sólo está vinculado en la creación de normas a las leyes de naturaleza física, es decir, toma parte de esa realidad (elementos ontológicos) y describe hechos en tipos otorgándoles su sanción respectiva. Así los delitos se forman primero de una acción de la cual el propio Welzel señala:

"La acción humana es el ejercicio de actividad final... 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 conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, a la consecuencia de sus fines".¹³¹

De lo anterior, se deduce que la acción se da como la dirección del curso causal de la voluntad humana que, a su vez, conlleva una parte normativa, es decir, se da un juicio objetivo-valorativo de la conducta o hecho y, por lo tanto, el legislador no puede modificar o ignorar la estructura finalista, además del papel que dentro de la misma desempeña la voluntad.

En este orden de ideas, la acción final para Welzel se conformaba de dos fases: la primera, es "subjetiva", en la cual se da la proposición de un fin, la selección de los medios para conseguirlo y la consideración de los posibles efectos simultáneos; la segunda fase, es "objetiva", la cual se manifiesta dentro del mundo real por la realización de medios preparatorios (tentativa) y, en su caso, la producción del resultado (consumación).¹³²

¹³¹ Cfr. Por, Díaz-Aranda, Enrique. Op. Cit. p. 45.

¹³² Cfr. Idem.

Asimismo, es importante hacer la diferencia entre conducta voluntaria del causalismo (etapas clásica y neoclásica) y la finalidad, conforme a la teoría final de la acción, de lo cual el propio Welzel indica:

*"... la finalidad no debe ser confundida, por tanto, con la mera voluntariedad. La voluntariedad significa que un movimiento corporal y sus posibles consecuencias puedan ser reconducidas a algún acto voluntario, siendo indiferente que consecuencias quería producir el autor... a la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas".*¹³³

En resumen, Welzel consideraba finales sólo aquellas consecuencias previstas por el autor, así lo no previsto no podía quedar dentro de la voluntad de realización del sujeto activo y, por lo tanto, de su producción, es decir, no se consideraba como resultado de una conducta o acción final.

De lo anterior, el autor alemán señala: *"... la acción llega hasta donde alcanza la capacidad concreta de la voluntad para regular con pleno sentido su devenir causal".*¹³⁴

Por lo tanto, dentro del finalismo la concepción del tipo ya no se da por la integración de elementos *objetivo-descriptivos* y, excepcionalmente, de elementos *subjetivos* distintos al dolo como lo sostuvo el sistema causalista; ahora se afirma que en todos los tipos penales existe también un tipo subjetivo que se forma por el *dolo*, o en su caso, por la *culpa*.

Esto es, el tipo se conforma tanto de un tipo objetivo, como de un tipo subjetivo, por ende, la división que hace la teoría final de la acción (finalismo), es de suma importancia, ya que incluso en la actualidad, esta división sigue prevaleciendo en muchos regímenes jurídicos.

¹³³ Ibidem. p. 49.

¹³⁴ Idem.

A su vez, el finalismo concibió al tipo objetivo respetando en gran medida los postulados del causalismo, sin agregarle mayores cambios, por ende, dentro del tipo objetivo se encuentran los siguientes elementos:

- a) **Elementos subjetivos del acto.** *Los cuales se integran por la acción de ejecución y la correspondiente lesión del bien jurídico que corresponda al tipo; por ejemplo: Lesión corporal a una persona, así como los demás medios y formas de ejecución, además de las restantes modalidades de acción como tiempo y lugar.*
- b) **Elementos subjetivos del autor.** *Entendidos como las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor, es decir, aquellos que son el ánimo de su acto, por ejemplo: La intención de apropiación en el delito de robo, la crueldad, etc.*¹³⁵

El tipo subjetivo del injusto para los finalistas llevó una reubicación sistemática del dolo y la culpa, en donde el dolo se entiende como el momento del dominio final sobre el acto. Así gracias a Hans Welzel se debe la ubicación del dolo en el tipo, aunque como ya se había dicho esto fue propuesto por otros tratadistas, entre los que se puede mencionar a Hellmuth Von Weber, Wolf, Lange y Mayer.

En este aspecto, el tratadista Enrique Díaz Aranda en cita de dichos autores señala lo siguiente:

"Para Weber el dolo debía ser incluido en la acción típica.

Para Wolf el concepto de acción debe recibir su significado de los tipos de autoría; el dolo y la culpa, como formas psíquicas del acto de resolución, son relevantes... para el concepto de acción, no para el de culpabilidad.

Mientras que Lange sostuvo: ... una teoría del delito que concibiera al tipo de injusto como la simple realización de un resultado antijurídico, debería forzosamente fracasar en la participación, particularmente en los delitos de intención. La personal relación entre acto y autor, que

¹³⁵ Cfr. Ibidem. p. 50.

permite mostrar el acto como obra del autor, se funda sobre una voluntad llena de sentido, esto es, sobre el querer realizar el acto como propio; este querer constituye un elemento subjetivo del injusto.

Para Mayer el concepto de acción es desde un principio de naturaleza final; ello da lugar a que exista una diferencia estructural entre el tipo de los delitos dolosos y de los culposos.¹³⁶

A su vez, el jurista alemán Welzel define al dolo de la siguiente forma:

"Dolo, como concepto jurídico, es aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto... toda acción consciente es conducida por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere (el momento intelectual) y por la decisión al respecto de querer realizarlo (el 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 al dolo".¹³⁷

En resumen, el dolo dentro de la concepción finalista se forma de un conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes, de la previsión del resultado y de la previsión del curso de la acción, es decir, en el dolo se encuentran aquellos resultados derivados de la voluntad final de la acción, ya que esta última voluntad de realización comprenderá, tanto el resultado hacia el que se dirigió la acción final, como los resultados subsecuentes. Cabe aclarar, que en la concepción finalista, el dolo no tiene como componente a la antijuridicidad, es decir, el dolo se da como conciencia del hecho y no como el previo conocimiento del tipo.

Por su parte, el tratadista Reinhart Maurach, considerado como el máximo seguidor de Welzel, acerca del dolo indica:

¹³⁶ Ibidem. pp. 36-37.

¹³⁷ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. Adato Green, Victoria. Op. Cit. p. 327.

"El dolo como elemento del tipo corresponde con la voluntad de acción, en los delitos dolosos. La voluntad es un hecho o realidad natural y el dolo, por lo tanto, es natural. El dolo de acuerdo con el finalismo comprende y se limita al tipo objetivo del delito en cuestión. Luego resulta indispensable pero a la vez suficiente que el autor conozca las circunstancias objetivas de la descripción típica, pero no se necesita la conciencia de la antijuridicidad del hecho. El dolo no es dolus malus, sino dolus naturalis, o dolo neutro".¹³⁸

Asimismo, otro elemento que fue reubicado en la concepción finalista es la "Culpa", en este aspecto, el tratadista José Cerezo Mir, respecto a los delitos culposos señala: *"... la teoría finalista asume la postura de que en ellos se compara precisamente la dirección finalista de la acción realizada con la dirección finalista exigida por el derecho".¹³⁹*

Por ende, inicialmente Welzel hace la diferencia entre finalidad actual, propia de las acciones dolosas, de la finalidad potencial como característica de las acciones culposas, es decir, en la acción dolosa el autor dirige su acción, en dirección hacia una meta representada y querida, mientras que en la conducta culposa el resultado causado, es una consecuencia no querida donde el hecho era evitable por la posible actividad finalista del autor.

La finalidad potencial (evitable por actuación final), en los delitos culposos, es criticable, porque si dentro del finalismo la acción penal sólo puede ser la acción dirigida a la producción de un resultado típico, entonces, parece poco explicable porque se debe considerar finales las conductas culposas, en las cuales el sujeto activo no tiene la finalidad de provocar dicho resultado típico e incluso puede estar en contra de producirlo, es decir, la acción culposa no es final debido a que se da una ausencia de finalidad delictiva.

¹³⁸ Cit. Por. Luna Castro, José Nieves. Op. Cit. p. 46.

¹³⁹ Ibidem. p. 49.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así Welzel debido a las críticas recibidas plantea nuevamente sus postulados y habla de una *"posible acción finalista"*, sosteniendo: *"... el elemento esencial de lo injusto de los delitos culposos no consiste en el resultado causado, sino en la forma de ejecución de la acción emprendida; lo importante es si en ésta se ha observado, o no, el cuidado necesario..."*¹⁴⁰

En el nuevo planteamiento de Welzel, ahora lo importante es la posible acción finalista y no la acción entendida como finalidad real o potencial, de la cual el doctrinario Enrique Díaz Aranda opina: *"... ello ha supuesto la elaboración de un juicio valorativo y ese juicio no es un juicio moral, sino un juicio jurídico, que nos lleva a reprochar una conducta que se ha realizado contrariamente a lo establecido por el orden jurídico ¿Acaso no es esto culpabilidad?"*¹⁴¹

Efectivamente, este es el punto donde más se atacó los postulados de Welzel, debido a que del análisis de los delitos culposos y dentro de estos de la culpa inconsciente, en donde la previsión de los resultados por el autor, no es aplicable al concepto de acción final, lo cual trae críticas al sistema finalista por no resolver la problemática de los delitos culposos, además de recibir críticas en la delimitación de dolo eventual y culpa inconsciente.

Por lo tanto, la diferencia fundamental entre *"Causalismo"* y *"Finalismo"*, parte de la teoría sostenida por Hans Welzel en la década de los treinta en donde los tipos penales tienen una estructura de elementos objetivos y subjetivos, dentro de estos últimos el primero será el dolo (delitos dolosos) y culpa (delitos culposos), o, en su caso, los elementos subjetivos del injusto.

En conclusión, ahora el dolo y la culpa se estudian al nivel de tipo y no en la culpabilidad (causalismo), es decir, en el tipo se encuentre un elemento subjetivo permanente ya sea dolo o culpa, aunque esta última como se ha mencionado

¹⁴⁰ Cit. Por. Díaz Aranda, Enrique. Op. Cit. p. 66.

¹⁴¹ Idem.

recibió múltiples críticas, sin embargo, se dio la formación de un tipo mixto, es decir, objetivo-subjetivo.

Conocido en la actualidad como el más reciente sistema en el campo del derecho, particularmente en el Derecho Penal y en la Teoría del Delito, se encuentra la quinta escuela penal conocida como "**Funcionalismo**", la cual es definida por el tratadista Octavio Alberto Orellana Wiarco de la siguiente forma:

"Por funcionalismo se entiende el conjunto de hechos fisiológicos o de otra índole que se producen en un organismo, un aparato o sistema. En el campo social se refiere al estudio de las funciones dentro del sistema social concebido como una totalidad integrada, que desempeñan los individuos, grupos o instituciones".¹⁴²

Debido a las críticas insalvables realizadas al sistema final de la acción, sobre todo, en los aspectos referentes a la culpa inconsciente, omisión, dolo eventual, se dio como resultado la búsqueda, de nuevos proyectos sistemáticos del delito como el neoclásico-finalista de Gallas, Jescheck y Wessels; el modelo de Günter Jakobs y el racional-final, también llamado teleológico o funcional de Claus Roxin.

En México se puede resaltar la concepción llamada "**Lógico-matemática**" surgida en 1966, gracias a los destacados penalistas Olga Islas y Elpidio Ramírez¹⁴³, respecto de esta concepción el maestro Rafael Márquez Piñero señala: *"... es una aportación netamente genuina de la ciencia jurídico-penal mexicana de innegable seriedad y originalidad, se encuentra todavía en fase de perfeccionamiento y construcción".¹⁴⁴*

¹⁴² Op. Cit. p. 165.

¹⁴³ Vid. Luna Castro, José Nieves, Op. Cit. pp. 52-57.

¹⁴⁴ Cit. Por. Ibidem. p. 57.

Ahora bien, en México sigue la imperando la lucha entre los sistemas causalista y finalista, siendo un problema no sólo dogmático, práctico e incluso legislativo, sin embargo, se empieza a mostrar la tendencia hacia al sistema funcionalista. Tal es el caso del Código Penal de Coahuila, declarando en su exposición de motivos que una de sus principales innovaciones es la nueva estructura del delito bajo una tendencia finalista y funcionalista, sobre todo, resalta su orientación en la política criminal basada en la doctrina de Claus Roxin.¹⁴⁵

En términos generales, los nuevos proyectos tienen un punto en común de rechazo o, mejor dicho, de perfeccionamiento de la teoría final de la acción, manteniendo la ubicación del dolo y la culpa en el tipo, pero con un fundamento diferente, además de resaltar la importancia de la pena con un fin resocializador.

Así el sistema que actualmente cuenta con un gran número de partidarios, es el expuesto por el penalista alemán Claus Roxin, quien en un principio fue defensor de la escuela finalista, sin embargo, a partir de la década de los sesenta del siglo XX, propone un sistema de Derecho Penal estructurado sobre las bases de la *"Política Criminal"* y de la moderna *"Teoría de los fines de la pena"*.

La nueva propuesta de sistema surgió al considerar que, si bien, la *"Teoría final de la acción"* expuesta por Hans Welzel superaba la postura de la escuela *"Causalista"*, tampoco era totalmente satisfactoria, sobre todo, porque no resolvía la función que debía desempeñar la Política Criminal en el campo del derecho penal, especialmente, en la *"Teoría del Delito"*.

Según afirma el doctrinario Enrique Díaz Aranda, las dos principales innovaciones del funcionalismo son la *"Teoría de la imputación al tipo objetivo"* y la *"Ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad"*, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imposición de la pena.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Vid. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Op. Cit. pp. 195-198.

¹⁴⁶ Cfr. Op. Cit. p. 80.

Ahora bien, para iniciar la exposición acerca de los puntos sobresalientes del funcionalismo, cabe señalar que dicho sistema, como es obvio, rechaza la concepción de acción final debido a que como indica el propio jurista alemán Roxin: *"... la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal"*.¹⁴⁷

Lo anterior significa que la acción final entendida como el control de cursos causales que van dirigidos a un determinado objetivo, no es suficiente para sustentar la culpa ni la omisión, en consecuencia se pasa a un concepto personal de acción el cual Roxin define como:

"... la identidad del aspecto voluntario; un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea, como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un hacer o dejar de hacer y con ello de una manifestación de la personalidad".¹⁴⁸

En efecto, se considera como acción penalmente relevante aquella que constituye una manifestación de la personalidad del individuo, pero con relación a su medio circundante, es decir, la acción relevante será todo aquello que se le pueda atribuir al sujeto como centro anímico-espiritual, debido a que, hay una manifestación de voluntad materializada, que incumple la expectativa social.

Por lo tanto, el concepto personal de acción o conducta excluye del campo del derecho penal conductas de animales, personas morales, los meros pensamientos actitudes internas; de igual forma, quedan excluidas la *"Vis absoluta"* y *"Vis compulsiva"*, entendidas como supuestos en donde el cuerpo humano funciona sólo como una masa mecánica que no puede hacer nada ante dichas circunstancias.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 81.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 82.

En la actualidad, aún se discute si quedan excluidos también de dicho concepto de acción los movimientos reflejos, automatismos y embriaguez, impulsos afectivos de alta intensidad, etc., debido a que se mantiene la polémica acerca de si pueden o no ser dominados por la voluntad. Así acerca de la acción, el autor alemán Roxin indica:

*"Según la opinión más extendida, acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que son sencillamente indomables por la voluntad humana".*¹⁴⁹

De lo expuesto, se deduce que el tipo penal en la teoría funcionalista tiene características particulares donde el tipo tiene una función hacia la captación intelectual o de raciocinio del individuo para que de acuerdo con la norma penal, lleve su conducta hacia la falta de realización de la conducta prohibida (delitos de acción), o bien, hacia la salvaguarda de un bien jurídico en peligro (delitos de omisión); además de que el tipo penal impone una pena a quien realiza la conducta descrita en el mismo, con lo que se da un Derecho Penal Preventivo General. Asimismo, el maestro alemán Roxin afirma:

*"Por ello se puede sostener que el tipo penal no está dirigido a simples procesos causales naturales sino a un individuo que lo asimila a través de su raciocinio, proceso cuya finalidad político-criminal es la de evitar los riesgos socio-políticamente intolerables para el particular y la sociedad".*¹⁵⁰

En el funcionalismo, la teoría de la imputación objetiva toma en cuenta que el resultado causado por la acción humana sólo es imputable objetivamente a una

¹⁴⁹ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. Adato Green, Victoria. Op. Cit. p. 321.

¹⁵⁰ Cit. Por Díaz Aranda, Enrique. Op. Cit. p. 83.

persona cuando ésta haya creado un riesgo desaprobado por la norma que, a su vez, produzca un resultado típico.

Por lo tanto, el funcionalismo ha desarrollado un conjunto de principios y reglas que van dirigidos hacia la valoración jurídico penal de la conducta; además de establecer criterios para comprobar si el resultado descrito por el tipo penal, puede imputarse a la conducta del sujeto activo, es decir, el funcionalismo a diferencia de los sistemas anteriores tiene un nexo de imputación y no de causalidad.

Como se mencionó, el sistema funcionalista se basa principalmente, para explicar la teoría del delito en la *"Teoría de la imputación objetiva"*, de la cual el maestro alemán Claus Roxin señala: *"En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo"*.¹⁵¹

Por su parte, la tratadista Margarita Martínez Escamilla, define a la imputación objetiva como: *"... la creación de un riesgo jurídicamente relevante como el de su realización en el resultado"*.¹⁵²

Lo anterior significa que la teoría de la imputación objetiva está dirigida a los delitos de resultado en el mundo exterior, sin embargo, en los delitos de mera actividad, el tipo se agota en el último acto de acción, es decir, no se produce un resultado independiente a la acción.

A su vez, el doctrinario Octavio Alberto Orellana Wiarco, acerca de los principios para establecer la imputación objetiva, en el funcionalismo, los sintetiza de la siguiente forma:

¹⁵¹ Ibidem p. 86.

¹⁵² Cit. Por. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Op. Cit. p. 179.

- a) Que la conducta del sujeto haya creado o incrementado un riesgo prohibido, no comprendido dentro del riesgo permitido.
- b) El resultado debe producirse precisamente por el comportamiento del sujeto y no deberse a un comportamiento diverso a su conducta.
- c) Que el resultado esté comprendido dentro del fin de protección de la norma o del alcance del tipo penal, es decir, sólo le es imputable objetivamente un resultado.¹⁵³

Cabe aclarar, que aún no existe uniformidad de criterios sobre los cuales se pueda identificar los principios o reglas de la imputación objetiva, sin embargo, para el maestro Claus Roxin, el tipo objetivo delimitado por la imputación (teoría de la imputación objetiva), se divide de la siguiente forma:

1) Creación de un riesgo no permitido: Exclusión de la imputación en supuestos de disminución del riesgo; Exclusión de la imputación si falta la creación del peligro y Exclusión de la importancia en supuestos de riesgo permitido.

2) Realización del riesgo no permitido: Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido; Exclusión de la imputación si el resultado no está cubierto por el fin de la protección de la norma de cuidado y Conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo.

3) El alcance del tipo: La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa y La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.¹⁵⁴

Por lo tanto, el tipo objetivo en el sistema funcionalista, se conforma tanto del dolo como de los elementos subjetivos distintos del dolo, respecto al primero el maestro Roxin indica: *"Por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo"*.¹⁵⁵

¹⁵³ Cfr. Op. Cit. pp. 179-180.

¹⁵⁴ Vid. Díaz Aranda, Enrique. Op. Cit. pp. 86-104.

¹⁵⁵ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. Adato Green, Victoria. Op. Cit. pp. 327-328.

Así en el sistema funcionalista se ubica la culpa al nivel de tipo, coincidiendo con el sistema finalista, considerando que una conducta culposa es un caso concreto que puede resultar justificada o exculpada, sin embargo, primero se decide si es culposa en el tipo.

Asimismo, cabe aclarar que para el funcionalismo los conceptos de *'Lesión del deber de cuidado'*, *'Previsibilidad'* y *'Evitabilidad'*, en la culpa no son del todo correctos debido a que en la comisión de un delito de los llamados "Tipos abiertos", no es posible adicionar comportamientos específicos de las conductas culposas, es decir, no se pueden describir detalladamente las conductas imprudentes, como faltas de pericia o de cuidado, etc., por lo tanto, su análisis debe partir de la imputación objetiva.

Bajo este rubro, el concepto de lesión del deber de cuidado, debe tener un criterio de carácter general en el cual el autor del delito culposos, con base en la imputación objetiva se le debe reprochar haber *"incurrido en un peligro no permitido por la norma"*, y no como a veces se considera haber omitido un deber de cuidado, es decir, el autor crea un peligro no cubierto por la norma de prudencia o cuidado.

De igual forma, la previsibilidad o la evitabilidad, no son suficientes en el funcionalismo para acreditar una conducta culposa, debido a que el sujeto al actuar pudo prever o evitar la acción y, por consecuencia, el resultado, sin embargo, si el sujeto con su acción no pone en peligro o riesgo el bien jurídico protegido o, bien, no se afecto el fin de protección a la norma, entonces, la conducta típica no es culposa.

En resumen, para los funcionalistas el principio que debe prevalecer es *"la producción de un peligro no permitido"*, lo cual significa una mayor exigencia a lo que tradicionalmente se maneja como la *"lesión del deber de cuidado"*.

Esto es, el sistema funcionalista admite al igual que el finalismo que la acción típica es dolosa o culposa y rechaza la divisibilidad de los elementos en objetivo y subjetivo, tal como lo hizo el causalismo, además acepta que la acción (u omisión) típicas, antijurídicas y culpabilidad se apoyan en aspectos objetivos y subjetivos.

No obstante, el funcionalismo difiere del finalismo, sobre todo, por lo que hace a la responsabilidad, porque para los funcionalistas la función que desempeña la pena es esencial en un sistema, para poder establecer los fines y límites perseguidos por el Derecho penal, por lo tanto, en la responsabilidad radica la medida de la pena. En este sentido, el propio maestro Roxin afirma:

"Mientras que mediante la teoría del injusto se responde a la cuestión de cuales hechos son objeto de las prohibiciones penales, la categoría de las responsabilidades tiene que resolver el problema de bajo qué presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él".¹⁵⁶

Por lo tanto, la responsabilidad en el sistema funcionalista se conforma por dos elementos: 1) *Culpabilidad* y 2) *Necesidad de la pena*. Así el jurista Roxin la respecto a la culpabilidad opina:

"El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho".¹⁵⁷

Por su parte, el tratadista muños Conde, respecto a la concepción de culpabilidad de Roxin señala:

¹⁵⁶ Cit. Por. Díaz Aranda, Enrique. Op. Cit. p. 106.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 107.

**... la posibilidad de Roxin de conservar el término culpabilidad y de no decidirse plenamente por el de responsabilidad la ha ocasionado no pocas críticas al penalista germano, máxime que la categoría de responsabilidad ya había sido propuesta con anterioridad al propio Roxin para desechar el concepto culpabilidad y conservarlo en el sentido de la función de ser medida de la pena.¹⁵⁸*

Por ende, el funcionalismo concibe los fines de la pena como un criterio de determinación, junto con la culpabilidad para establecer la responsabilidad lo cual trae como consecuencia que una conducta sea típica, antijurídica y culpable, sin embargo, puede no ser punible cuando los fines de la pena así lo señalen, quedando excluida, por lo tanto, la responsabilidad como categoría del delito.

Sin duda la mayor aportación del funcionalismo es la dirección político-criminal que le ha dado a la pena, como una interpretación dogmático-jurídica, es decir, si antes lo más importante era el análisis de los elementos del tipo y como cuestión secundaria se determinaba la pena, entonces, para el funcionalismo lo más importante es determinar los fines de la pena y con base en ello hacer la interpretación dogmática y si ésta es acorde en sus resultados con dichos fines.

La pena en el sistema funcionalista, como su función primordial atiende a diferentes principios o teorías entre las cuales se encuentran: a) La teoría de la retribución; b) La teoría de la prevención general; y c) La teoría de la prevención especial.¹⁵⁹

En conclusión, de lo expuesto en el apartado se puede afirmar que la estructura del tipo penal, dependerá del esquema teórico que se adopte, ya sea causalista, finalista, lógico-matemático, funcionalista, además de las diversas posturas doctrinales respecto al mismo, en los diferentes sistemas.

¹⁵⁸ Cit. Por. Ibidem p. 190.

¹⁵⁹ Vid. Ibidem 171-175.

2.1.4. El tipo penal, acepciones y elementos que lo integran

A continuación, se exponen algunas concepciones de tipo, con el fin de enriquecer la exposición hecha en el apartado anterior referente a las escuelas penales y, por supuesto, explicar cuales son de forma general los elementos que conforman al tipo penal.

Como se recordará la concepción de "**Tipo objetivo**" corresponde al primer concepto de tipo expuesto por Beling (1906), quien a partir de una base objetivista del Injusto, distingue al tipo dividiéndolo en tipicidad y antijuridicidad, ambas con un carácter objetivo-descriptivo, integrado sólo por elementos materiales u objetivos.

En este sentido, el doctrinario José Nieves Luna Castro afirma: *"... esa concepción puede equipararse con el contenido del llamado cuerpo del delito que, en México, la suprema Corte de Justicia definió de manera categórica desde hace muchos años, como conjunto de elementos materiales correspondientes al hecho delictuoso descrito en la ley penal"*.¹⁶⁰

Otro concepto que se considera importante mencionar es el de "**Tipo en sentido amplio**", el cual Hans Welzel concibe como una totalidad de elementos de la punibilidad teniendo diferentes características las cuales pueden dividirse en tres grupos:

- a) *Núcleo de lo injusto de todo delito (tipo en sentido estricto).*
- b) *La culpabilidad (capacidad de imputación y conciencia de lo injusto).*
- c) *Condiciones de punibilidad (sólo en determinados delitos).*¹⁶¹

¹⁶⁰ Op. Cit. p. 70.

¹⁶¹ Ibidem. p. 62.

Ahora bien, en contraposición al esquema de un tipo objetivo que sólo admite elementos objetivos o descriptivos, se da un esquema objetivo-subjetivo, es decir se da un "*Tipo mixto o complejo*" que admite inicialmente los llamados elementos subjetivos del injusto (fase neoclásica del causalismo), donde el dolo y la culpa pasan de la culpabilidad al tipo, postura defendida ampliamente por la teoría final de la acción de Hans Welzel.

Por último, es importante mencionar el "*Tipo total*", defendido por Claus Roxin quien acerca del mismo opina:

*"El tipo total se corresponde también mejor con el carácter de injusto del tipo penal, pues puede sortear definitivamente la crítica de que alguien que obra típicamente, pero justificadamente obraría, de todas maneras, en sí en forma antijurídica. Para el tipo total una acción justificada no es típica, y una acción típica es siempre antijurídica".*¹⁶²

Para Roxin el tipo total constituye la esencia de la antijuridicidad, además de poseer las características de ser fundamental y delimitador, es decir, dentro de éste también pueden deducirse el error de tipo, el de prohibición, la tentativa y el delito putativo.

Con lo anterior, ha quedado ejemplificado como el vocablo tipo a lo largo de su existencia ha sido comprendido con diversos significados¹⁶³, pero a la vez también se le ha clasificado de múltiples formas, a saber: tipos fundamentales o básicos; tipos especiales; tipos independientes y autónomos,¹⁶⁴ etc., de los cuales no se realiza análisis, pues el estudio de sus características extendería demasiado el trabajo de investigación.

¹⁶² Ibidem. p. 68.

¹⁶³ Vid. Luna Castro José Nieves. Op. Cit. pp. 59-75.

¹⁶⁴ Vid. Porte Petit, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 18ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. pp. 353-363.

De la exposición hecha a las escuelas penales sobre la concepción del tipo penal y sus significados, es importante agregar el criterio generalizado en la actualidad de considerarlo en su formación por elementos objetivos, subjetivos y normativos; por lo tanto, es importante estudiar por separado los distintos "*Elementos del tipo penal*".

Como un primer punto de análisis se encuentra el estudio de los "*Elementos objetivos*", los cuales como se recordará para el causalismo, sólo esta clase de elementos conformaban al tipo penal, por lo tanto, para comprender que son estos atendemos a las siguientes definiciones:

En este aspecto, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos afirma: "*Por tales debemos entender aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal*".¹⁶⁵

Por su parte, el jurista Mezger afirma que son: "*Estados y procesos externos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos, fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva*".¹⁶⁶

En el mismo sentido, el tratadista Gustavo Malo Camacho indica: "*Los elementos objetivos son aquellos que pueden ser comprendidos y entendidos a través de la percepción de los sentidos*".¹⁶⁷

Como puede observarse, los elementos objetivos en términos generales son procesos externos que se perciben por medio de los sentidos y del conocimiento previo del hombre de algún acto descrito en la ley, los cuales al ser materializados implican la comisión de un ilícito penal, es decir, con su sola

¹⁶⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 14ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. p. 307.

¹⁶⁶ Loc. Cit. p. 341.

¹⁶⁷ Op. Cit. p. 326.

comisión se acreditará plenamente el delito y por consecuencia se imputará responsabilidad.

Por lo tanto, a partir del análisis de la tipicidad, estos elementos son: sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, conducta de acción dolosa, resultado material y circunstancias de la realización del hecho, es decir, lugar, tiempo, modo, ocasión y medios utilizados.

Respecto al **"Sujeto activo"**, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, explica lo siguiente:

"Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo el autor material del delito, o bien, cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice o encubridor)".¹⁶⁸

La mayoría de los autores se pronuncian en el mismo sentido de dar al sujeto activo el carácter de ser quien causa el daño al bien jurídico protegido, a pesar de que puede darse el caso de que una persona cause un daño a un bien jurídico protegido, por intentar salvaguardar otro de mayor jerarquía. Por ejemplo: cuando una persona lesiona a otra al empujarla para no ser atropellada por un automóvil, provoca un resultado material, pero su intención era proteger la vida.

De ahí la importancia de aclarar que es un bien jurídico protegido y lo que debe entenderse por puesta en peligro del mismo; en este sentido, la tratadista Olga Islas de González Mariscal explica:

¹⁶⁸ Op. Cit. p. 191.

"Lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o comprensión del bien, contempladas en el tipo. Peligro de lesión es la medida de probabilidad, señalada en el tipo, asociada a la destrucción, disminución o comprensión del bien jurídico. Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido por el tipo legal".¹⁶⁹

En consecuencia, cuando un sujeto activo lesiona un bien jurídico protegido por la ley, pero sólo de forma material y se deja de lado la intención de causar el daño e incluso el intento de materializarlo sin conseguirlo, implica esta puesta en peligro, aspectos subjetivos en el animo del autor y no sólo objetivos o materiales.

Otro elemento material es el "**Sujeto pasivo**", el cual es definido por el maestro Gustavo Malo Camacho como: *"... la persona física o moral, titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro, por la conducta típica, que genera la violación al deber contenido en la prohibición o mandato previsto en el tipo penal".¹⁷⁰*

No obstante, muchas veces el sujeto pasivo del delito queda desprotegido por la propia ley, debido a que si solamente se castiga la lesión del bien jurídico materializada y no la puesta en peligro que no llegó a materializarse, con esto se puede llagar a proteger más a los delincuentes que a los ofendidos.

A su vez, otro elemento material lo constituye el "**Objeto material**", respecto al cual el maestro Fernando Castellanos Tena señala: *"El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro, la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa".¹⁷¹*

Asimismo, es importante hacer la distinción entre objeto jurídico y objeto material, siendo el primero aquél bien jurídico que protege cada tipo en particular, o bien, cuando un tipo penal protege varios bienes jurídicos. Por ejemplo: vida,

¹⁶⁹ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. Adato Green, Victoria. Op. Cit. p. 326.

¹⁷⁰ Op. Cit. pp. 339-400.

¹⁷¹ Op. Cit. p. 152.

integridad corporal, patrimonio, los cuales pueden tener igual o desigual valor, también los bienes jurídicos pueden distinguirse por que algunos son individuales y otros colectivos.

En cuanto hace al objeto material, se identifica generalmente con el ente corpóreo sobre el que recae la acción o conducta del sujeto activo, obviamente, causando una lesión o puesta en peligro, dando lugar a un ilícito penal.

Sin embargo, no hay que confundir al objeto material con el sujeto pasivo del delito, siendo este último el titular del bien jurídico protegido y el que recibe un daño en el objeto material, siendo éste último algunas veces el mismo sujeto pasivo, o bien, siendo el objeto del cual el sujeto pasivo es el titular del derecho. Por ejemplo: el propietario del automóvil que sufrió los daños.

Así desde un punto de vista meramente material, la sola puesta en peligro del objeto material no tipificaría un delito, lo cual me parece un absurdo jurídico socialmente inaceptable.

Otro aspecto material lo constituye la "**Conducta de acción dolosa**", en dicho aspecto se puede mencionar lo siguiente: *"... es el elemento objetivo del delito, unida al resultado en los delitos de resultado material, en cuyo caso será necesario, también, que haya quedado previamente acreditada la causalidad entre ellos, para que los mismos puedan ser atribuibles, al tipo penal correspondiente".*¹⁷²

En conclusión, la conducta como voluntad exteriorizada y finalmente determinada a cierto fin, significa que una persona actúa con base a ciertos procesos y objetivos previstos por el autor, es decir, la acción delictiva y dolosa en el campo de la tipicidad se da por ese acto o comportamiento previsto en el orden jurídico, pero que a su vez debe ser contraria a derecho (antijurídica), aunque para

¹⁷² *Ibidem*, p. 341.

el causalismo dicha conducta era trascendente sólo cuando causaba un resultado material.

En los delitos el "**Resultado material**" es la mutación del mundo físico, como consecuencia de la realización de la conducta, por lo tanto, la puesta en peligro del bien jurídico protegido, implica que la tipicidad tiene un sentido valorativo sólo como indiciario, para efectos de atribuir la conducta al tipo, es decir, que la valoración última y definitiva del resultado material y el daño o puesta en peligro del bien jurídico en el tipo solamente se puede dar después de haber revisado la antijuridicidad.¹⁷³

En resumen, el resultado y el nexo causal que lo une con la acción, no forman parte de la conducta desplegada por el sujeto activo, sin embargo, lo acompañan, sobre todo, en los delitos de resultado material. De ahí que pueda afirmarse que toda conducta produce un cambio en el mundo exterior a pesar de ser o no visible y perceptible a través de los sentidos, por lo tanto, los tipos penales advierten algunas veces conductas prohibidas u ordenadas por el legislador y en otras ocasiones previenen conductas que individualizan un resultado.

La conducta presenta varias modalidades a saber: "**Circunstancias de lugar, modo, ocasión y medios utilizados**", respecto a los primeros la tratadista Olga Islas de González Mariscal los concretiza de la siguiente forma:

"Referencia temporal es la condición de tiempo o lapso descrito en el tipo, dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado... Referencia espacial es la condición de lugar, señalada en el tipo, en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado... Referencia de ocasión es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico protegido, que el

¹⁷³ Cfr. *Ibidem.* p. 349.

sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.¹⁷⁴

Por lo que hace a los dos aspectos restantes de modo y medios utilizados, el maestro Gustavo Malo Camacho indica: "*Circunstancias de modo son los aspectos referidos al modo de ejecución de la conducta, previstos por algunos tipos de la ley penal... Referencias a los medios son las referencias vinculadas con los medios de comisión de la conducta exigidos por la ley*".¹⁷⁵

Cabe aclarar que a pesar de que las modalidades de la conducta anteriormente mencionadas, forman parte del tipo penal (objetivo), generalmente éste no contiene referencias de la conducta, sólo se dan ciertos casos, por lo tanto, de existir no son relevantes para acreditar el tipo cuando no son exigidos.

En este sentido el maestro hispano Jiménez de Asúa, quien también ha estudiado y analizado la legislación mexicana señala: "*... podemos decir que, en principio y en la mayor parte de los casos, las modalidades de la acción, es decir, las referencias temporales y espaciales, la ocasión y los medios empleados, no interesan para el proceso de subsimir el hecho en un tipo legal*".¹⁷⁶

Sin embargo, si el tipo penal correspondiente requiere de las referencias mencionadas, entonces, si serán trascendentales en su acreditación, pero por supuesto esto no se da en todos los casos y sólo unas pocas veces.

Ahora bien, otro grupo de elementos típicos lo constituyen los "*Elementos normativos*", así como se mencionó, en el causalismo imperó la postura de considerar al tipo como un conjunto de elementos descriptivos (objetivos), gracias a la concepción originalmente planteada por la obra de Beling en 1906, sin embargo, dentro del propio causalismo se admitió posteriormente la presencia de

¹⁷⁴ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. Adato Green, Victoria. Op. Cit. p. 335.

¹⁷⁵ Op. Cit. p. 353.

¹⁷⁶ Cit. Por. Porte Petit, Candaudap Celestino. Op. Cit. p. 340.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los llamados elementos normativos algunas veces dentro del tipo y otras como factores ajenos al mismo.

En este aspecto, el tratadista Francisco Pavón Vasconcelos define a los elementos normativos de la siguiente forma:

"... forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien, cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico".¹⁷⁷

Esta clase de elementos a pesar de tener un contenido esencialmente objetivo en su alcance y sentido, requieren una valoración, la cual puede ser de dos formas: a) de contenido jurídico, b) de valoración cultural.

Los elementos de valoración jurídica, se pueden considerar como los auténticos elementos normativos del tipo, al implicar una relación específica con la antijuridicidad, es decir, el juzgador valorará conceptos tales como: "cosa ajena", "servidor público", "funcionario", "documento público", "documento privado", "bien mueble", "derecho real", etc., para determinar si una conducta es típica y antijurídica siempre y cuando dichos conceptos no estén explicados por la propia ley penal o alguna otra como podría ser el Código Civil.

Por el contrario, los elementos normativos de valoración cultural o extrajurídica, son aquellos que requieren una apreciación de carácter ético o social, no obstante, el juez deberá valorar bajo un criterio serio y apegado en la medida de lo posible a la conciencia general de la sociedad; así como ejemplos de estos elementos se encuentran las siguientes expresiones: "acto sexual", "ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres", etc.

¹⁷⁷ Op. Cit. p. 310.

En conclusión, a los elementos normativos no se les puede negar su autenticidad como elementos del tipo, debido a que los tipos penales requieren en ciertos casos y de acuerdo con la naturaleza de cada tipo, de una valoración jurídica o cultural que ayude a comprender el alcance y contenido de los mismos; además de que al juez, la propia ley le puede establecer un amplio margen de valoración, o bien, que en la propia ley dichas valoraciones ya vengan plenamente establecidas.

La tercera categoría de elementos típicos se conforma por los "*Elementos subjetivos*", como se recordará, en un inicio la concepción del tipo era bipartita, es decir, lo objetivo correspondía a la tipicidad y lo subjetivo a la culpabilidad,

Sin embargo, a partir del finalismo se da una estructura de los elementos del tipo en tres categorías: objetivos, normativos y subjetivos, donde forman parte el dolo o culpa y elementos subjetivos del autor distintos al dolo, tales como propósitos, intenciones, ánimos, etc.

Acercas de la conceptualización de los elementos subjetivos, se da un argumento interesante sostenido por el doctrinario Edmund Mezger, quien dejando de lado la concepción tradicional causalista alemana afirma:

*"La teoría de los elementos subjetivos del injusto nos ha demostrado que éste depende en muchos casos de características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor; ahora bien, como quiera que el tipo penal es sólo injusto especial, tipificado, resulta que dichos elementos subjetivos del injusto, en tanto se refieren al injusto típico, forman parte del tipo como elementos subjetivos del mismo".*¹⁷⁸

Con la anterior afirmación se deja claro que los elementos subjetivos son aquellas características ubicadas en el alma o psique del autor, que son

¹⁷⁸ Cit. Por. Luna Castro, José Nieves. Op. Cit. p. 28.

reconocidas por la norma jurídica, específicamente en el tipo penal y, por lo tanto, forman parte del mismo.

En el mismo sentido, el maestro Eduardo López Betancourt señala: *“Los elementos subjetivos del tipo penal van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, atienden a las circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor”*.¹⁷⁹

Cabe aclarar que cuando el legislador describe conductas humanas y las plasma en una norma penal, concretamente en el tipo penal, no puede dejar de lado los aspectos subjetivos o psíquicos, debido a que no puede describir únicamente lo externo, es decir, en un tipo doloso, obviamente, se da la causación de un resultado (aspecto externo), sin embargo, también se requiere de la voluntad de causar ese resultado (aspecto o elemento subjetivo), ya sea que se encuentre establecido en el tipo de forma explícita o implícita.

En este aspecto, el maestro Mariano Jiménez Huerta de forma muy acertada indica:

“Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia, en forma explícita o implícita a dichos elementos subjetivos, que desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo”.¹⁸⁰

Por lo tanto, se puede afirmar que los elementos subjetivos del tipo penal al ser reconocidos por el legislador, se vuelven fundamentales para la tipificación si no en todas las conductas ilícitas, si en muchas de ellas, por todo eso, se debe interpretar en forma minuciosa los tipos penales, que las contienen para evitar una

¹⁷⁹ López Betancourt, Eduardo. *Teoría del Delito*. 7ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. p. 134.

¹⁸⁰ Cit. Por. Ibidem. p. 135.

interpretación inadecuada de la intención del legislador y sobre todo de la norma jurídica penal.

Así el elemento subjetivo típico por excelencia ha sido el dolo (delito de acción doloso), por lo que a continuación se exponen algunos conceptos en torno al mismo.

En este aspecto, el maestro Gustavo Malo Camacho acerca del dolo menciona lo siguiente:

*“... dolo es el conocimiento y el querer conducta típica, o lo que es lo mismo, en la perspectiva del análisis del tipo, el dolo como elemento del tipo penal es el conocimiento y el querer de la parte objetiva y normativa del tipo. Dolo es querer el resultado típico, en todo su ámbito situacional; es la voluntad de realizar el tipo objetivo o parte objetiva del tipo, guiada por el conocimiento. Es una voluntad que presupone el conocimiento, por esto, con razón, se afirma que dolo es representación y voluntad”*¹⁸¹

De lo anterior, se observa que el dolo se forma en su estructura de dos aspectos básicos: 1) El elemento cognoscitivo o representativo; y 2) El querer o elemento volitivo, en este sentido, el maestro Fernando Castellanos Tena señala:

*“El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico”*¹⁸²

En consecuencia, el entender y querer derivado del conocimiento del autor, de la realidad constituye el dolo, pero cabe aclarar que dicha voluntad va guiada a la realización del tipo objetivo, sin embargo, en los tipos dolosos se exige la congruencia entre el aspecto objetivo y subjetivo, pero puede darse el caso de que

¹⁸¹ Op. Cit. p. 355.

¹⁸² Op. Cit. p. 239.

sólo baste con el elemento subjetivo, es decir, que se de sólo la intención de realizar el tipo objetivo, tal es el caso de los tipos penales que sólo requieren un elemento subjetivo para ser acreditado el tipo.

Además del dolo, en la conducta típica se encuentran elementos subjetivos distintos al dolo, los cuales aparecen cuando ciertos tipos penales no agotan su elemento subjetivo sólo con el dolo, es decir, se dan otros aspectos que se vinculan por lo general con motivaciones a un determinado deseo, ánimo o intención del agente, siendo formas específicas de la subjetividad del autor exigidas por el tipo penal y, por lo tanto, para que una conducta sea típica, se deben encuadrar como característica subjetiva de la conducta.

En este aspecto, el doctrinario José Manuel Gómez Benítez indica lo siguiente:

*"Además del dolo, que es el elemento subjetivo general de todos los tipos dolosos, algunos tipos penales exigen que la finalidad del autor esté mucho más precisada. Para ello, estos tipos aluden a algún otro elemento subjetivo, específico de estos tipos. Dichos elementos subjetivos no son elementos de la culpabilidad del autor, sino de la tipicidad de su conducta".*¹⁸³

Sobre la clasificación de estos elementos subjetivos distintos al dolo, el maestro Gustavo Malo Camacho señala:

- 1) *El elemento subjetivo de intención trascendente. Aparece en aquellos tipos donde la subjetividad exigida en la conducta típica va más allá de la realización exigida.*
- 2) *El elemento subjetivo de tendencia. Se da en aquellos casos en donde la acción aparece penetrada por una "ultraintención" derivada de un ánimo específico, ante cuya falta el delito no se presenta.*

¹⁸³ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. Adato Green, Victoria. Op. Cit. p. 337.

- 3) *Elemento subjetivo de expresión. En donde la subjetividad exigida por el tipo, supone una cierta inconformidad o disconformidad entre la realidad y lo actuado.*
- 4) *Elemento subjetivo psicológico situacional. Expresa una determinada relación del sujeto agente con la situación en que se encuentra, lo que lógicamente va más allá de la mera eficacia del dolo.*
- 5) *Elemento subjetivo de ánimo. Implica elementos referentes a la personalidad del agente, los cuales parecen encontrar mayor razón, en su ubicación, dentro de la culpabilidad, como un ámbito específico referido a la personalidad del sujeto responsable.¹⁸⁴*

A su vez, otro elemento subjetivo es la culpa, la cual el maestro Fernando Castellanos Tena define de la siguiente forma: *"... existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la protección de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas".¹⁸⁵*

Por último, se debe evitar la confusión entre los elementos subjetivos como el dolo y los elementos subjetivos específicos con la culpa, debido a que los primeros hacen alusión a las finalidades de tendencia interna, perseguidas por el autor, trascendiendo al tipo objetivo, por lo tanto, sirven este principio para excluir las figuras culposas.

En este sentido, el maestro Jiménez de Asúa indica:

"... la importancia de los elementos típicos subjetivos es extraordinaria, pues aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven para excluir apriorísticamente las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposo. Sólo los tipos delictivos que no contengan expresas o implícitas referencias a estos subjetivos elementos, son susceptibles de entrar en juego con base en la "imprevisión, negligencia, impericia,

¹⁸⁴ Cfr. Op. Cit. pp. 369-370.

¹⁸⁵ Op. Cit. p. 246.

falta de reflexión o de cuidado, que causa igual daño que un delito intencional.¹⁸⁶

En resumen, hablando en términos generales el tipo penal se compone por las tres categorías de elementos expuestos, es decir, objetivos, subjetivos y normativos, sin embargo, de acuerdo con la estructura y sistema a seguir por el órgano legislativo el tipo puede cambiar su estructura conteniendo de forma explícita o implícita todas o algunas de las categorías de elementos típicos.

2.2. El Cuerpo del delito y la probable responsabilidad

De ninguna manera, se puede negar la importancia de dos conceptos que a través del tiempo han sido y siguen siendo fundamentales dentro del Proceso Penal Mexicano, es decir, el "Cuerpo del delito" y la "Probable responsabilidad".

Por lo tanto, en los siguientes puntos se pretende aclarar cuales son los elementos que constituyen al cuerpo del delito, así como las diferencias que pueden existir entre tipo penal y cuerpo del delito.

2.2.1. Elementos constitutivos del cuerpo del delito

A lo largo del tiempo, la concepción referente al cuerpo del delito a desatado polémica dentro del campo doctrinal y, por consecuencia, necesariamente dentro de la practica debido, principalmente, a que se han dado dos corrientes principales de pensamiento en torno al mismo; la primera lo considera sólo como aquél conjunto de elementos materiales u objetivos que constituyen el delito; y la segunda lo considera como un conjunto de elementos objetivos, normativos y subjetivos.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Cit. Por. López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. p. 75.

¹⁸⁷ Vid. Supra. 2.1.1.

Ahora bien, en nuestro país la noción de cuerpo del delito, se compenetro en el ámbito penal mexicano de una forma muy importante, así desde esa época la expresión cuerpo del delito se utilizaba en tres sentidos: 1) Como el hecho dentro de cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción penal; 2) Como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración, por ejemplo: un cadáver, una lesión; y 3) Como cualquier huella o vestigio de naturaleza real que se conserve después de la acción materialmente realizada, por ejemplo: un arma.

En este sentido, el maestro Miguel Ángel Espinosa Mancera al respecto señala:

"... originalmente se entendió al cuerpo del delito, como: la cosa en que o con que se ha cometido algún delito; como por ejemplo el cuerpo del muerto, y así se tomó por nuestros Códigos Procesales, pues en 1880, el artículo 121 sólo requería la probación de hecho o de la omisión que la ley reputara como delito... posteriormente en 1894 se apuntaba que era necesario el comprobar todos los elementos del delito, teniendo siempre implícita la presunción de dolo; en 1909 para comprobar el cuerpo del delito se exigía el justificar los elementos del hecho delictuoso; en 1929 se dio preponderancia a las reglas especiales, y se decía que los delitos se justificarán por la comprobación de sus elementos constitutivos; en 1984... la acreditación de los elementos que integran la descripción de la conducta o el hecho delictuoso según lo determina la ley penal".¹⁸⁸

A su vez, en el ámbito jurídico mexicano, a partir de la Constitución de 1917, el vocablo cuerpo de delito, se utilizó en la primera acepción, es decir, como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva, por lo tanto, en su momento el máximo tribunal del país, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo un criterio desde el año de 1956, a través de la jurisprudencia tradicionalmente definida bajo el siguiente rubro:

¹⁸⁸ Cit. Por. Díaz Aranda, Enrique. Op. Cit. p. 187.

CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE.

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

Quinta Época: Suplemento de 1956, pág. 178. A. D. 4173/53. Héctor González Castillo. 4 votos. Tomo CXXX, pág. 485. A. D. 6337/45. J. Jesús Castañeda Esquivel. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XIV, pág. 86. A. D. 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XVII, pág. 77. A. D. 2677/58. Juan Villagrana Hernández 5 votos. Vol. XLIV, pág. 54. A. D. 6698/60. José Zamora Mendoza. 5 votos.

De lo anterior, se observa que a consecuencia de la definición hecha por la Suprema Corte respecto al cuerpo del delito, sólo como el conjunto de elementos materiales, dicho vocablo se compenetro en el país dentro del ámbito doctrinal y judicial o jurisprudencial en el mismo sentido que la citada jurisprudencia.

En este aspecto, el tratadista José Nieves Luna Castro, realiza una observación muy acertada:

"Indudablemente los doctrinarios mexicanos, por más que tuvieran conciencia de la constante evolución de conceptos dentro de la dogmática jurídico-penal, se vieron siempre influenciados por los tratadistas positivistas tradicionales, además de que, el objeto sobre el que pudieron realizar sus opiniones teóricas, no es otra cosa que la legislación penal mexicana indiscutiblemente basada en esos principios tradicionalistas y positivistas".¹⁸⁹

Efectivamente, parte de la doctrina mexicana, sin duda, esta basada en principios tradicionales y positivistas, los cuales como se vio en el primer capítulo han influido de forma importante en la evolución histórico-legislativa a partir del México Independiente, concretamente en los primeros Códigos Penales del país.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Op. Cit. p. 93.

¹⁹⁰ Vid. Supn. I.1.

Por lo tanto, no puede negarse que las escuelas penales, siempre han influido en el ámbito mexicano, a la legislación penal nacional y a los doctrinarios mexicanos estudiosos de la misma, a los legisladores y, por consecuencia, a la jurisprudencia; así negar lo anterior se traduciría en una negación de la historia misma, lo cual por supuesto no es posible.

Asimismo, el citado autor Luna Castro, en torno a la primera concepción de cuerpo del delito, en el ámbito nacional afirma:

*"... por más que se llegará a negar, el concepto de cuerpo del delito no podía en la jurisprudencia ni en la doctrina, tener una conceptualización distinta a la que tradicionalmente correspondió al equivalente del vocablo, en los países europeos, es decir, la concepción materializada o desprovista de toda valoración".*¹⁹¹

Sin embargo, el maestro Sergio García Ramírez, con respecto al cuerpo del delito y su segunda corriente o conceptualización hecha antes de la reforma de 1993-94, señala lo siguiente:

*"... la doctrina se había orientado por considerar que el cuerpo del delito se componía por todos los elementos que, en cada caso integran al tipo, tanto los objetivos o materiales, como los subjetivos y los normativos".*¹⁹²

No obstante, esta evolución de la expresión cuerpo del delito no sólo se dio en la doctrina, además se reflejó en la ley misma, pues, como se recordará, los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ambos derivados de una reforma procesal (no sólo constitucional) ampliamente estudiada y realizada en 1983 y publicada en 1984, resolvieron lo siguiente:

¹⁹¹ Loc. Cit.

¹⁹² Cit. Por. Ibidem. p. 95.

"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".¹⁹³

Asimismo, es importante señalar que esta segunda corriente conceptual, no sólo se refleja tanto en la doctrina como en la ley, además, en la jurisprudencia la cual será estudiada más ampliamente en un apartado posterior.¹⁹⁴

Cabe aclarar, que antes de que se emita sentencia definitiva, es decir, durante las diferentes fases del proceso, ya sea desde la averiguación previa o cualquier otra etapa, no puede hablarse de que la total existencia de un delito ha sido plenamente probada, solamente se han probado ciertos elementos constitutivos de delito, por lo tanto, se hablará de cuerpo del delito y, en su caso, de una responsabilidad probable atribuida al probable autor del delito.

Por otra parte, antes de emitir sentencia la antijuridicidad entendida como el reproche del Estado al individuo, por haber incumplido con el deber de cuidado y protección de la norma jurídica, no se presenta hasta la sentencia, donde a una persona se le responsabiliza plenamente, aplicándole la pena correspondiente por sus actos.

Por lo tanto, la antijuridicidad no forma parte del cuerpo del delito, debido a que como se mencionó, al acreditar el segundo, aún no se tiene la plena responsabilidad del sujeto, es decir, solamente hay elementos suficientes para seguir un proceso, decretando posteriormente que una conducta delictiva es típica antijurídica y culpable (responsable), la punibilidad como adecuadamente lo refiere el maestro Colín Sánchez "... es una consecuencia del delito, por lo tanto, no forma parte del mismo"¹⁹⁵.

¹⁹³ Vid. Supra. 1.2.2.

¹⁹⁴ Vid. *l. cit.* 2.2.4.

¹⁹⁵ Op. Cit. p. 371.

De lo expuesto, puede concluirse desde un punto de vista personal, que la finalidad del cuerpo del delito será comprobar la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley de forma implícita o explícita, es decir, en cada caso específico se comprobarán alguno o todos los elementos.

Por lo tanto, en términos generales al cuerpo del delito se le debe entender como aquél conjunto de elementos objetivos o materiales, normativos y subjetivos, abarcadas en la descripción típica plasmada en una norma penal.

Así al cuerpo del delito se le debe dar la importancia que merece como un concepto fundamental en el Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, más aún cuando está plasmado dentro de las garantías individuales en los artículos 18 y 19 Constitucionales.

Sin embargo, el legislador de 1998-99 no quiso darle la importancia que merece reduciéndolo solamente a elementos objetivos y aún más en algún momento en la iniciativa de reforma presidencial, equiparándolo con el tipo penal¹⁹⁶, concretamente con los elementos objetivos del tipo, por lo tanto, en el siguiente punto se tratará de establecer si cuerpo del delito y tipo penal son sinónimos, o bien, cuales son sus diferencias.

2.2.2. Diferencias entre cuerpo del delito y tipo penal

Una vez que se ha establecido que el cuerpo del delito se conforma, en términos generales, por la existencia de elementos objetivos, subjetivos y normativos, que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso (tipo); lo anterior lleva necesariamente a la pregunta *¿Cuerpo del delito y Tipo penal son sinónimos?*

¹⁹⁶ Vid. *Infra*. 2.3.1.

Para poder dar una respuesta que sea lo más satisfactoria posible, es importante, mencionar algunos argumentos previos en torno al "Tipo Penal" y la "Tipicidad", debido a que ambos conceptos en algún momento pueden llegar a ser confundidos o malinterpretados. En este sentido, conforme al Diccionario Jurídico Mexicano, respecto del tipo y la tipicidad se encuentra lo siguiente:

"La expresión tipo es usualmente utilizada, por la doctrina para aludir a la descripción de una conducta prohibida realizada por una norma jurídico-penal, en tanto que la tipicidad es entendida como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa".¹⁹⁷

El doctrinario Francisco Pavón Vasconcelos acerca del tipo afirma: *"... es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal".¹⁹⁸*

A su vez, el maestro Jiménez de Asúa define al tipo como: *"... la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".¹⁹⁹*

Por su parte, para el doctrinario Ignacio Villalobos, el tipo es: *"... la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial, en su aspecto objetivo y externo".²⁰⁰*

Lo anterior significa que una conducta o hecho delictuoso (delito), consignada en un tipo penal, se hace en forma objetiva, lo cual no implica que el tipo se forma sólo por lo objetivo y material o externo.

¹⁹⁷ Op. Cit. p. 3091.

¹⁹⁸ Op. Cit. p. 302.

¹⁹⁹ Cit. Por. Ident.

²⁰⁰ Idem.

Para poder dar una respuesta que sea lo más satisfactoria posible, es importante, mencionar algunos argumentos previos en torno al "Tipo Penal" y la "Tipicidad", debido a que ambos conceptos en algún momento pueden llegar a ser confundidos o malinterpretados. En este sentido, conforme al Diccionario Jurídico Mexicano, respecto del tipo y la tipicidad se encuentra lo siguiente:

"La expresión tipo es usualmente utilizada, por la doctrina para aludir a la descripción de una conducta prohibida realizada por una norma jurídico-penal, en tanto que la tipicidad es entendida como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa".¹⁹⁷

El doctrinario Francisco Pavón Vasconcelos acerca del tipo afirma: *"... es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal".¹⁹⁸*

A su vez, el maestro Jiménez de Asúa define al tipo como: *"... la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".¹⁹⁹*

Por su parte, para el doctrinario Ignacio Villalobos, el tipo es: *"... la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial, en su aspecto objetivo y externo".²⁰⁰*

Lo anterior significa que una conducta o hecho delictuoso (delito), consignada en un tipo penal, se hace en forma objetiva, lo cual no implica que el tipo se forma sólo por lo objetivo y material o externo.

¹⁹⁷ Op. Cit. p. 3091.

¹⁹⁸ Op. Cit. p. 302.

¹⁹⁹ Cit. Por. Idem.

²⁰⁰ Idem.

Esto es, la descripción es de forma objetiva materializada en la norma jurídica, más no todos los tipos penales se forman sólo de elementos objetivos, además se integran también por elementos subjetivos y normativos, previstos en la ley de forma implícita o explícita.

En este aspecto, el doctrinario Francisco Blasco y Fernández acerca de la tipicidad y el tipo señala:

"... la acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida".²⁰¹

Respecto a la tipicidad el doctrinario Laureano Landaburu indica: *"... la tipicidad consiste en es cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal".²⁰²*

Para el maestro hispano Jiménez de Asúa, tipicidad es *"... la exigencia correspondiente entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción".²⁰³*

En este sentido, el doctrinario Mariano Jiménez Huerta respecto a la tipicidad afirma: *"... adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias".²⁰⁴*

Por su parte, el maestro Rafael Márquez Piñero, en cuanto a la diferencia entre tipo y tipicidad indica:

²⁰¹ Cit. Por. López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. p. 117.

²⁰² Idem.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ Idem.

"El tipo es una figura de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad, la averiguación que, sobre una conducta, se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad es el resultado afirmativo de este juicio".²⁰⁵

De lo anterior, se puede afirmar que en derecho penal las expresiones tipo y tipicidad son conceptos distintos que, sin embargo, son interdependientes uno del otro, es decir, la tipicidad se refiere a la adecuación de la conducta al tipo penal, mientras que por tipo penal debe entenderse la descripción o hipótesis de la conducta o hecho delictuoso (delito) plasmada en la ley por el legislador.

Otro aspecto importante a destacar es el que se refiere a la relación existente entre "Tipicidad" y "Antijuridicidad". En este sentido, el doctrinario Gustavo Malo Camacho indica:

"Los elementos objetivos, normativos y subjetivos, no son privativos de la tipicidad, sino que se presentan en el campo de la antijuridicidad, en relación con las reglas permisivas, que determinan las causas de justificación, de legitimidad o de juridicidad, mismos que neutralizan la antinormatividad, impidiendo que sea posible afirmar el juicio de la antijuridicidad o contradicción al orden jurídico".²⁰⁶

Lo anterior significa que dentro de la tipicidad su función principal será determinar si los elementos objetivos, normativos y subjetivos, derivados a su vez de una acción u omisión, ocasionan la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido previsto en un tipo, es decir, en el análisis del delito se verán si dichos elementos son atribuibles al tipo penal.

Esto es, en la tipicidad será revisada a nivel indiciario la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, debido a que sólo así será posible afirmar la "antijuridicidad de la conducta" y, en su caso, del resultado, sin embargo, en la

²⁰⁵ Cit. Por. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Op. Cit. p. 20.

²⁰⁶ Op. Cit. p. 328.

antijuridicidad prevista como una segunda fase del estudio del delito, se determinará, en su caso, las reglas permisivas que establecen las causas de justificación, legitimación o de juridicidad, las cuales pueden neutralizar la antinormatividad.

Por lo tanto, el ámbito de determinación definitiva de la lesión o puesta en peligro al bien jurídico protegido por la ley penal se dará en el campo de la antijuridicidad, debido a que en su carácter de juicio definitivo se establecerá, en su momento, la contradicción de la conducta típica con el derecho, es decir, se determinará si una conducta además de ser típica es antijurídica.

Una vez establecido los anteriores conceptos, se vuelve a la exposición original respecto al Cuerpo del delito y Tipo penal; en este aspecto el maestro Guillermo Colín Sánchez afirma:

**Tipo delictivo y corpus delicti son conceptos relacionados íntimamente uno del otro; el primero se refiere a la conducta, considerada antijurídica por el legislador; y el segundo, a la realización del delito; en consecuencia, para que exista el cuerpo de un delito determinado, deberá contarse con el tipo penal correspondiente.*²⁰⁷*

Como se había indicado, en términos generales, el cuerpo del delito se constituye por los elementos objetivos, normativos y subjetivos, que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo, según lo determina la ley penal, lo cual implica una cierta similitud con la tipicidad.

Sin embargo, no son sinónimos pues mientras la tipicidad es la adecuación de una conducta al tipo, el cuerpo del delito es la comprobación lógica y racional de la posible existencia de elementos constitutivos de un delito.

²⁰⁷ Op. Cit. p. 377.

Por lo tanto, el cuerpo del delito se integrará en cada caso específico, en alguna de las siguientes formas: 1) Por elementos objetivos; 2) Por elementos objetivos y normativos; 3) Por elementos objetivos, normativos y subjetivos; o bien, 4) Por elementos objetivos y subjetivos.

Lo anterior de acuerdo al principio de tipicidad como encuadramiento de la conducta al tipo, además se debe tener presente el principio jurídico de *nullum crimen sine tipo*.

Asimismo, se puede concluir que Cuerpo del delito y Tipo penal no son sinónimos, a pesar de que el primero constituye la raíz histórica del vocablo tipo, no obstante, cada uno tiene diversa naturaleza jurídica, debido a que "*Cuerpo del Delito*" es un concepto de carácter procesal, el cual en nuestro país ha tenido un arraigo y evolución muy particulares²⁰⁸

Por su parte, el "*Tipo Penal*" es un concepto dogmático sustantivo, el cual puede presentar distintos elementos y estructura dependiendo del sistema dentro del cual se le ubique, es decir, el Causalista, Finalista, Lógico-matemático o Funcionalista.²⁰⁹

A su vez, debe quedar claro que el Cuerpo del Delito no debe ser confundido con la probable responsabilidad, pues el primero siempre será la base de sustentación de la segunda, es decir, para que exista probable responsabilidad es necesario la acreditación del cuerpo del delito, sin embargo, es erróneo afirmar que pueda fundarse la probable responsabilidad sólo en elementos objetivos.

Por último, es importante precisar que el Cuerpo del Delito y el Tipo Penal, son conceptos que están interrelacionados uno del otro, sobre todo, atendiendo a las bases que definen al delito como una acción (u omisión) típica, antijurídica y

²⁰⁸ Vid. *Infra* 1.2.

²⁰⁹ Vid. *Infra* 2.1.3.

culpable (responsable), es decir, no puede darse la comprobación del cuerpo del delito, sino existe un tipo penal que describa una acción u omisión ilícitas que contemple las tres categorías de elementos, es decir, objetivos, subjetivos y normativos.

2.2.3. La conducta típica como unidad de factores internos y externos

En el presente punto, es importante establecer si el análisis sistemático del delito, el cual parte del orden de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, es aplicable a la relación existente entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

En este aspecto, el doctrinario Enrique Díaz Aranda menciona:

"Uno de los puntos que llama la atención es la prelación lógica entre tipo objetivo y tipo subjetivo. Es decir, si se debe partir de los mismos principios válidos para la teoría del delito, en el sentido de que las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, o bien, responsabilidad, deben tener ese orden de análisis, de tal suerte que no se debe iniciar el análisis dogmático de una conducta en la antijuridicidad o en la culpabilidad, porque para llegar a esas dos categorías es necesario haber realizado previamente el análisis de sus tipicidad".²¹⁰

Lo anterior, significa que el análisis sistemático del delito debe obedecer a ese orden de prelación, sin embargo, dicho principio no es válido únicamente para el examen interno de cada una de esas categorías, por ejemplo quien estudia la antijuridicidad de una conducta típica, no está obligado a realizar primero el análisis de la legítima defensa para después pasar al estado de necesidad y seguir con el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, es decir, que es indistinto por cual de esas causas de justificación se inicie.²¹¹

²¹⁰ Op. Cit. p. 105.

²¹¹ Cfr. Idem.

Antes de continuar con el análisis entre tipo objetivo y subjetivo, es importante recordar que el *"Tipo penal"* ha sido concebido de forma distinta en los diferentes sistemas o escuelas penales, entendiéndolo a veces sólo como *"Tipo Objetivo"* (Causalismo); y otras veces como *"Tipo Objetivo y Subjetivo"* (Finalismo y Funcionalismo), por lo tanto, la expresión tipo tendrá un significado, alcance y estructura diferente conforme al sistema adoptado.²¹²

Como se recordará, las escuelas penales más evolucionadas (Finalismo y Funcionalismo) lo conciben como una suma de factores internos y externos (objetivos y subjetivos), es decir, en términos generales el tipo se conforma de un Tipo Objetivo y un Tipo Subjetivo.

Asimismo, a través de la actual investigación se ha mostrado que el vocablo tipo penal ha evolucionado históricamente y, por ende, ha dejado de ser un concepto considerado sólo de forma objetiva a tener una concepción de estructura diversa, es decir, tanto objetiva como subjetiva.

Por otra parte, cabe aclarar cual es la relación existente entre Tipo Objetivo y Tipo Subjetivo partiendo de una sistemática, es decir, se pretende aclarar si entre ambos hay una relación de Supra-subordinación, donde el análisis de un tipo objetivo implicaría necesariamente lo único que se tendría que acreditar para imputar una conducta delictiva.

Sin embargo, esto no es posible debido a que como se ha venido insistiendo los tipos penales ya sea de forma implícita o explícita, hacen referencia en ciertos casos a elementos subjetivos (tipo subjetivo), los cuales al ser analizados conjuntamente con el tipo objetivo conlleva una revaloración de la conducta ilícita y, por lo tanto, de la determinación de la imputación del resultado o peligro derivado de la conducta del autor.

²¹² Vid. Supra. 2.1.3.

Por lo tanto, la conducta típica se conforma tanto de factores externos e internos, es decir, hay una relación intrínseca entre Tipo Objetivo Y Tipo Subjetivo, la cual es de "Coordinación" y no de Supra-subordinación, lo que implica que a partir de dicha relación y de su análisis se establezca la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal, o bien, la determinación de la imputación del resultado a la conducta desplegada por el autor, o en su caso, del probable responsable.

En conclusión, si el tipo penal es fundamentado sólo de forma objetiva, cuando el mismo requiera de un aspecto subjetivo, esto implicaría, sin lugar a dudas un error que en la practica pude llevar a una violación de garantías individuales, ocasionando un incremento en el número de personas privadas de su libertad por la sola acreditación de elementos objetivos.

2.2.4. Criterios jurisprudenciales para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad

En el presente punto del actual trabajo de investigación se expondrán algunas tesis de jurisprudencia, las cuales ejemplifican algunas de las diferentes posturas que se han realizado respecto a los conceptos "*Cuerpo del delito*" y "*Probable responsabilidad*", con la finalidad de establecer que no existe una interpretación unánime respecto al contenido de ambas figuras, sobre todo, al alcance y contenido del llamado cuerpo del delito.

Primeramente, para comenzar con la exposición de los diversos criterios jurisprudenciales respecto al llamado "*Cuerpo del delito*", es importante destacar nuevamente la jurisprudencia que tradicionalmente define al mismo sólo como un conjunto de elementos objetivos o externos, así se tiene lo siguiente:

CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE.

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

Quinta Época: Suplemento de 1956, pág. 178. A. D. 4173/53. Héctor González Castillo. 4 votos. Tomo CXXX, pág. 485. A. D. 6337/45. J. Jesús Castañeda Esquivel. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XIV, pág. 86. A. D. 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XVII. Pág. 77. A. D. 2677/58. Juan Villagrana Hernández 5 votos. Vol. XLIV. Pág. 54. A. D. 6698/60. José Zamora Mendoza. 5 votos.

Como es sabido, esta restringida concepción de cuerpo del delito, consagrada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue la que prevaleció hasta la reforma de 1983-84 a los Códigos procesales, tanto Federal como del Distrito Federal.

No obstante, con la citada reforma se suprimió la limitación de considerar en la comprobación e integración del cuerpo del delito solamente los elementos materiales u objetivos del hecho delictuoso, esto es, a partir de ese momento se considera al cuerpo del delito como la comprobación de los elementos abarcados en la descripción típica, es decir, objetivos, normativos y subjetivos.²¹³

Esto es, el Senado argumenta, por una parte, que dicho concepto no es nuevo en nuestro Derecho, que ha sido ampliamente estudiado y, que si bien, ha sido interpretado de diferentes formas, a su vez, afirma que 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 materialidad de la figura delictiva descrita en la ley penal y, por lo tanto, es ese concepto el que se tenía que retomar en la reforma y adecuar en la legislación secundaria.²¹⁴

²¹³ Vid. Supra. 1.2.2.

²¹⁴ Vid. Infra. 2.3.2.

Obviamente, la postura del Senado de la República lleva la intención de confundir acerca de la existencia de un sólo criterio jurisprudencial respecto al cuerpo del delito, sin embargo, aunque pudiera pensarse que este es un criterio generalizado, esto no es así, pues a raíz de la reforma de 1983-84 se le dio un nuevo sentido a dicho concepto, más completo y acertado que el anterior, lo cual también se reflejó en la jurisprudencia.

De ahí, que bajo el mismo rubro se define al cuerpo del delito no solamente como un conjunto elementos materiales u objetivos, además se menciona que su comprobación debe apoyarse en la existencia de todos sus elementos constitutivos, así se tienen los siguientes argumentos:

CUERPO DEL DELITO, COMPROBACIÓN DEL.

Comprobar el cuerpo del delito, es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente. Cuando en la resolución de la autoridad, no se cita el precepto legal cuya infracción se imputa al acusado, no existe base firme para precisar si ha quedado legalmente probado al delito que se le atribuya, toda vez que, precisamente, es el precepto que se estima violado, el que debe determinar cuáles son los elementos que constituyen el delito.

Quinta Época: Tomo XXIX, pág. 1566. Lapham Arturo F.

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 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 58, 2a. parte, p. 21.

Ahora bien, cabe aclarar algunos aspectos en torno a los argumentos anteriormente expuestos, así el segundo de los criterios citados podría parecer contradictorio con la postura plasmada en el actual trabajo de investigación de considerar al cuerpo del delito como el conjunto de todos los elementos abarcados en la descripción típica.

Sin embargo, dicha jurisprudencia al definir al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita en la ley penal, no implica que aquél sólo se forma por elementos objetivos, es decir, la descripción típica es objetiva, pero no el cuerpo del delito, por lo tanto, a su vez aclara que comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de un hecho (delictivo), con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley, es decir, demuestra la existencia de elementos objetivos, subjetivos y normativos.

En otras palabras, cuando la ley define un hecho que considera delictivo, lo hace de forma objetiva, es decir, el tipo penal describe una conducta o hecho delictivo en forma objetiva, sin embargo, esto no significa que el tipo se conforme sólo de elementos objetivos, debido a que cada tipo penal por su propia y especial naturaleza, puede establecer de forma explícita o implícita también a los elementos subjetivos y normativos.

En este sentido, el maestro Eduardo López Betancourt afirma:

... el tipo penal tiene un carácter descriptivo, pero esto no quiere decir que sea únicamente una descripción externa, ya que siempre que estemos describiendo una conducta humana habrá que tomar en cuenta el elemento subjetivo.²¹⁵

²¹⁵ Op. Cit. p. 129.

Los anteriores argumentos, no son contradictorios con las jurisprudencias en comento, sobre todo, porque las mismas indican que para comprobar el cuerpo del delito, se debe apoyar su demostración en la existencia de un hecho delictivo, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley.

Por lo expuesto, queda claro que no existe una concepción única respecto al vocablo cuerpo del delito, además es obvio que éste evolucionó dentro de los ámbitos doctrinal, legislativo y jurisprudencial, por lo tanto, los señores legisladores en la reforma de 1999 a los artículos 16 y 19 constitucionales, debieron retomar la segunda concepción de cuerpo del delito y perfeccionarla, sin embargo, prefirieron considerarlo sólo como la suma de elementos objetivos.

Ahora bien, el vocablo "*Cuerpo del delito*", es un concepto fundamental en el ámbito procesal mexicano, sobre todo, al plasmarse en la actualidad en la Constitución en sus artículos 16 y 19, por lo tanto, no debe restársele importancia a su alcance y contenido, lo anterior queda de manifiesta en la siguiente tesis jurisprudencial:

CUERPO DEL DELITO.

La ley al establecer el principio de que la comprobación del cuerpo del delito es la base de todo procedimiento penal, quiere significar que la acción coactiva que debe ejercerse sobre el acusado, no puede iniciarse antes de que el cuerpo del delito haya quedado demostrado; pero no que no puedan practicarse diligencias en averiguación de ese delito.

Quinta Época: Tomo XVIII. Pág. 450. Lira J. Guadalupe.

No obstante, a raíz de la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución de fecha 8 de marzo 1999 y, consecuentemente, la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales de fecha 27 de abril de 1999, surge un nuevo criterio jurisprudencial, en torno a lo que debe concebirse por cuerpo del delito, lo anterior queda plasmado en la siguiente tesis de jurisprudencia:

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE.

Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XII,

Septiembre de 2000 Tesis: III.2o.P.67 P Página: 735 Materia: Penal Tesis aislada. Amparo directo 160/2000. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana, Secretario: Marco Antonio Muñiz Cárdenas.

La tesis jurisprudencial transcrita es muy clara al establecer que para dictar una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos subjetivos del tipo penal, es decir, dolo o culpa. Solamente se requerirán de acuerdo con la legislación procesal los elementos objetivos o externos y, excepcionalmente, cuando el tipo lo requiera de los normativos.

Lo anterior, plasma la idea de combatir la delincuencia a través de una menor exigencia al Ministerio Público de los requisitos para obtener del juez una orden de aprehensión, o en su caso, un auto de formal prisión, sin embargo, es importante recordar como se ha demostrado en este trabajo de investigación que los tipos penales son conformados en términos generales por las tres categorías de elementos típicos, es decir, objetivos subjetivos y normativos.²¹⁶

Por lo tanto, al no tomarse en cuenta una de estas categorías que pueden ser tan trascendentes para acreditar un hecho delictivo, probablemente se prive de la libertad a una persona por un delito que no existe, o en su caso, por otro distinto.

Además, en la citada tesis jurisprudencial se menciona que hasta la sentencia el juzgador deberá estudiar los elementos subjetivos o morales, es decir, dolo o culpa, lo cual implica que la probable responsabilidad se deriva de la institución denominada cuerpo del delito prevista en los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal.

²¹⁶ Vid. *Supra*. 2.1.4.

2.3. Reforma de los artículos 16 segundo párrafo y 19 primer párrafo de la constitución

A continuación, se presenta uno de los puntos centrales del actual trabajo de investigación, dentro del cual se analizarán los antecedentes legislativos que dieron origen a la reforma de los artículos 16 y 19 constitucionales.

Como se expondrá, con la reforma se substituye de la constitución la expresión "*Elementos del tipo penal*", originalmente introducida en 1993, por la de "*Cuerpo del delito*", pero como era utilizada antes de la reforma de 1983-84, es decir, sólo como un conjunto de elementos objetivos, dando así un retroceso legislativo, por lo tanto, a continuación se expone el contenido de la iniciativa de reforma y el dictamen del senado respecto a la misma.

2.3.1. Contenido de la iniciativa

Antes de analizar propiamente la reforma constitucional y su aprobación por parte del Senado de la República, es de suma importancia, resaltar el contenido de la iniciativa de reformas enviada por el, entonces, titular del Ejecutivo Federal, respecto de los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Efectivamente, con fecha 10 de diciembre de 1997 el anterior Presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León, presentó ante la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, la iniciativa de reformas a los artículos 16, 19, 22 y 123 apartado B fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual se aprobó por el Senado con fecha 1º de octubre de 1998.²¹⁷

²¹⁷ Cfr. Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Año II, No. 16, abril 29, 1999, p. 1709.

Posteriormente, la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, en su carácter de cámara revisora aprobó en los mismos términos y sin modificaciones la propuesta de reforma constitucional hecha por el ejecutivo Federal, previamente modificada y aprobada por el senado, dicha aprobación de la Cámara de Diputados se realizó sin incorporar modificación alguna a la propuesta de reforma, la cual aprobaron con fecha 10 de noviembre de 1998.²¹⁸

Por último, de acuerdo al artículo 135 constitucional se aprobó la reforma por las legislaturas de los estados, misma que fue promulgada por el primer mandatario del país, con fecha 4 de marzo de 1999 y publicada en el diario Oficial de la federación con fecha 8 de marzo de 1999.²¹⁹

Así en dicho rubro la Constitución en su Título Octavo, acerca de las "Reformas a la Constitución" en el artículo 135 indica lo siguiente:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

A continuación, se pasa al análisis de los puntos relevantes de la iniciativa de reformas propuesta por el Ejecutivo Federal, concretamente en lo que respecta a los artículos 16 y 19 constitucionales, por ser el tema central de estudio de la presente investigación.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Idem.

Primeramente, se expondrán los aspectos de la iniciativa referente al 16 constitucional, por lo tanto, es indispensable recordar que dicho artículo no habría sufrido modificación de fondo desde la expedición de la constitución de 1917 hasta el año de 1993.

Lo anterior, debido a que la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 3 de febrero de 1983 que lo adicionó, solamente reubicó en este artículo como párrafos penúltimo y último respectivamente, el contenido de los artículos 25 y 26 del texto original de 1917, estos numerales que desde 1983 son los párrafos finales del artículo 16, se refieren a la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio de particulares por miembros del ejército.²²⁰

Posteriormente, como se recordará en 1993 se reformó el artículo en comento, innovando que fuese requisito indispensable para dictar una orden de aprehensión acreditar los elementos que integran al tipo penal, es decir, se incluye el concepto elementos del tipo penal.

Una vez establecidos algunos antecedentes histórico-legislativos acerca del artículo 16 Constitucional, se vuelve al análisis de la iniciativa de reformas, la cual dentro de su exposición de motivos, propone reformar el segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, para así obtener una orden de aprehensión, proponiendo la misma en los siguientes términos:

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la 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".²²¹

²²⁰ *Gaceta Parlamentaria del H. Congreso de la Unión*. Año II. No. 26, noviembre 10, 1998, p. 1879.

²²¹ Cit. Por. García Ramírez, Sergio. *Revista Criminalia*. Año LXIV. No.1. México, D.F., enero-abril. Editorial Porrúa 1998. p. 17.

Por ende, uno de los principales argumentos dentro de la exposición de motivos, de la iniciativa en estudio, para proponer la reforma es el siguiente:

**Antes de 1993, para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión se requería que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado. Con la reforma, se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal – objetivos, subjetivos y normativos– así como la probable responsabilidad del indiciado.*

Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997, de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron ordenes de aprehensión en más del 20%.

Lo anterior muestra que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público desde la averiguación previa, evita el enjuiciamiento de presuntos responsables provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad.

La iniciativa que sometemos a la consideración de esa Soberanía, propone flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 Constitucional para obtener una orden de aprehensión. Se sugiere sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal así como la probable responsabilidad del indiciado. Esta medida conserva planamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales, y permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia".²²²

Como puede observarse, la iniciativa afirma que antes de 1993, para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión, se requería solamente que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado y, que con la reforma se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado.

²²² Cit. Por. Lari Espinoza, Saúl. Op. Cit. pp. 143-144.

Dicha afirmación es totalmente errónea, pues, si bien el original artículo 16 constitucional de 1917 no establecía de forma explícita, la comprobación del cuerpo del delito como un requisito indispensable para dictar una orden de aprehensión, es obvio, que si éste no estaba acreditado no había base legal para resolver la probable responsabilidad de una persona en un hecho delictivo, así en el texto original se decía: "... hecho determinado que la ley castigue con pena corporal". En este sentido, el maestro Sergio García Ramírez, en su momento afirmó:

"Se ha sostenido uniformemente que para pedir y resolver una orden de aprehensión no es necesario que este acreditado el cuerpo del delito, sino basta con se cumpla con lo exigido por el artículo 16 constitucional, es decir, basta con la probable o presunta responsabilidad del indiciado. Sin embargo, considérese que dados los que 'llamamos presupuestos normales de la consignación', y considerando que ésta ocurre antes de que se dicte orden de aprehensión, previamente a la solicitud de tal mandato ya se deberá haber probado el corpus criminis, o al menos se habrá procurado comprobarlo".²²³

Es necesario recordar que uno de los principales motivos para llevar a cabo la reforma al artículo 16 constitucional en 1993 fue el de superar la "ambigüedad" del mismo, el cual no señalaba de forma clara, la obligación de probar el hecho penalmente relevante, debido a que existía confusión en cuanto a que la mención de pruebas se refería solamente a la probable responsabilidad.

De lo expuesto, es obvio que los argumentos de la iniciativa van dirigidos a desacreditar la reforma de 1993, en la cual se innovó e introdujo que se debían acreditar los elementos del tipo penal, para acreditar una orden de aprehensión, con el fin de unificar criterios respecto de la acreditación de un ilícito penal y de su imputación a una persona, restándole importancia al avance legislativo e histórico

²²³ Cit. Por. Sosa Ortiz, Alejandro. Op. Cit. p. 49.

que se dio con dicha reforma en la cual se dejó el sistema causalista para dar paso al finalismo.²²⁴

Asimismo, se cataloga dentro de la iniciativa a los elementos del tipo penal como tecnicismos legales, cuestión que no sólo es absurda, sino que además pone en evidencia el desconocimiento de los alcances y limitaciones del sistema finalista.

Por lo tanto, se indica que debido a este grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público, derivado de la acreditación de los elementos del tipo penal, se debe el incremento de la delincuencia e impunidad, respaldándose para dicha afirmación en un índice estadístico de otorgamiento de ordenes de aprehensión que sólo refleja el manejo político de la iniciativa.

Lo anterior, es a todas luces un argumento poco creíble, sobre todo, porque responsabiliza a las instituciones de procurar e impartir justicia de la pérdida de seguridad jurídica, lo cual no es totalmente erróneo debido a que por sus malas y deficientes actuaciones, muchos delincuentes evaden la acción de la justicia, sin embargo, no es la única causa que propicia el aumento delictivo, por ende, es obvio que la iniciativa no toma en cuenta las razones éticas, políticas, culturales, económicas y sociales que propician actos de corrupción e impunidad.

Dicho de otra forma, la iniciativa no da una nueva perspectiva acerca de cual debe ser el papel del Ministerio Público en México, sólo se concreta a facilitarle su labor, la cual está muy lejos de tener la suficiente capacidad técnica, profesional y ética que su actuación requiere, por lo tanto, en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación, se expondrá cual debe ser el papel del Ministerio Público con la reforma.²²⁵

²²⁴ Vid. Supra. 1.3.1.

²²⁵ Vid. Infra. 3.3.

Otro aspecto que llama la atención es el uso de la expresión "flexibilizar" dentro de la iniciativa, refiriéndose a los requisitos que debe acreditar el Ministerio Público para obtener una orden de aprehensión, bajo el pretexto de que la actuación del mismo desde la Averiguación Previa se ha visto obstaculizada por el excesivo grado de exigencia probatoria impuesta.

En este sentido, el maestro Fernando García Cordero en torno a la expresión flexibilizar, incluida dentro de la multicitada exposición de motivos de la iniciativa en estudio, menciona lo siguiente:

*"He aquí un ejemplo de un lenguaje extraño al derecho y la técnica jurídica. No me imagino de donde procede la palabra flexibilizar y si ante un evento tan delicado como una orden de aprehensión que puede cambiar para siempre la vida de un ciudadano se puede ser flexible Sin embargo, en rigor, el modelo de Derecho Penal que hoy se imita está lleno de estas autoritarias, duras y rígidas flexibilidades: detenciones bajo sospecha; delaciones anónimas; cateos sin orden jurisdiccional; intervención en los medios de comunicación, teléfonos, fax-modem; etcétera."*²²⁶

De esta forma, junto con la reducción de exigencias probatorias (flexibilidad) favorables al Ministerio Público, se sugirió que para obtener una orden de aprehensión fuese necesario que "... existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Ahora bien, cabe hacer algunos comentarios en torno a dicha propuesta; en primer lugar, si se habla de una "probable" existencia de elementos objetivos del tipo penal, esto significaría que se obtendría una orden de aprehensión, sin que se tuviera como un mínimo de garantía la "plena" exigencia probatoria fundada y motivada en un raciocinio lógico y legal para así acreditar los elementos objetivos del tipo penal.

²²⁶ Op. Cit. p. 100.

En segundo lugar, hablar sólo de la acreditación de elementos objetivos conlleva también un error y un retroceso al causalismo, debido a que eso equivaldría a la afirmación de que todos los tipos penales y, por consecuencia, los delitos establecidos dentro de la descripción típica de la norma penal, se forman solamente de dichos elementos, cuestión que en su momento ya fue aclarada como totalmente errónea.²²⁷

Por ende, lo anterior traería como consecuencia necesaria que a partir de la mencionada *"probable existencia"* de los elementos objetivos se disminuiría de forma importante la garantía de seguridad jurídica que debe prevalecer en el artículo 16 Constitucional, sobre todo, por ser una garantía individual y no institucional protectora de la actuación del Ministerio Público. En este sentido, el maestro Raúl Plasencia Villanueva, menciona:

*"El reducir los requisitos para librar una orden de aprehensión a simplemente 'hacer probable acreditar los elementos objetivos', no releva al agente del Ministerio Público de la sería responsabilidad de acreditar los restantes elementos del tipo penal, ni puede significar una disminución de lo que para algunos son 'formalismos legales' y que para nosotros constituyen el mínimo de derechos a favor de los gobernados".*²²⁸

De igual forma, el doctrinario Saúl Lara Espinoza, refiriéndose a estos mismos aspectos señala:

"Ahora bien, al pretender exigir la iniciativa de reforma, para el libramiento de una orden de aprehensión, sólo el acreditamiento de los elementos objetivos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, significa, no sólo flexibilizar dichos requisitos, sino fundamentalmente, regresar el sistema de la teoría causalista del delito. Pero más aún, disminuir la seguridad jurídica en perjuicio de los gobernados, y poner en peligro a los individuos, ante el

²²⁷ Vid. Snpm. 2.1.4.

²²⁸ Plasencia Villanueva, Raúl. *Revista Criminología*. Año LXIV. No.1. México, D.F. enero-abril. Editorial Porrúa. 1998. p. 115.

abuso de la autoridad encargada de la persecución de los delincuentes, esto es, el Ministerio Público y la Policía Judicial.²²⁹

De lo expuesto, se puede observar una cuestión interesante y a la vez preocupante, esto es, con dicha propuesta de reforma se prevé el regreso del "Causalismo", donde como se recordará el tipo penal se componía únicamente por elementos objetivos-descriptivos o materiales y, excepcionalmente, por los llamados elementos normativos, sobre todo, en su etapa neoclásica, sin embargo, dicha cuestión fue superada como ya se expuso por los sistemas "Finalista" y "Funcionalista".²³⁰

Por lo tanto, si se toma como base dicho sistema causalista, entonces, indudablemente se estaría dando un retroceso al Derecho Penal en México, además de convertirlo en un derecho autoritario y no en un derecho democrático que garantice y salvaguarde el total respeto a las garantías individuales.

Otro aspecto interesante, es el hecho de que en la multitudada iniciativa se suprimiera, aunque sin exponer los motivos, una figura confusa y poco entendible como la "acusación", por ende, se puede catalogar como un cambio satisfactorio aunque de fondo no trascendental.

Un aspecto que parece fundamental, dentro de los argumentos dados por el Ejecutivo Federal, en la exposición de motivos, es el afirmar que después de cuatro años de aplicación del anterior texto constitucional, es decir, el surgido por la reforma de 1993-94, no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados.

En este sentido, el doctrinario Saúl Lara Espinoza, al analizar la iniciativa de reforma constitucional afirma:

²²⁹ Op. Cit. p. 145.

²³⁰ Vid. Suprn. 2.1.3.

"Lo cual, por cierto, es absolutamente contrario a lo señalado por las comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia del Congreso de la Unión, en el dictamen de la reforma a este mismo precepto publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre de 1993, al referir que el propósito fundamental de la misma, era, precisamente, la de guardar en equilibrio el conjunto de las libertades de los individuos con la pretensión punitiva del Estado".²³¹

A su vez, el maestro Sergio García Ramírez respecto de estos mismos argumentos dados en la iniciativa de reformas opina:

"En primer término, la norma no sólo establece las condiciones para librar orden de aprehensión, o bien, en su caso, de comparecencia o presentación, sino también determina, los fines, el propósito, y por ende los requisitos para el ejercicio de la acción penal. En segundo término, no se "conserva plenamente" el equilibrio procesal; al menos, no en la forma en que lo hace el precepto en vigor, y sólo así cabría hablar de que se "conserva" algo; si no es así, lo que se hace es "modificar", "alterar", "cambiar" ese equilibrio. Otra cosa es ver si ese cambio resulta necesario o prescindible, provechoso o pernicioso, no sólo en la teoría, sujeta a la prueba de la razón, que con frecuencia se supera, sino en la práctica, sometida a la prueba de la experiencia que rara vez se aprueba".²³²

Dentro de la iniciativa de reformas, también se propuso la reforma del "artículo 19 constitucional" en su primer párrafo, la adición de un segundo párrafo y donde los dos subsecuentes, pasan a ser un tercero y cuarto párrafos, siendo el texto propuesto fue el siguiente:

Artículo 19. - Ninguna detención ante la 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

²³¹ Op. Cit. p. 144.

²³² Revista Criminología. Op. Cit. pp. 17-18.

existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad.

*Este término podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad en donde se encuentre internado el indiciado, que dentro del término antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de aceptación de la solicitud de la prórroga, deberá llamar la atención al juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no recibe la constancia mencionada de las tres horas siguientes pondrá al indiciado en libertad.*²³³

Como se observa, el texto propuesto destaca que para el libramiento de un auto de formal prisión se tenga acreditada: "... la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal" que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad.

Asimismo, entre los argumentos más sobresalientes, para proponer la reforma al artículo 19 constitucional, dentro de la exposición de motivos, destacan los siguientes:

"Antes de 1993, para que se librara un auto de formal prisión únicamente debían estar acreditados los elementos objetivos del delito y después de la reforma, se debían acreditar todos los elementos del tipo penal —objetivos, subjetivos y normativos—, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Cabe mencionar que los últimos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concretamente el expresado en la tesis 6/97, han hecho aún más rígido el acreditamiento de los elementos del tipo penal, al señalar, con toda claridad, que el auto de formal prisión deben estar acreditados, según sea el caso: 1) La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro; 2) La forma de intervención del sujeto activo; 3) Si la acción u omisión fue dolosa o culposa; 4) La calidad de los sujetos activo y pasivo; 5) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; 6) El objeto material; 7) Los medios

²³³ Cfr. Lara Espinoza, Saúl, Op. Cit. p. 256.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

utilizados; 8) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; 9) Los elementos normativos, y 10) Los elementos subjetivos específicos; así como la probable responsabilidad del indiciado. Además deben señalarse todas las modificaciones del delito o sus calificativas, por ejemplo: homicidio (tipo básico); homicidio calificado (tipo complementado); que pesen sobre el inculpado en la comisión de una conducta delictiva.

La presente iniciativa propone reformar el segundo párrafo del artículo 19 de la Carta Magna, para que en el libramiento de un auto de formal prisión se acredite la plena existencia de los elementos del tipo penal, y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

La reforma a los artículos 16 y 19 propuesta, pretende evitar que la actividad del Ministerio Público y del juez, durante la fase de preinstrucción antes del proceso legal, sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario. El proceso penal no debe de estar limitado únicamente a la acreditación de la plena responsabilidad del inculpado, pues como se señaló anteriormente, es durante la averiguación previa y la consignación cuando se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

La iniciativa respeta los principios consagrados en la reforma de 1993, pero los desarrolla y perfecciona para hacer más eficiente la actuación de los órganos de justicia, conservando plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria y los derechos de los gobernados en las garantías individuales.

Es importante precisar que la exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público no se reduce con la reforma. Simplemente esta exigencia se complementa en las etapas procesales idóneas.

La reforma permitirá que tanto a nivel federal como estatal, se adopten medidas legales que permitan dotar a los órganos de procurar justicia de mayores instrumentos para combatir la delincuencia.²³⁴

Cabe aclarar algunos argumentos dados por el anterior Ejecutivo Federal de forma errónea; así se afirma que antes de la reforma de 1993, para que se librara un auto de formal de prisión únicamente debían estar acreditados sólo los elementos objetivos del delito y, por ende, después de la reforma se tenían que

²³⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 257-258.

acreditar todos los elementos del tipo, es decir, objetivos, subjetivos y normativos, así como la probable responsabilidad del indiciado.

La anterior afirmación es confusa y equivocada porque insiste en afirmar que con la reforma de 1993 sólo se dio un cambio de conceptos, es decir, *"Cuerpo del delito"* por *"Elementos del tipo penal"*, considerándolos como sinónimos y aún más cataloga al cuerpo del delito, sólo como un conjunto de elementos objetivos, lo cual como se recordará, en su momento, se indicó como una postura inexacta.²³⁵

Ahora bien, es cierto, que en algún momento la jurisprudencia se pronunció en el sentido de acreditar sólo elementos objetivos para comprobar el cuerpo del delito, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, posteriormente, se pronunció en considerar que la comprobación y, consecuentemente, la integración del cuerpo del delito se daba por la *"... existencia de todos los elementos constitutivos de la conducta o hecho delictuoso"*, es decir, por las tres categorías de elementos típicos: objetivos, subjetivos y normativos.²³⁶

Esto es, el anterior criterio surgido de la reforma de 1983-1984, permaneció y trato de perfeccionarse en la reforma de 1993-1994, por lo tanto, no se trato solamente de un cambio de expresiones o conceptos como erróneamente, pretende hacer creer el Ejecutivo Federal en la citada iniciativa.

Otro error en el que incurre la multicitada exposición de motivos, es el de afirmar que los últimos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, específicamente, el expresado en la tesis jurisprudencial 8/97, han hecho más rígido el acreditamiento de los elementos del tipo penal. En este sentido, el doctrinario Saúl Lara Espinoza expresa:

²³⁵ Vid. Supra. 2.2.2.

²³⁶ Vid. Supra. 2.2.4.

"Ahora bien, en cuanto al criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concretamente el expresado en la tesis jurisprudencial 6/97, que señala en la exposición de motivos de la referida iniciativa, en la cual se precisan los elementos del tipo penal que han de acreditarse para el auto de formal prisión, son los mismos que exigen los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 170 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sinaloa, de tal suerte que, el máximo tribunal del país, no está exigiendo nada fuera de esos preceptos".²³⁷

Por su parte, el maestro Sergio García Ramírez, opina:

"La exposición de motivos pone en la cuenta de la Suprema Corte de Justicia el 'haber hecho aún más rígido el acreditamiento de los elementos del tipo penal', y señala cuales son las exigencias jurisprudenciales que han determinado semejante 'rigidez'. Pero del enunciado que formula la exposición se desprende, fuera de dudas, que dichas exigencias no derivan de la jurisprudencia, sino literalmente de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código equivalente para el Distrito Federal".²³⁸

Efectivamente, como bien lo señalan los citados autores, dichas exigencias probatorias no se derivaron de la jurisprudencia, sino del contenido de los artículos 168 y 122 de los Códigos de Procedimientos Penales, tanto Federal, como del Distrito Federal respectivamente, reformados en el periodo de 1993-1994.²³⁹

Ahora bien, el problema de interpretación que surgió del contenido de los artículos 16 y 19 constitucionales debido a la reforma de 1993, en cuanto, a la acreditación de los llamados "elementos del tipo penal", surge a partir del desconocimiento y mala interpretación acerca de si dicha acreditación debía ser plena, cuestión que en los citados artículos y en la ley procesal no estaba

²³⁷ Op. Cit. p. 259.

²³⁸ Revista Criminalia. Op. Cit. p. 19.

²³⁹ Vid. Supra. 1.3.2.

establecida, por lo tanto, este aspecto provocó muchas veces, fricciones entre el agente del Ministerio Público y el Juez.

Por ende, la falta de comprensión e interpretación debida de dichos textos constitucionales, hizo suponer que siempre debían estar acreditados todos los elementos del tipo penal de forma plena, es decir, no se llegó a comprender que la acreditación de *'todos'* los elementos era necesaria sólo si el tipo penal así lo requería de forma explícita o implícita.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia, no elaboraron un trabajo lo suficientemente amplio y entendible respecto al grado de acreditación de los elementos del tipo penal, además tampoco se precisó donde debía preverse esta acreditación, es decir, si debía estar establecido en la Constitución, en el Código de Procedimientos Penales, o bien, mediante criterios jurisprudenciales.

En este sentido, el maestro Moisés Moreno Hernández, de forma sumamente clara señala lo siguiente:

'En todo caso, por 'acreditación plena' – sin que ello sea exigido expresamente para los efectos de las resoluciones a que se refieren los artículos 16 y 19 constitucionales – habría que entender la acreditación de 'todos y cada uno de los elementos del tipo penal', independientemente del 'grado de acreditación', el que habrá que atender en razón del momento procesal y de la función que en dicho momento tienen las diversas resoluciones judiciales.

Seguramente no podrá exigirse el mismo grado de acreditación para los efectos de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión que para una sentencia condenatoria. La cuestión será determinar si ese problema habrá que preverlo en la Constitución o corresponde hacerlo únicamente en el Código de Procedimientos Penales'.²⁴⁰

²⁴⁰ Moreno Hernández, Moisés. *Revista Criminalia*. Año LXIV, No. 1. México, D.F., enero-abril. Editorial Porrúa, 1993, p. 99.

Efectivamente, si se hubiera elaborado un trabajo serio respecto al grado de acreditación de los elementos del tipo, esto habría traído un beneficio no solamente al sistema penal mexicano, sino también se hubiera evitado la intención de reformar nuevamente los artículos 16 y 19 constitucionales, basándose en viejas medidas poco eficaces y pretendiendo desacreditar los anteriores avances legislativos.

Además, la propuesta de algo tan absurdo como la referencia solamente a los elementos objetivos del tipo penal ya sea para librar una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, conlleva necesariamente un desconocimiento de que el tipo penal, en términos generales, se forma por las tres categorías de elementos, es decir, objetivos, subjetivos y normativos, y que en lo particular, puede formarse por algunos o todos los elementos.

Dicho de otra forma, buscar acreditar solamente los elementos objetivos del tipo penal y de dicha acreditación derivar la probable responsabilidad, traería necesariamente la consecuencia de que se facilite la persecución por parte del Ministerio Público y de la Policía Judicial.

Otro aspecto, argumentado en la multitudada iniciativa de reformas, es el de considerar que conjuntamente con la supuesta rigidez, establecida en los criterios de la Suprema Corte para acreditar los elementos del tipo, se tenían que señalar todas las calificativas o modificativas del delito, que pesen sobre el inculcado en la comisión de un ilícito.

Una vez más la anterior afirmación pone de manifiesto, la falta de conocimiento y criterio jurídico suficiente, acerca de los alcances del anterior texto constitucional, no sólo por parte del Ejecutivo Federal, también de los encargados de aplicarlo, es decir, Ministerio Público y Órgano Judicial.

Ahora bien, cabe aclarar en este aspecto que son las modificativas o calificativas y si efectivamente forman parte del tipo, las cuales son también modalidades del delito.

Acerca de las modificativas o calificativas, el doctrinario Francesco Antolisei, afirma lo siguiente:

"Circunstancia del delito es lo que rodea al delito, distinguiéndose de los elementos esenciales de éste, y por ende, pueden existir o no, sin que el delito desaparezca de su forma normal, caracterizándose porque de ordinario determinan una mayor o menor gravedad del delito y consecuentemente, un agravamiento o atenuación de la pena. Por tanto, lo correcto es hablar de circunstancias agravantes y atenuantes".²⁴¹

El doctrinario, Sergio García Ramírez, acerca de los argumentos expresados dentro de la exposición de motivos de la iniciativa en estudio, referente a las calificativas o modificativas, expresa:

"En lo que toca al señalamiento de las modificativas o calificativas del delito –que también coloca la Exp. Mot. Bajo la queja de rigidez creada por la Corte-, es evidente que dichos elementos forman parte del tipo penal, y no son ajenos a éste en la especie viene al caso un tipo complementado, no simplemente un tipo básico... cuando se ejercita acción, se dicta formal prisión y se emite sentencia, la autoridad debe tomar en cuenta el tipo que verdaderamente se presenta en la especie, que puede ser uno complementado, diferente y autónomo al básico".²⁴²

Ahora bien, con el fin de comprender mejor que son los tipos complementados, se cita al maestro Gustavo Malo Camacho, quien señala lo siguiente:

²⁴¹ Cit. Por. Sosa Ortiz, Alejandro, Op. Cit. p. 15.

²⁴² Revista Criminología, Op. Cit. p. 19.

"Los tipos complementados se conforman con los elementos de un tipo básico, a los que se suman otros elementos más, denominados circunstancias cualificantes o atenuantes, que aparecen previstos en una disposición distinta de la ley penal, los cuales, sumados, conforman un tipo delictivo nuevo y diverso, el cual, de acuerdo con sus características, podrá suponer un mayor o menor grado del injusto y, en función de ello, observará una elevación o disminución de la punibilidad respecto de la prevista para el tipo básico".²⁴³

De lo expuesto, se puede concluir que las llamadas modificativas o calificativas, solamente forman parte de un tipo penal, cuando efectivamente, aparecen circunstancias que agravan o atenúan la punibilidad de un delito, es decir, se crea un nuevo tipo llamado tipo complementado.

En resumen, la iniciativa de reforma, que después del dictamen del senado se tradujo en un nuevo texto para los artículos 16 y 19 constitucionales, tiene graves errores en su técnica jurídica, además de no representar un estudio y/o análisis serio de la problemática que el país enfrenta en el ámbito de impartición y procuración de justicia, lo cual pone de manifiesto la incapacidad de legisladores y encargados de procurar e impartir justicia, para poder dar una mayor congruencia al anterior texto constitucional de 1993.

En conclusión, uno de los puntos más cuestionables de la iniciativa, es el de pretender frenar la delincuencia, a través de dar mayores facultades discrecionales a la actuación del Ministerio Público, es decir, pretende facilitar su tarea en lugar de proteger los derechos de los gobernados, plasmados en la constitución, a través de la propuesta de acreditar sólo los elementos objetivos del tipo penal para librar una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

²⁴³ Op. Cit. p. 313.

2.3.2. El dictamen del Senado

Una vez que se presentó la iniciativa presidencial de decreto de reforma constitucional a los artículos 16, 19, 22 y 123 apartado B fracción XII, fue turnada en un principio a las Comisiones de Justicia de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión para su revisión y aprobación.

Entonces, el Senado de la República, decidió elaborar un amplio dictamen sobre el decreto de reforma, dirigiéndolo a la Honorable Asamblea del Senado y dentro del cual fijó su postura, respecto a la iniciativa propuesta.

El dictamen, se divide en cuatro apartados principales de exposición, los cuales son: 1) *Metodología del dictamen*; 2) *Antecedentes*; 3) *Valoración*; y 4) *Consideraciones particulares y cambios a la iniciativa*. Por último, en el dictamen se inserta el texto de la iniciativa con las modificaciones efectuadas, es decir, el decreto que reforma los artículos 16 y 19 constitucionales.²⁴⁴

Primeramente, se analizará la denominada "*Metodología del dictamen*", la cual representa la parte introductoria del dictamen, sin embargo, dentro de la misma no se deja en claro que tipo de procedimiento sistemático, científico, deductivo o inductivo, se utilizó para elaborar el dictamen.

Es decir, lo único que se hace es describir cuales son las partes que componen al dictamen, lo cual da la idea de que el mismo se elaboró sin tener bases sólidas acerca de la conveniencia o no de la reforma propuesta, o bien, de la realidad social.

²⁴⁴ Vid. Anexo.

Asimismo, un segundo punto de análisis lo conforman los llamados "Antecedentes", los cuales no refieren nada acerca de una verdadera valoración histórica, doctrinal y jurisprudencial, sobre las figuras planteadas para su reforma, es decir, no se realiza un estudio serio de los conceptos procesales, elementos del tipo y cuerpo del delito, sólo se resumen los trabajos realizados por el Senado de la Republica para realizar el dictamen.²⁴⁵

En este sentido, el maestro Fernando García Cordero, menciona:

"En efecto, por metodología del dictamen, las comisiones en tienden la descripción de las partes que componen el texto, es decir, el índice. Los antecedentes, por su parte, remiten a los trabajos realizados por el Senado de la República para la elaboración del dictamen. Ponen énfasis en los foros regionales celebrados en Tijuana, Villahermosa, Monterrey, Guadalajara y Mérida. La palabra foro sugiere un espacio abierto para el debate, una suerte de consenso. Pero, en realidad, las cosas no fueron así, los foros fueron cerrados, selectivos y manipulados, es decir, una tribuna dirigida a los medios, no a la sociedad, una plataforma publicitaria."²⁴⁶

En este punto, cabe reflexionar un poco acerca del papel del legislador mexicano, el cual por muchos años ha venido a imponer leyes escasamente estudiadas y realizadas con una deficiente técnica jurídica.

Por desgracia, en México se ha llegado al grado de querer resolver los problemas sociales, a través de imponer reformas legales, sobre todo, a la Constitución, como si esto fuera la única solución a los serios problemas económicos, políticos, sociales y culturales, que generan delincuencia e inseguridad.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ Op. Cit. p. 103.

En este aspecto, la tratadista Olga Islas de González Mariscal, en comento del decreto de reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales opina:

"En los últimos años se han agudizado los problemas relativos a la justicia penal. La respuesta oficial ha sido, invariablemente, la misma: la reforma a la legislación, incluida la reforma a la Constitución, como si ésta fuera la única vía, o al menos la mejor, para resolver el incremento de la delincuencia y de la impunidad que padecemos.

Vivimos una autentica y aguda fiebre reformista de las leyes. Lamentablemente, las reformas han sido apresuradas, sin la reflexión necesaria y suficiente acerca de las consecuencias que aquellas van a generar".²⁴⁷

El siguiente punto de análisis en el dictamen del Senado es la parte llamada "Valoración", en este apartado se pone de manifiesto la urgencia de combatir la criminalidad y la delincuencia, se admite que la violencia y la inseguridad no son fortuitas; asimismo se afirma que tienen factores perfectamente identificables que las alientan, es decir, impunidad, corrupción e ineficiencia.²⁴⁸

Los anteriores factores, además de la falta de preparación, modernización y profesionalización de los cuerpos policíacos, son para el Senado los aspectos que constituyen la principal justificación para llevar a cabo el análisis de la iniciativa presidencial de reformas propuesta.

No se puede negar, que los factores mencionados, generan delincuencia e impunidad, sin embargo, nuevamente se dejan de lado el análisis de los verdaderos problemas sociales, pretendiendo combatir la delincuencia, a través de una supuesta eficacia de los cuerpos policíacos, es decir, se pretende dar la equivocada idea de que aquí se genera la delincuencia y que ahí mismo debe terminar.

²⁴⁷ Islas de González Mariscal, Olga. Revista Criminalia. Año LXIV. No.1, México, D.F., enero-abril. Editorial Porrúa. 1998. p. 42.

²⁴⁸ Vid. Anexo.

Lo anterior, sin duda es un factor que alienta la delincuencia y la impunidad, sin embargo, los señores legisladores olvidaron que antes de promover una reforma constitucional, debieron primero tratar de solucionar los demás problemas sociales que generan la delincuencia, esto es, bajos salarios, burocratismo, falta de servicios médicos adecuados, falta de apoyo a la producción ganadera y agropecuaria, profesionalización de Ministerios Públicos y Jueces, etc.

En este aspecto, dentro del dictamen se dan algunas cifras sobre lo que el Senado considera la realidad de la administración y procuración de justicia en el país, dichas cifras son las siguientes:

En 1996, en el ámbito federal se iniciaron 74,030 Averiguaciones Previas, de las cuales sólo se consignaron ante el juez 8,940 probables responsables, es decir, al 12% de los indiciados.

En el mismo año, en el Distrito Federal, se hincaron 232,821 Averiguaciones Previas, de las cuales sólo se pudieron consignar a un 10%, es decir, 23,281 indiciados, y de éstos sólo en un 3.8% se logró una sentencia condenatoria.

En el resto del país, se siguieron parámetros similares, ya que de 1,491,860 Averiguaciones Previas, se consignaron solamente un 10%, es decir, 149,186 indiciados.

Para el año de 1997, se iniciaron 1,333,000 Averiguaciones Previas, de las cuales se consignaron a 249,000 indiciados, se libraron 149,000 órdenes de aprehensión, pero sólo se logró la detención de 85,000 personas.²⁴⁹

Ahora bien, las cifras dadas por el Senado, sin duda, son alármanes y pone de manifiesto la necesidad de contar con un sistema de procuración e impartición de justicia más eficaz que haga más eficiente las tareas del Ministerio Público y de la policía investigadora, o mejor dicho, judicial o ministerial, con el fin de generar una reforma integral en materia de seguridad pública.

²⁴⁹ Cfr. Idem.

No obstante, con posterioridad a las estadísticas dadas en el dictamen, se dan argumentos acerca de que la impunidad se combate a través de la búsqueda de medios que hagan más fácil la labor del Ministerio Público, en lugar de referir a la protección de los ciudadanos a través de una reforma adecuada a las garantías individuales.

Por lo tanto, si la finalidad de la reforma es combatir la criminalidad, a través de flexibilizar requisitos para el Ministerio Público como quedó establecido en la iniciativa presidencial, además de mostrar cifras estadísticas que señalen un incremento de aprehensiones y consignaciones, o bien, en la disminución de índices delictivos, entonces, el fin que se busca además de ser erróneo es autoritario. En este sentido, el maestro Enrique Díaz Aranda, expresa:

"No podemos saber, ni comprobar si todas aquellas personas contra quienes se inicio averiguación previa merecían ser procesadas. Lo que sí sabemos y así lo pone de manifiesto el legislador de 1998-99 es que la corrupción, los escasos medios con que cuenta el Ministerio Público y la Policía Judicial, y la falta de preparación de estos órganos, son factores que favorecen esta situación. Ese es el punto neurálgico en el cual se debe buscar una solución".²⁵⁰

Ahora bien, dentro del apartado valoración, se encuentra un subapartado titulado "Las garantías individuales frente al interés de la convivencia social", en el cual se dan argumentos y propuestas poco aceptables con relación a las garantías individuales.

En este subapartado se dan argumentos respecto de las diferencias, que según el Senado existen entre los derechos del hombre y las garantías individuales, poniendo como antecedentes para sus razonamientos, la Constitución de 1824, el Acta de Reformas de 1847, la Constitución de 1857 y la Constitución vigente de 1917.

²⁵⁰ Op. Cit. p. 198.

Dichos argumentos van encaminados, sobre todo, a pretender justificar que los derechos del hombre, por ser conceptos genéricos y abstractos, no pueden suspenderse, sin embargo, afirman que las garantías individuales sí pueden suspenderse y limitarse.²⁵¹

A su vez, el dictamen, acepta que para efectos del mismo, se restringe el alcance de algunas garantías establecidas a favor de quienes esta sujetos a un proceso penal (artículos 16 y 19 constitucionales), bajo el pretexto de que el interés social, en este caso, el combate a la criminalidad, justifica la limitación de las garantías constitucionales.²⁵²

Así los senadores reconocen que la Constitución de 1917, recogió los fundamentos liberales de la Constitución de 1857 en donde se reconocía que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales y, por ende, la Constitución vigente de 1917 retomó dichas ideas liberales bajo el título de "*Garantías individuales*", con el fin primordial de lograr el equilibrio entre los intereses individuales y los colectivos

No obstante, el Senado propone una restricción de las garantías individuales contenidas en los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, por lo tanto, es importante transcribir los textos constitucionales que se refieren a la restricción y suspensión de garantías:

Artículo 1º. - En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Artículo 29. - En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el

²⁵¹ Vid. Anexo.

²⁵² Idem.

Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

Como puede observarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º. Constitucional, en México, el individuo por el hecho de ser persona humana queda protegido, tanto en su aspecto individual como colectivo, es decir, la Constitución establece una serie mínima de derechos a favor de la persona humana.

Por lo tanto, esos derechos le pertenecen a los individuos con total independencia de su sexo, edad, raza o creencia religiosa, los cuales no pueden restringirse ni suspenderse, solamente en los casos y condiciones que la propia Constitución establece, es decir, por lo establecido en el artículo 29 constitucional.

En este aspecto, el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, en análisis del artículo 29, menciona como causas específicas para suspender las garantías individuales, las siguientes:

- 1) *Invasión. Penetración en territorio nacional de fuerzas armadas extranjeras.*
- 2) *Perturbación grave de la paz pública. Motines, revoluciones, rebeliones, etc.*
- 3) *Cualquier otro caso que ponga a la sociedad en grave peligro. Guerra, epidemias, etc.*²⁵³

²⁵³ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. 6ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 2000. p. 190.

Asimismo, el autor citado, respecto de las causas de suspensión de garantías individuales opina:

... el señalamiento de las causas especiales originadoras de la suspensión de garantías individuales no está expresado en forma limitativa o taxativa, sino enunciativa, puesto que deja al arbitrio y discreción de las autoridades... la estimación de la índole y gravedad de una situación de hecho susceptible de provocar la cesación de vigencia de las garantías individuales.²⁵⁴

Como puede observarse, las garantías individuales pueden suspenderse, o en su caso, restringirse cuando en el país exista un peligro lo suficientemente grave, o bien, una situación de emergencia que perturbe la paz social.

Ahora bien, una limitación de garantías individuales no esta establecida de forma explícita en el artículo 29 constitucional, sin embargo, de su análisis se puede inferir que dicha limitación debe suponer, por lo menos, los mismos supuestos que la suspensión, debido a que el artículo 1º. Constitucional así lo establece al hablar conjuntamente de restricción y suspensión de garantías.

A su vez, es importante subrayar también que esa suspensión o limitación de garantías se caracteriza por varias modalidades jurídicas, las cuales son las siguientes:

- 1) *La suspensión debe ser general, es decir, no debe referirse a un solo individuo o individuos determinados.*
- 2) *La suspensión se puede dar de forma nacional o local.*
- 3) *La suspensión debe ser por tiempo limitado, es decir, hasta que se restablezca el orden y/o la paz.*
- 4) *La suspensión no implica a todas las garantías individuales, esto es, solo aquellas que sean un impedimento para llevar a cabo el combate a la emergencia social.²⁵⁵*

²⁵⁴ Ibidem. pp. 190-191.

²⁵⁵ Cfr. Ibidem. pp. 191-192.

De lo expuesto, es obvio, que el Senado de la República no está facultado para llevar a cabo una limitación de garantías individuales, además habría que tomar en cuenta que la delincuencia y la impunidad son, efectivamente, problemas graves que pueden ser resueltos por otro tipo de medidas, sin necesidad de llevar a cabo una reforma tan rigurosa para los gobernados.

Igualmente, es importante mencionar que conforme al principio de Supremacía Constitucional, establecido en el artículo 133 de la Constitución Federal, las legislaciones locales están obligadas a adoptar el concepto cuerpo del delito que se propuso en la reforma constitucional, sin embargo, pueden darle un sentido y alcance distinto en las leyes secundarias.

Asimismo, mucho se podría decir de la equivocada postura del Senado de la República, acerca de las garantías constitucionales, las cuales como es sabido están plasmadas en la Constitución, para que los individuos al invocarlas, queden protegidos contra el abuso de los actos de autoridad y no para facilitar la labor de los órganos encargados de administrar y procurar justicia.

Sin embargo, un análisis histórico, doctrinal, jurisprudencial y legislativo referente a las garantías individuales rebasaría los fines del actual trabajo de investigación, por ende, es importante dejar en claro que los argumentos dados por el legislador no buscan mejorar los medios de procurar e impartir justicia, lo que pretenden es facilitar la labor del Ministerio Público, lo cual pone de manifiesto su ignorancia al pretender garantizar la paz social, limitando la paz individual, esto es, no sólo contradictorio, sino además arbitrario.

Asimismo, bajo estos argumentos poco estudiados y absurdos el Senado de la República, expone el contenido de la iniciativa de reformas en el apartado denominado *"Consideraciones particulares y cambios a la iniciativa"*.

En dicho apartado, se presentan algunas consideraciones previas, en torno a la anterior reforma sufrida en 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales, dichas consideraciones manejan argumentos similares a los expuestos en la iniciativa presidencial, es decir, se argumenta que a partir de la citada reforma, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, que dichas formalidades y tecnicismos excesivos, obligaron al Ministerio Público a integrar expedientes, similares a los requeridos en una sentencia.²⁵⁶

Como se recordara, al analizar la iniciativa se mencionó que la falta de comprensión de los alcances de la reforma de 1993, no puede atribuirse al texto mismo de la ley, sino en mayor medida a la falta de preparación de los órganos encargados de procurar e impartir justicia debido a que existía un desconocimiento teórico, práctico y jurisprudencial, no sólo respecto a la acreditación de los elementos del tipo, sino también del grado de acreditación de los mismos que se necesitaba para librar una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.²⁵⁷

Además, se manifiesta la intención de facilitar su labor al Ministerio Público, como si las garantías individuales, plasmadas en la Ley Suprema, hubieran sido creadas para proteger sus funciones como servidor público, por el contrario, fueron hechas para proteger al ciudadano contra los actos de autoridad.

En lo particular, el dictamen alude que el artículo 16 Constitucional, no debe seguir corriente doctrinal alguna, de lo cual se deduce que este argumento es válido para todo el dictamen.

Al mismo tiempo, llama la atención la anterior afirmación del legislador de no seguir ninguna corriente dogmática, lo cual sin duda se identifica con la postura histórica y autoritaria, que guió en su momento a los redactores del Código Penal

²⁵⁶ Vid. Anexo.

²⁵⁷ Vid. Suprn. 2.3.1.

de 1931, quienes pugnaron al igual que lo hace el legislador de 1998-99, por no seguir ninguna escuela, doctrina, ni sistema penal.²⁵⁸

El legislador actual de 1998-99, critica al legislador de 1993 por haber adoptado el sistema final de la acción, argumentando que dicha doctrina ha tenido éxito en otras naciones, pero no ha resuelto el problema de procuración de justicia en el país.

La postura del Senado no es todo errónea, debido a que la ley no tiene porque hacer referencia a una postura doctrinal, sin embargo, no puede negarse que la dogmática es un auxiliar muy importante, para tener un criterio suficientemente eficaz en la elaboración de leyes penales.

En otras palabras, analizando los diferentes sistemas penales Europeos, o bien, los de creación nacional, se podría determinar lo que puede ser o no aplicable a nuestro país, por lo tanto, desechar sistemas penales más modernos constituye un pensamiento hermético. En este sentido, el doctrinario Enrique Díaz Aranda, indica:

"El legislador de 1998-99 parece haber olvidado varios antecedentes. Para comenzar, no ha tomado en cuenta un presupuesto fundamental y es que a pesar de las diferencias entre México y Europa, nuestra tradición jurídica es romano-canónica-germánica. Es decir, las raíces de nuestro sistema jurídico están ancladas en Europa y por ello es necesario el conocimiento de los desarrollos realizados en Alemania, España e Italia".²⁵⁹

Ahora bien, el Senado consideró pertinente rescatar el vocablo procesal "Cuerpo del delito", aceptando por una parte que dicho concepto no es nuevo en nuestro Derecho, que ha sido ampliamente estudiado y que si bien, se ha interpretado de diferentes formas, afirma que antes de la reforma de 1993, la

²⁵⁸ Vid. Supra. 1.1.3.

²⁵⁹ Op. Cit. p. 202.

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 materialidad de la figura delictiva descrita en la ley penal"*.²⁶⁰

Además, señala que éste debe ser el concepto que se debe rescatar y adecuar en la legislación secundaria, sin embargo, es importante aclarar el error en que incurre el legislador, debido a que parece desconocer, o bien, pretende ignorar el alcance legislativo de la reforma de 1983-84 a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal.

Dicha reforma, como se recordara dio un nuevo sentido al concepto cuerpo del delito, es decir, se le considero al mismo como la *"... existencia de los elementos que integran la descripción o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal"*, esto es, elementos objetivos, subjetivos y normativos.²⁶¹

Asimismo, esa concepción también se plasmó en la jurisprudencia²⁶², por ende, no puede afirmarse que a través del tiempo en México, sólo se ha tenido un concepto objetivo de Cuerpo del delito.

Por lo tanto, el Senado de la República propone adoptar el concepto cuerpo del delito, que se había manejado antes de la reforma de 1983-84, en lugar de referir a la *"... probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal"*, expresión utilizada en la iniciativa presidencial de reformas.

Por ende, cuando el legislador, hace resurgir de forma conjunta los conceptos cuerpo del delito y probable responsabilidad, olvida que esos conceptos adquieren sentido y significado coherente, sólo cuando se atiende a la dogmática jurídica y al sistema penal que se siga, ya sea causalista, finalista o funcionalista.

²⁶⁰ Vid. Anexo.

²⁶¹ Vid. Supra. 1.2.2.

²⁶² Vid. Supra. 2.2.4.

Sin embargo, cuando se retoma el concepto cuerpo del delito, en su aspecto meramente material, entonces, puede afirmarse el regreso de la escuela causalista, es decir, el legislador a pesar de no aceptarlo toma posturas doctrinales.

Lo anterior, significa por una parte el supuesto perfeccionamiento del texto propuesto en la iniciativa, no obstante, a través de un juego de palabras se maneja el mismo criterio al rescatar el antiguo concepto de cuerpo del delito y equipararlo con los elementos objetivos del tipo penal.

Esto es, se incurre en los mismos errores de la iniciativa a pesar de querer disfrazarlo, así lo preocupante de esta postura es que por medio del dictamen y de la reforma se pretende sentar las bases para la persecución de los gobernados al restringir las garantías individuales.

El dictamen del Senado de la República, en la parte relativa al artículo 19 constitucional, propuso también las modificaciones que consideró necesarias, para dar congruencia a lo establecido en el artículo 16 constitucional, proponiendo detallar cuales son los elementos que deberá tomar en cuenta el juez para dictar un auto de formal prisión, teniendo en cuenta que este será el inicio de la prisión preventiva, privando de la libertad al indiciado.

Por lo tanto, el Senado propone detallar esos elementos tal y como se establecía en el texto constitucional anterior a la reforma de 1993, estableciendo para efectos de juicio: *"... el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado."*²⁶³

²⁶³ Vid. Anexo.

En este aspecto, el tratadista Enrique Díaz Aranda, en análisis de las propuestas de reforma en estudio señala:

*“... la Constitución no tiene por qué hacer referencia a los elementos que debe acreditar o solicitar una orden de aprehensión y lo mismo sucede con lo referente al auto de formal prisión y la sentencia del juez. La Constitución debe contener las garantías fundamentales del procesado y las facultades de los Órganos del Estado. Pero el listado de cómo deben ejercer esas funciones se debe dejar para la legislación secundaria, en este caso, procesal y en todo caso sustantiva; es decir, ello debe ser materia bien del código Procesal Penal o del Código penal y no convertir a la Constitución en un resumen apretado de los primeros”.*²⁶⁴

Tiene razón el citado autor en sus comentarios, pues el legislador con la propuesta de reforma al artículo 19 constitucional pretende superar las dificultades que tenía el Ministerio Público para acreditar los elementos del tipo surgidos con la reforma de 1993.

Sin embargo, el legislador de 1998-99 olvida que la dificultad de acreditación de los elementos del tipo se dio principalmente por falta de criterios de interpretación acerca del grado de acreditación de los mismos, ya sea para que se libraré una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

Dicha falta de criterios se encontraba en los órganos encargados de procurar e impartir justicia y no en la letra de la ley, es decir, Ministerio Público y jueces no tenían el suficiente criterio que les permitiera saber que número y grado de elementos se tenían que acreditar para uno u otro delito, además de la falta de criterios jurisprudenciales que aclararan éste punto.²⁶⁵

Asimismo, se considero, substituir la expresión “*plena existencia de los elementos del tipo penal*”, para emitir un auto de formal prisión, por el vocablo

²⁶⁴ Op. Cit. p. 201.

²⁶⁵ Vid. Supra. I.3.2.

"Cuerpo del delito", en los mismos alcances teóricos que el artículo 16 constitucional, por lo tanto, los argumentos y las críticas hechas al citado artículo en sus modificaciones, son igualmente válidas para el análisis del artículo 19 constitucional.

Ahora bien, en lo que respecta a la adición de un segundo párrafo al artículo 19 constitucional, éste solamente es una explicación de lo que se encontraba establecido en la segunda parte del primer párrafo donde se establecía: *"... la prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley"*.

Lo anterior, significaba que la prolongación de dicha detención en su beneficio, no se sancionaba, sin embargo, ahora establece de forma expresa y se prevé que la prórroga que de este término solicite el indiciado se realizará *"... en la forma que señale la ley"*.

En otro aspecto, el texto propuesto ya no habla de "custodios", sino ahora utiliza la expresión autoridad, diciendo: *"... la autoridad en donde se encuentre internado el indiciado, que dentro del término antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de aceptación de la solicitud de prórroga..."*.

En este aspecto, los cambios y aclaraciones terminológicas realizados, dentro del segundo párrafo, si bien, no son trascendentales parecen correctos.

El dictamen sigue con el análisis de los artículos 20, 22 y 123 apartado B, fracción XIII, todos de la Constitución, de los cuales no se transcribe ni analiza su contenido, por no ser trascendentes para el fin del actual trabajo de investigación.

Así la iniciativa de reformas fue aprobada en el pleno del Senado de la República el 1º. De octubre de 1998 y en los mismos términos se aprobó sin

modificaciones por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, el 10 de noviembre de 1998.

Posteriormente, se aprobó por las legislaturas de los Estados y fue publicada la reforma en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de marzo de 1999, quedando los textos constitucionales de la siguiente forma:

Artículo 16. -

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

...

...

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

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

En conclusión, el dictamen realizado por el Senado de la República carece al igual que la iniciativa presidencial de reformas, de una técnica jurídica adecuada, además de que maneja argumentos contradictorios y poco creíbles.

Por lo tanto, la reforma sin duda traerá como consecuencia un incremento, en las estadísticas de aprehensiones y consignaciones, o bien, un manejo político de las mismas y de los índices delictivos del país que hagan suponer que la delincuencia ha disminuido lo cual no significa que se combate eficazmente la delincuencia, por el contrario, se están sentando las bases para un mayor abuso del Ministerio Público hacia los gobernados.

2.4. Legislación vigente relativa al cuerpo del delito y la probable responsabilidad

Una vez que se ha expuesto el proceso legislativo que propicio un nuevo contenido para los artículos 16 y 19 constitucionales, es importante analizar como están regulados los conceptos "cuerpo del delito" y "probable responsabilidad", en los ámbitos federal y local.

2.4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Como se recordará, a raíz de la reforma del 8 de marzo de 1999, los artículos 16 (segundo párrafo) y 19 (primer párrafo) de la Constitución, tienen un nuevo contenido respecto al cuerpo del delito y la probable responsabilidad, que dando de la siguiente forma:

Artículo 16. -...

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

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

tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

A consecuencia de la citada reforma constitucional citada resurgen en el ámbito penal mexicano los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad, a raíz de las severas críticas que hizo el legislador de 1998-99 a su similar de 1993-94, por haber adoptado la doctrina final de la acción o finalismo, manifestando que su adopción propició el incremento de la delincuencia e impunidad en México.

Por lo tanto, el legislador de 1998-99 para intentar solucionar el problema de interpretación de los anteriores textos constitucionales y procesales 1993-94 decidió retomar el antiguo concepto de cuerpo del delito existente antes de la reforma de 1983-84, es decir, aquél que se refería al conjunto de elementos objetivos-descriptivos del tipo penal, lo que se conoce como tipo objetivo, concepción propia del causalismo dentro de su periodo clásico.²⁶⁶

Ahora bien, con la reforma de 1999 será suficiente que el Ministerio Público acredite sólo el cuerpo del delito para obtener del juez la orden de aprehensión y lo mismo bastara para que pueda dictarse un auto de formal prisión, es decir, en cualquiera de estos dos momentos procedimentales ya no es indispensable comprobar o acreditar la probable responsabilidad del indiciado, pues ésta se

²⁶⁶ Vid. Supra. 2.3.2.

derivará de los datos que acrediten el cuerpo del delito según se desprende del propio texto del artículo 16 y 19 constitucionales.

No obstante, si por cuerpo del delito se entiende, de acuerdo lo manifestado por el legislador de 1999, como el conjunto de elementos objetivos de la descripción típica, pero no se determina el contenido de la probable responsabilidad, esto, implicaría que el dolo de acuerdo con los postulados del causalismo a pasado a formar parte de la probable responsabilidad.

Ahora bien, si como se menciona tanto para librar una orden de aprehensión como un auto de formal prisión solamente se requiere acreditar el cuerpo del delito, entonces, lo anterior plantea una inquietud de cómo debe entenderse la comprobación e integración del cuerpo del delito, así como sus elementos.

Además, al ser derivada la probable responsabilidad sólo de los elementos objetivos que conforman al cuerpo del delito, de acuerdo a lo establecido en el dictamen del Senado de la República, esto sin duda implicará una menor seguridad jurídica en perjuicio de los gobernados, sobre todo teniendo en cuenta que no todos los tipos penales se forman sólo por elementos objetivos, esto es, en el caso de que la descripción típica lo requiera deben ser analizados también los elementos normativos y subjetivos.²⁶⁷

En este sentido, la tratadista Olga Islas de González Mariscal, menciona lo siguiente:

“Los Códigos penales contienen múltiples tipos que incluyen elementos subjetivos, tan decisivos que sin ellos carecen de relevancia penal, es decir, son totalmente atípicos (carecen de tipo), los correspondientes elementos

²⁶⁷ Vid. Supra. 2.1.4.

objetivos. En otras palabras: la sola objetividad (sin los elementos subjetivos) no es materia del delito.²⁶⁸

Sin embargo, aunque se pudiera acudir a la dogmática jurídico-penal²⁶⁹ para darle un sentido a los conceptos cuerpo del delito y probable responsabilidad, lo anterior es insuficiente sino se atiende a la problemática procesal dentro de la legislación vigente la cual da sentido a los conceptos citados.

Por lo tanto, para entender de mejor forma la problemática en la aplicación de los conceptos procesales cuerpo del delito y probable responsabilidad, es indispensable analizar su regulación dentro del Código Federal de Procedimientos Penales.

2.4.2. Código Federal de Procedimientos Penales

Como se recordará, al llevarse a cabo el Dictamen del Senado de la República, respecto a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, se sugirió rescatar y adecuar en la legislación secundaria, el antiguo concepto de *"cuerpo del delito"*, sustentado por la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien definió al mismo como: *"el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad e la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal"*.²⁷⁰

De ahí, que a través de la reforma de fecha 27 de abril de 1999 al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, dentro del Título Quinto, Capítulo I denominado "Comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculcado", se establezca lo siguiente:

²⁶⁸ Op. Cit. p. 42.

²⁶⁹ Vid. Supra. 2.1.1. y 2.1.2.

²⁷⁰ Vid. Anexo.

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

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

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

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

De lo anterior, llama la atención el hecho de definir al cuerpo del delito, dentro del citado artículo 168, como un conjunto de elementos objetivos o externos y, excepcionalmente, por los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera.

Como es obvio, el legislador siguió la sugerencia hecha por el Senado de la República, en el sentido de considerar al cuerpo del delito sólo como un conjunto de elementos objetivos.

Sin embargo, se crea confusión pues de acuerdo al contenido del artículo 168 dentro del cuerpo del delito, pueden ser incluidos los elementos normativos, entonces, no existe un fundamento firme para considerar que no se debieran incluir los elementos subjetivos, que también forman parte del tipo penal.

A su vez, la acreditación de la probable responsabilidad se deducirá por la participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y que no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o excluyente de culpabilidad.

Lo anterior, pone de manifiesto que el dolo y la culpa han pasado a formar parte de la probable responsabilidad, sin embargo, dicho criterio es confuso, sobre todo, porque atendiendo al principio de supremacía constitucional (artículo 133 constitucional) con relación al artículo 16 de la propia Constitución se establece que la probable responsabilidad se deriva de los datos que acrediten al cuerpo del delito, es decir, de elementos objetivos, donde obviamente no está incluido el dolo o la culpa.

En este aspecto, el doctrinario Enrique Díaz Aranda, al analizar el artículo 168 del código procesal federal, señala lo siguiente:

"Veamos cuál es la estructura de análisis adoptada por el legislador de 1999 en el vigente artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales: ordena en primer término el análisis del cuerpo del delito, el cual se interpreta como el conjunto de elementos descriptivos y normativos del tipo penal; en otras palabras el cuerpo del delito es equivalente a lo que la doctrina penal universal denomina como tipo objetivo. Siguiendo con lo dispuesto en el vigente artículo 168, después del examen del cuerpo del delito o tipo objetivo se debe continuar con la participación del agente e inmediatamente la comisión dolosa o culposa, posteriormente se sigue con la antijuridicidad y se deja en último peldaño a la culpabilidad. ¿Acaso no es la teoría final de la acción la que ubicó sistemáticamente el análisis del dolo entre tipo objetivo y la antijuridicidad?. La respuesta es rotundamente afirmativa y pone en evidencia que el legislador de 1999 no siguió los postulados del causalismo, porque de haberlo hecho ¿tendría que haber ordenado el análisis del dolo en la culpabilidad!?"⁷¹

La anterior opinión del citado autor es sumamente interesante, sobre todo, al considerar que el análisis sistemático al artículo 168 parte del finalismo, no obstante, es una opinión que no se comparte en su totalidad, pues se considera que el legislador mezcla erróneamente ideas causalistas y finalistas.

⁷¹ Op. Cit. p. 224.

Por lo tanto, es obvio que la estructura adoptada dentro del artículo 168 es de tendencia causalista, sobre todo, cuando la constitución se establece que la probable responsabilidad se hará derivar de los datos que acrediten al cuerpo del delito, esto queda ejemplificado a través de la siguiente tesis jurisprudencial:

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE.

Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo

penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XII, Septiembre de 2000 Tesis: Ill.2o.P.67 P Página: 735 Materia: Penal Tesis aislada. Amparo directo 160/2000. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermin Rivera Quintana. Secretario: Marco Antonio Muñoz Cárdenas.

La tesis jurisprudencial transcrita es muy clara al establecer que para dictar una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos subjetivos del tipo penal, es decir, dolo o culpa. Solamente se requieren de acuerdo con la legislación procesal de los elementos objetivos o externos y, excepcionalmente, cuando el tipo lo requiera de los normativos.

Lo anterior, plasma la idea de combatir la delincuencia a través de una menor exigencia al Ministerio Público de los requisitos para obtener del juez una orden de aprehensión, o en su caso, un auto de formal prisión, sin embargo, es importante recordar como se ha demostrado en este trabajo de investigación que los tipos penales son conformados en términos generales por las tres categorías de elementos típicos, es decir, objetivos subjetivos y normativos.²⁷²

Así, al no tomarse en cuenta una de estas categorías que pueden ser tan trascendentes para acreditar un hecho delictivo, probablemente se prive de la libertad a una persona por un delito que no existe, o en su caso, por otro distinto.

Además, en la citada tesis jurisprudencial se menciona que hasta la sentencia el juzgador deberá estudiar los elementos subjetivos o morales, es decir, dolo o culpa, lo cual implica que la probable responsabilidad se deriva de la

²⁷² Vid. Supra. 2.1.4.

institución denominada cuerpo del delito prevista en los artículos 16 y 129 de la Constitución Federal.

Por lo tanto, se puede deducir que esto traerá como consecuencia una situación que generará confusión en la aplicación de criterios, sentando las bases para la persecución de los gobernados, debido a que se les privará de su libertad basado solamente en elementos objetivos, o en su caso, por el sólo resultado material.

2.4.3. Código Penal para el Distrito Federal

Antes de iniciar con la exposición relativa a este punto del actual trabajo de investigación es importante mencionar que por decreto de 18 de marzo de 1999 se modificó la denominación y se reformó el artículo 1º del Código Penal para el Distrito Federal.

Separándose la materia de fuero común de la materia de fuero federal surgiendo de esta forma, un Código Penal Federal el cual establece las mismas reglas que el Código del Distrito Federal pero separa los tipos penales aplicables en materia federal.

Entrando en materia, como es conocido, el delito generalmente es concebido como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, en este aspecto, es importante transcribir los siguientes artículos del Código Penal del Distrito Federal que son idénticos al del Código Penal Federal.

Artículo 7. -

Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite

impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Artículo 8. -

Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Artículo 9.-

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó 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.

Artículo 10.-

La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley.

De los anteriores artículos, llama la atención el hecho de que las acciones u omisiones delictivas (delitos) se puedan realizar de forma dolosa o culposa, por ende, si los delitos se establecen en tipos penales, entonces, es obvio que el dolo o la culpa son elementos típicos indispensables para comprobar un ilícito penal y, por lo tanto, comprobar sus elementos.

Al mismo tiempo, dentro del artículo 9 se sigue haciendo alusión a los elementos del tipo penal, lo cual pone de manifiesto la necesidad de adecuar las normas penales para que no sean contradictorias, pero sobre todo que garanticen la seguridad jurídica de los gobernados.

2.4.4. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

En este punto, solamente se quiere hacer patente la obligación del Ministerio Público de comprobar el Cuerpo del delito como base del ejercicio de la acción penal. Así el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece lo siguiente:

Artículo 2. -

Corresponde al ministerio publico de la federación:

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

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

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

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

V. Perseguir los delitos del orden federal;

VI. Intervenir en el sistema nacional de plantación democrática, en lo que hace a las materias de su competencia;

VII. participar en el sistema nacional de seguridad publica de conformidad con lo establecido en la ley general que establece las bases de coordinación del sistema nacional de seguridad publica, este ordenamiento y demás disposiciones aplicables;

VIII. Dar cumplimiento a las leyes así como a los tratados y acuerdos internacionales en los que se prevea la intervención del gobierno federal en asuntos concernientes a las atribuciones de la institución y con la intervención que, en su caso, corresponda a las dependencias de la administración publica federal;

IX. Representar al gobierno federal en la celebración de convenios de colaboración a que se refiere el artículo 119 de la constitución política de los estados unidos mexicanos;

X. Convenir con las autoridades competentes de las entidades federativas sobre materias del ámbito de su competencia; y

XI. Las demás que las leyes determinen.

Artículo 8. -

La persecución de los delitos del orden federal a que se refiere la fracción v del artículo 2o. de esta ley, comprende:

I. En la averiguación previa:

C) Practicar las diligencias necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, así como para la reparación de los daños y perjuicios causados;

II. Ante los órganos jurisdiccionales:

- a) Ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional competente por los delitos del orden federal cuando exista denuncia o querrela, este acreditado el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes en el hubieren intervenido, solicitando las ordenes de aprehensión o de comparecencia, en su caso;*

A continuación se exponen las posibles consecuencias de la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, así como algunas propuestas afines con la intención de subsanar los errores de la misma.

CAPÍTULO 3

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REFORMA Y PROPUESTAS AFINES

Una vez que se han plasmado los puntos relevantes de la reforma constitucional ocurrida a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, respecto a los conceptos de *"Cuerpo del delito"* y *"Probable responsabilidad"*, como requisitos para librar una orden de aprehensión o, en su caso, dictar un auto de formal prisión, es importante abordar las posibles consecuencias jurídicas de la citada reforma, así como establecer algunas propuestas afines a la misma.

3.1. El incremento de aprehensiones y consignaciones

Como se recordará cuando se llevo a cabo el proceso legislativo para reformar los artículos 16 y 19 constitucionales, específicamente, dentro de la iniciativa presidencial de reformas²⁷³, uno de los principales argumentos fue establecer que el incremento de la delincuencia y la impunidad se debían a tecnicismos legales, catalogando de esta manera la reforma ocurrida en 1993 a estos mismos artículos respecto a los *"Elementos del tipo penal"*

Por lo tanto, a decir de la iniciativa la aplicación de este concepto implicó un índice menor de ordenes de aprehensión y autos de formal prisión, proponiendo *"flexibilizar"* los requisitos para obtener una orden de aprehensión, los cuales serían sólo los elementos objetivos de la descripción típica, con la finalidad primordial de facilitar la labor del Ministerio Público.

A su vez, el Senado de la República al realizar el dictamen de la citada reforma, señaló como justificación para llevar a cabo la misma que de acuerdo con algunas cifras que el propio Senado considera la realidad en la administración y

²⁷³ Vid. *Supra*. 2.3.1.

procuración de justicia, era necesario retomar el concepto "cuerpo del delito";²⁷⁴ pero en un aspecto meramente material u objetivo.

No obstante, al retomarse el antiguo concepto de cuerpo del delito, se buscó primordialmente al igual que en la iniciativa presidencial facilitar la labor del Ministerio Público, además de reconocerse una disminución de garantías, lo cual deja claro que los fines de la reforma fueron, sobre todo, de ideal político buscando elevar las cifras del combate a la delincuencia a través de mayores aprehensiones y consignaciones.

Por lo tanto, el concepto cuerpo del delito plasmado en los artículos 16 y 19 constitucionales adquirió un sentido y alcance que fueron establecidos en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales²⁷⁵, el cual dispone que el cuerpo del delito se entiende como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en caso de que la descripción típica lo requiera, así para el dictado de una orden de aprehensión no requerirá de la comprobación de los elementos moral o subjetivos, es decir, el dolo o la culpa.

Asimismo, en la actualidad se encuentra jurisprudencia en la cual se señala que para dictar una orden de aprehensión, o bien, un auto de formal prisión se estará de conformidad con lo establecido por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales²⁷⁶, por lo tanto, el juzgador hasta la sentencia definitiva deberá entrar en el estudio de los elementos subjetivos, lo cual deja claro la necesidad de establecer con claridad el alcance y sentido de las garantías plasmadas en los artículos 16 y 19 constitucionales, respecto al cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

²⁷⁴ Vid. Supra. 2.3.2.

²⁷⁵ Vid. Supra. 2.4.2.

²⁷⁶ Vid. Idem.

Así al analizar el contenido de los artículos 16 y 19 constitucionales, puede inferirse que para el dictado de una orden de aprehensión, o bien, de un auto de formal prisión se requiere en términos generales que el Ministerio Público haya recabado datos suficientes para comprobar o acreditar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Es decir, en cualquiera de estos dos momentos procedimentales ya no es indispensable comprobar o acreditar de forma independiente la probable responsabilidad del indiciado, pues la misma se derivará de los datos que acrediten al cuerpo del delito, es decir, solamente de elementos objetivos o materiales.

La anterior situación, sin duda, es preocupante debido a que se estarán violando garantías individuales, sobre todo, porque la persona a la que se le impute un delito tendrá menores elementos que aportar a su defensa, pues el Ministerio Público pretenderá consignar de una forma más rápida al acreditar sólo elementos objetivos.

Asimismo, el hecho de acreditar elementos materiales u objetivos, conlleva un error, pues como se ha expuesto, el cuerpo del delito puede estar conformado de acuerdo con la descripción típica por una o varias de las categorías de elementos típicos, es decir, el cuerpo del delito puede integrarse en cada caso específico en alguna de las siguientes formas: 1) Por elementos objetivos; 2) Por elementos objetivos y normativos; 3) Por elementos objetivos y subjetivos; y 4) Por elementos objetivos, subjetivos y normativos.²⁷⁷

Esto es, como regla general el cuerpo del delito se prueba de la existencia de las tres categorías de elementos típicos, sin embargo; en cada caso específico se integrará por todas o algunas de las tres categorías.

²⁷⁷ Vid. Supra.2.2.1.

En conclusión, si se lleva a la práctica los postulados establecidos tanto en la iniciativa de reformas, como en el dictamen del Senado y lo establecido en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, puede preverse el incremento en el número de aprehensiones y consignaciones, por parte del Ministerio Público a quien se le ha facilitado su labor, así como un mayor número de dictados de autos de formal prisión en donde el juez sólo tome en cuenta el aspecto objetivo del tipo, dejando la parte subjetiva hasta la sentencia.

3.2. Dificultad en la acreditación de la tentativa

Un aspecto que es importante mencionar en el actual trabajo de investigación, es el relativo a la acreditación de la "Tentativa" con respecto al concepto procesal de "Cuerpo del delito".

En este orden de ideas, el maestro Fernando Castellano Tena, define la tentativa como: *"... los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto".*²⁷⁸

Por su parte, el Código Penal vigente para el Distrito Federal, respecto a la tentativa establece:

Artículo 12. - Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

²⁷⁸ Op. Cit. p. 287.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Así en el citado artículo se previene la teoría bipartita de la tentativa, en la cual se tiene dos tipos de tentativa: acabada e inacabada, las cuales a continuación, se comentan.

En este aspecto, el citado autor Castellanos Tena, expresa lo siguiente:

"Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. En la tentativa inacabada o delito frustrado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto incompleta su ejecución".²⁷⁹

Asimismo, es importante establecer cual es la relación existente entre tentativa y probable responsabilidad; en este sentido, el doctrinario Francisco Pavón Vasconcelos, afirma:

"El sujeto, al realizar actos de ejecución de un delito, dirige su voluntad a la producción de un resultado antijurídico, siendo dicha voluntad la relación psicológica que habrá de fundamentar la reprochabilidad. En manera alguna puede concebirse una tentativa en la cual la acción no vaya dirigida a la consumación de un delito, de manera que todo acto ejecutivo lleva impreso el dolo de la consumación, resultando característica de la tentativa la proyección de la voluntad a un resultado que a fin de cuentas no es alcanzado por el sujeto".²⁸⁰

²⁷⁹ *ibidem*, p. 289.

²⁸⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal*. 2ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 959.

De lo anterior, se puede deducir que de acuerdo a la relación común existente entre el dolo implícito en el acto ejecutivo de la tentativa y el delito consumado, no es factible la configuración de la tentativa en los delitos culposos, sobre todo, porque en éstos se da la ausencia de la voluntad de cometer un resultado que afecte un bien jurídico tutelado.

A su vez, respecto a la relación existente entre tipicidad y tentativa, el citado autor explica:

"Si toda conducta o hecho, para ser relevante, requiere ser típico, carácter adquirido en cuanto se establece una relación formal con el tipo, la conducta o el hecho incompleto acuñado en la concreta figura puesta en vida a través de la norma amplificadora que prevé la tentativa, únicamente será punto de partida para su valoración, objetiva o normativa, en tanto vive en ella la tipicidad, ya como previsión legal o como adecuación típica".²⁸¹

Lo anterior significa, que en la tentativa se castiga la acción ejecutiva dirigida a la consumación del daño de un bien jurídico protegido, sin embargo, no se castiga la intención de llevarlo a cabo, es decir, aunque el dolo (entendido como intención) este implícito en el acto ejecutivo de la tentativa, lo que es susceptible de sancionarse es la acción ejecutiva que, por supuesto, ha de darse en forma dolosa.

Ahora bien, como en su momento se apuntó al analizar el contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales²⁸², se dedujo que el dolo ha pasado a formar parte de la probable responsabilidad, sin embargo, si durante la Averiguación Previa el Ministerio Público no reúne pruebas respecto al dolo del autor, considerando que sólo debe acreditar el cuerpo del delito basándose en elementos materiales, entonces, queda la duda de cómo acreditar la tentativa.

²⁸¹ Ibidem. p. 961.

²⁸² Vid. Supra. 2.4.2.

Es decir, si la acreditación del cuerpo del delito se basa sólo en elementos objetivos o materiales, entonces, al clasificar un delito no consumado, es decir, cuando se habla de una tentativa puede darse el caso que al no verificarse la existencia de algún elemento subjetivo en la Averiguación Previa, específicamente, el dolo del autor implícito en el acto ejecutivo de la tentativa, entonces, existe la posibilidad de clasificar erróneamente el delito.

Esto es, si se atiende sólo al resultado material, por ejemplo en un delito de lesiones cuando no se comprueba la intención de llevar a cabo un homicidio, entonces, se consignará al agente por el delito de lesiones, no obstante, este delito no absorbe la tentativa de homicidio, por lo tanto, se da la imposibilidad de consignar por una tentativa de homicidio.

En este aspecto, se puede transcribir la siguiente tesis jurisprudencial:

TENTATIVA DE HOMICIDIO; EL DELITO DE LESIONES NO ABSORBE LA.

No es exacto que el delito de lesiones absorba la tentativa de homicidio, y que por lo mismo sólo deba ser sancionado el culpable por las lesiones; por el contrario, cuando hay propósito de matar, el homicidio en grado de tentativa absorbe al delito de lesiones. El que no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para hacerlo y de haberlos empleado con el fin determinado de dar muerte, es responsable de homicidio en grado de tentativa, ya que este delito si no se basa en el resultado, si se funda, en contra del agente, en su intención homicida. En el delito de lesiones la intención debe interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, de donde resulta que el elemento intencional de lesiones contiene en sí mismo uno negativo consistente en la ausencia de voluntad homicida. De aquí que el dolo de las lesiones es excluido por la intención directa de matar que lleva la tentativa de homicidio, y es una cuestión de hecho establecer cuando concurre este propósito, el cual, ciertamente, no puede deducirse de la naturaleza de las lesiones inferidas, pues son las

circunstancias del caso las únicas que pueden señalar si el autor quiso ir más allá y deseó la muerte de la víctima. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 10 Segunda Parte. Página: 43. Amparo Directo 2475/69. Joaquín Hernández Hernández, 27 de octubre de 1969. 5 votos. Ponente: Mario G. Rebollo F.

De los anteriores argumentos, es importante destacar como el dolo, entendido como intención, dentro de la tentativa es un factor sumamente importante para determinar cual es el delito por el cual se ha de consignar, es decir, lesiones o tentativa de homicidio.

Ahora bien, debe quedar claro que en la tentativa no se castiga el dolo, sin embargo, si es importante su acreditación de acuerdo a las circunstancias del caso, es decir, establecer la intención implícita del acto ejecutivo del delito no consumado, lo cual implica que el dolo no puede separarse del acto ejecutivo.

Asimismo, cabe recordar que ha partir de la reforma de 1984 al Código Penal para el Distrito Federal²⁸³, la intención o dolo ya no se presume, por lo tanto, ahora les corresponde a los órganos encargados de procurar e impartir justicia su comprobación, es decir, con la figura del "onus probandi" queda a cargo del Estado la comprobación de la intención. A su vez, el doctrinario Enrique Díaz Aranda, respecto a la tentativa y la reforma en estudio, señala:

*"... si no existe resultado alguno y el Ministerio Público no atendiera al dolo del sujeto activo, ello nos llevaría a la imposibilidad de procesar a alguien por tentativa de lesiones. En efecto, si el Ministerio Público sólo atendiera a los resultados de la conducta y si no hay ninguno, entonces no podría integrar su Averiguación y no podrá ejercer su facultad de consignación. Por consiguiente, ¿habrán desaparecido para siempre las tentativas de lesiones del Derecho Penal Mexicano? Y de paso ¿habrán desaparecido también las tentativas de homicidio cuando no hay resultado de lesiones?"*²⁸⁴

²⁸³ Vid. Supra. 1.2.1.

²⁸⁴ Op. Cit. p. 208.

Como puede verse, la problemática de la acreditación de la tentativa no es fácil, pues a pesar de llevarse a cabo por parte del Ministerio Público una consignación e inclusive si el juez dicta un auto de formal prisión, basado sólo en elementos objetivos, si durante el proceso se llegara a demostrar que el dolo del autor era distinto al delito por el que fue sometido a proceso, entonces, se tendrá que estar reclasificando el delito, por supuesto, hasta antes de que la sentencia cause ejecutoria.

Lo anterior, queda ejemplificado conforme a lo establecido en el artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales:

Artículo 163.- Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores (sujeción a proceso o formal prisión) 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 correspondiente, aún cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores. Dichos autos serán inmediatamente notificados en forma personal a las partes.

En conclusión, si el Ministerio Público durante la Averiguación Previa, conforme a la reforma en estudio no reúne pruebas y datos sobre el dolo del autor, lo anterior, puede provocar confusión en la acreditación de la tentativa de diversos delitos, como fraude, lesiones, homicidio, etc., por ende, debe verse obligado a incluir el dolo en la probable responsabilidad desde la averiguación Previa y no sólo comprobar el cuerpo del delito, para evitar un abuso hacia los gobernados.

3.3. El papel del Ministerio Público con la reforma

Como es sabido, la institución del Ministerio Público en México tiene su fundamento en el párrafo primero del artículo 21 constitucional, donde se establece dicha institución tanto en el ámbito federal, como en el ámbito local.

Artículo 21. - La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato de aquél.

De lo anterior, se infiere que la principal atribución del Ministerio Público en México es la investigación y persecución de los delitos, ahora bien, el Ministerio Público es una institución nombrada por el poder ejecutivo (federal o local) que, sin embargo, es autónomo y actúa en representación del interés social, ejercitando la acción penal y, a su vez, lleva a cabo una tutela social de conformidad a las facultades que se le otorgan en las diversas leyes.

Asimismo, es importante entender que es la acción penal y hacer su distinción de la pretensión punitiva; en este sentido, el tratadista Eugenio Florian define la acción penal de la siguiente forma:

"... el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal domina y da carácter a todo el proceso: lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta".²⁸⁵

Por su parte, el doctrinario Eduardo Massari, respecto a la distinción entre acción penal y pretensión punitiva indica:

"... la pretensión punitiva es el derecho del Estado al castigo del reo - previo un juicio de responsabilidad - en el que se constate el fundamento de la acusación y se declare la consiguiente obligación del imputado a soportar la pena. En cambio, la acción penal es la invocación al juez a fin de que se declare que la acusación está fundada, y aplique en consecuencia la pena".²⁸⁶

²⁸⁵ Cit. Por. Castro, Juventino V. El Ministerio Público en México. 11ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1998. p. 45.

²⁸⁶ Cit. Por. Ibidem. pp. 45-46.

A su vez, el maestro Juventino V. Castro, en torno a estos mismos conceptos explica:

*"La pretensión punitiva, como afirma Massari es la expresión subjetiva de la norma penal, es el derecho subjetivo a la aplicación de la sanción cuando se ha verificado la violación del precepto. Y como tal pertenece al derecho penal sustancial o material. En cambio, la acción es una actividad procesal, que no lleva más fin que el llegar a establecer si el derecho punitivo nació para el Estado en un caso concreto al que se plantea".*²⁸⁷

Con lo anterior, queda claro que la pretensión punitiva pertenece exclusivamente al Estado, refiriéndose al derecho para castigar a quien ha violado una norma penal y, por el contrario, la acción penal es una facultad otorgada al Ministerio Público con la cual se pone en movimiento la actividad procesal penal, cuyo fin principal será dictar una sentencia condenatoria o absolutoria, es decir, con la acción penal se inicia la actividad jurisdiccional del Estado.

Ahora bien, el procedimiento penal en México inicia en su primera fase conocida como "Averiguación Previa" en la cual el órgano investigador, es decir, el Ministerio Público quien en su carácter de autoridad lleva a cabo la actividad de investigación, al tener conocimiento de un hecho que la ley señala como delictivo.

Los requisitos de procedibilidad dentro de la Averiguación Previa son la denuncia y la querrela:

En este sentido, el maestro Marco Antonio Díaz de León, acerca de la denuncia menciona: "La denuncia es la noticia que de palabra o por escrito se da al Ministerio Público o a la Policía Judicial de haberse cometido un delito perseguible de oficio".²⁸⁸

²⁸⁷ Op. Cit. p. 46.

²⁸⁸ Cit. Por. Lara Espinoza, Saúl, Op. Cit. p. 173.

Respecto a la querrela, el maestro César Augusto Osorio y Nieto, la define de la siguiente forma:

“... es la manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o por el ofendido de un delito, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y, en su caso, ejercite la acción penal.”²⁸⁹

La querrela se da como una manifestación de voluntad del sujeto activo, ofendido o legitimado para formularla, en los delitos que no son perseguibles de oficio y mediante la cual el Ministerio Público al tener conocimiento del hecho delictivo debe iniciar e integrar la Averiguación Previa.

Así la actividad de investigación realizada a través de interrogaciones, declaraciones, inspección ministerial, reconstrucción de hechos, confrontación, cateos, careos, fe ministerial, etc., va encaminada a la búsqueda y reunión de elementos necesarios para comprobar el cuerpo del delito y determinar la probable responsabilidad de un sujeto.

Ahora bien, cuando en la Averiguación Previa se han practicado las diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, es decir, existen suficientes elementos y probanzas, entonces, el Ministerio Público se encuentra en la posibilidad de ejercitar la acción penal, a través de la consignación, poniendo en disposición del juez penal todo lo actuado en la Averiguación Previa, así como las personas y cosas que tengan relación con ésta.

²⁸⁹ *ibidem*, pp. 173-174.

Como es sabido, la consignación puede ser con o sin detenido, además de ser una actividad complementaria de la Averiguación Previa, dentro de la cual cuando se efectúa una consignación sin detenido, el Ministerio Público solicitará al juez que libre una orden de aprehensión o comparecencia, según el caso.

Ahora bien, si conforme a la reforma ocurrida a los artículos 16 y 19 constitucionales, el Ministerio Público para solicitar una orden de aprehensión o, en su caso, el juez dicte un auto de formal prisión, se tiene que acreditar el cuerpo del delito sólo comprobando los elementos objetivos de la descripción típica, tal y como lo establece el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como algunas legislaciones locales e inclusive jurisprudencia, entonces, dicha situación ocasionará un perjuicio al gobernado.

Esto es, el fin perseguido por el conjunto de reformas es el de facilitar la labor del Ministerio Público en lugar de salvaguardar las garantías del individuo, sin duda, se olvida o ignora que el Ministerio Público debe mantener su carácter de defensor social y, por lo tanto, tiene la obligación, en términos generales, de recabar datos que comprueben las tres categorías de elementos típicos, es decir, objetivos, subjetivos y normativos.

Así la sola acreditación de elementos objetivos para solicitar una orden de aprehensión y, de este modo, acreditar el cuerpo del delito y, a su vez, derivar de esto la probable responsabilidad facilitará enormemente la persecución a los gobernados por excesos en la actuación del Ministerio Público.

Asimismo, debe quedar claro que no en todos los casos debe el Ministerio Público acreditar todos y cada uno de los elementos típicos, pues su acreditación dependerá de que la descripción típica contenga de forma explícita o implícita todos o algunos de las tres categorías de elementos típicos.

Por lo tanto, cuando se habla de la figura de Ministerio Público, se debe comprender que esta institución no necesita que se le facilite su labor en la solicitud de ordenes de aprehensión, sobre todo, a raíz de una reforma constitucional en cuyo dictamen se reconoce la disminución de garantías individuales.²⁹⁰

Así la labor del Ministerio Público que recae en su enorme responsabilidad como un órgano defensor de la sociedad, debe verse respaldada por una verdadera profesionalización de los agentes del Ministerio Público y de sus auxiliares, es decir, policía judicial o ministerial, para que realmente cumplan su labor de detener a quien a cometido un hecho delictivo.

En este aspecto, el maestro Sergio García Ramírez, respecto a la institución del Ministerio Público en México opina:

*"... en la actualidad esta institución enfrenta nuevas definiciones: es preciso que cumpla una honda revisión, depure su organización y funcionamiento, entienda las necesidades de la justicia, asuma una misión más amplia e intensa que garantice su presencia y grandeza en el porvenir".*²⁹¹

A su vez, el Dr. Raúl Plasencia Villanueva, respecto a la problemática de la impartición de justicia en México, señala lo siguiente:

*"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, profesionalización y, además, están inmersos en una terrible corrupción, cotidianamente descubierta".*²⁹²

²⁹⁰ Vid. Supra. 2.3.2.

²⁹¹ Cit. Por, Díaz Aranda, Enrique. Op. Cit. p. 195.

²⁹² Op. Cit. p. 119.

El autor citado tiene razón al señalar que el problema de procuración de justicia la mayoría de las veces no es causado por la imprecisión de la ley, sin embargo, tampoco se puede negar en el caso concreto de las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales y la subsiguiente hecha al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que las mismas tienen errores que perjudican al ciudadano en sus garantías individuales.

En conclusión, el papel que debe llevar a cabo el Ministerio Público en la actualidad tiene que estar conforme a la búsqueda de capacitación y profesionalismo del mismo, es decir, debe ser en la actualidad un organismo técnico cuya fin primordial sea la protección y salvaguarda de las garantías individuales y no solamente la intención innecesaria de aprehender muchas más personas acreditando sólo los elementos objetivos para comprobar el cuerpo del delito.

3.4. Necesidad de unificar criterios sobre el cuerpo del delito

Dentro del presente punto del actual trabajo de investigación, se pretende destacar la importancia y, consecuentemente, la necesidad de unificar criterios respecto al llamado cuerpo del delito, sobre todo, a raíz de las reformas ocurridas a los artículos 16 y 19 constitucionales con fecha 8 de marzo de 1999.

Como se recordará, el legislador de 1998-99, específicamente dentro del dictamen del Senado de la República, respecto a la iniciativa de reforma a los artículos 16 y 19 de la constitución, consideró pertinente rescatar el vocablo *"Cuerpo del delito"* en lugar de la expresión *"Elementos del tipo penal"*, considerando al primero como: *"... el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito en la ley".*²⁹³

²⁹³ Vid. Supra. 2.3.2.

Es decir, el Senado de la república propuso rescatar y, a su vez, adecuar en la legislación secundaria el concepto cuerpo del delito que se había manejado antes del periodo de reformas ocurrido entre 1983-84, a los artículos 168 y 122 de los Códigos Procesales, Federal y del Distrito Federal respectivamente, esto es, la antigua concepción objetiva o materializada de cuerpo del delito.²⁹⁴

Por lo tanto, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales vigente, señala lo que debe entenderse por cuerpo del delito, en 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 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 de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Como puede observarse, el "nuevo" concepto procesal de cuerpo del delito se integra en forma general por elementos objetivos y, de forma excepcional, por los llamados elementos normativos, dejando de lado a los subjetivos, donde el dolo o la culpa forman parte de la probable responsabilidad.

²⁹⁴ Vid. Supra. 1.2.2.

Ahora bien, cuando el legislador retoma el concepto de cuerpo del delito, olvida o ignora que al mismo se la han dado a través del tiempo diversos significados y alcances doctrinales, plasmados no sólo en la ley, sino inclusive en la jurisprudencia, por ende, no se puede afirmar que en México el concepto histórico de cuerpo del delito haya sido únicamente el que lo concibe sólo de forma objetiva.²⁹⁵

No obstante, para poder hablar de la unificación de criterios respecto al cuerpo del delito, se debe primero tomar en cuenta la congruencia de los diversos sistemas estructurales existentes en las legislaciones punitivas del país, es decir, lo que se conoce como el "Sistema Federal de Competencias", que a continuación se analiza.

En este aspecto, es importante señalar el contenido del artículo 40 Constitucional, el cual se establece:

Artículo 40.- Es voluntad del pueblo mexicano, constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados Libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Lo anterior, implica que en México existe un Sistema Federal, el cual constituye la base del sistema de gobierno y, a su vez, de la composición de la nación en donde los Estados miembros de la Federación, es decir, las entidades federativas tienen una personalidad jurídica reconocida por la Constitución Federal, con la cual adquieren derechos y obligaciones respecto al Estado Federal y, también, con personas físicas y morales, es decir, con los gobernados.

²⁹⁵ Vid. Suprn. 2.2.4.

Asimismo, las entidades federativas por lo que hace a su orden jurídico, son libres de establecer las normas jurídicas que corresponden a su realidad social, siempre y cuando no contravengan lo establecido por la Ley Suprema de la Nación.

En este aspecto, el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, menciona:

"La producción del orden jurídico de un Estado miembro descansa sobre la base de su autonomía dentro del régimen federal, en el sentido de que puede darse sus propias normas sin rebasar el marco de limitaciones, prohibiciones y obligaciones que a toda entidad federativa impone la Constitución nacional, cuyas decisiones políticas, sociales y económicas fundamentales deben ser acatadas, además por el derecho interno correspondiente".²⁹⁶

Por lo tanto, en México debido al Sistema Federal el respeto a las garantías individuales consagradas en la Constitución Federal, entendidas éstas como limitaciones al poder y actuación de la autoridad frente al particular deben ser respetadas, tanto por la Federación como por los Estados miembros de la misma.

Esto es, los Estados tienen la obligación de respetar lo establecido por la Constitución Federal, en lo que respecta a las garantías individuales y, por consecuencia, adoptar y aplicar en su legislación interna la expresión "Cuerpo del delito", plasmada en los artículos 16 y 19 constitucionales, como requisito indispensable para librar una orden de aprehensión y, en su caso, obtener un auto de formal prisión.

Sin embargo, la Constitución Federal no señala lo que debe entenderse por cuerpo del delito, es decir, no menciona cual es su alcance y contenido, labor que se ha dejado, como es obvio, para la legislación secundaria. En este aspecto, el tratadista Enrique Díaz Aranda, opina lo siguiente:

²⁹⁶ Op. Cit. p. 140.

... la Constitución no tiene por qué hacer referencia a los elementos que debe acreditar el Ministerio Público para poder consignar o solicitar una orden de aprehensión y lo mismo sucede con lo referente al auto de formal prisión y la sentencia del juez. La Constitución debe contener las garantías fundamentales del procesado y las facultades de los órganos del Estado. Pero el listado de cómo deben ejercer esas funciones se debe dejar para la legislación secundaria; es decir, ello debe ser materia bien del Código Procesal Penal o del Código Penal y no convertir a la Constitución en un resumen apretado de los primeros.²⁹⁷

Ahora bien, el concepto procesal de Cuerpo del delito, propuesto por el Senado de la República, es decir, aquél que lo concibe como el conjunto de elementos objetivos o externos de la figura delictiva, ha sido plasmado dentro del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, por onde, cabe cuestionarse si éste debe ser el criterio que deben adoptar las legislaciones estatales o, por el contrario, si éstas son libres de adoptar y aplicar un concepto diferente de cuerpo del delito.

En consecuencia, la concepción de cuerpo del delito establecida en el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168, es perfectamente válida, por supuesto, para los delitos y procedimiento del orden federal, sin embargo, para los delitos del orden común o local, puede no ser tomada del mismo modo, debido a que el alcance y contenido de dicho concepto dependerá del trabajo legislativo de cada Estado de la República, plasmado en su propia legislación penal y/o procesal penal.

En este aspecto, cabe señalar que el artículo 73 fracción XXI de la Constitución Federal, solamente menciona que el H. Congreso de la Unión tiene facultad: *"Para establecer los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse"*.

²⁹⁷ Op. Cit. p. 201.

En efecto, se puede inferir del citado texto constitucional que el Congreso de la Unión, está facultado para legislar sobre derecho procesal penal, en lo referente solamente a los delitos contra la federación y, a su vez, que éste no puede establecer o fijar los delitos, o bien, las reglas procesales del orden común o local.

Esto es, los órganos legislativos locales quienes de acuerdo a su realidad política, social, económica y cultural, tienen el derecho y la obligación de determinar las conductas delictivas del orden común, el procedimiento para su investigación y acreditamiento, además de fijar sus penas respectivas.

En este sentido, el doctrinario José Nieves Luna Castro, señala:

*“... el legislador hecha mano para la creación de la ley de los conocimientos jurídicos establecidos en el ámbito teórico, ya sea de manera fiel, o bien, unas veces mutilando, u otras ampliando las variadas posturas dogmáticas producto del resultado de la investigación y evolución científico-jurídica, pero siempre, se debe suponer, con miras a alcanzar su efectividad al aplicarse en el ámbito de la realidad social para el que dicha legislación está dirigida, lo que implica que, de manera ineludible, la problemática y realidad social de que se trate no puede dejarse de tomar en cuenta, tanto para la creación como para la reforma o actualización de las normas legales”.*²⁹⁸

El citado autor tiene razón al indicar que la creación de leyes no puede estar apartada del conocimiento de la evolución en dogmática jurídica y, por lo tanto, cada órgano legislativo estatal es libre de adoptar alguna doctrina y plasmarla en la ley de acuerdo a su contexto social.

De lo expuesto, queda claro que los órganos legislativos estatales no tienen la obligación de adoptar el concepto de “Cuerpo del delito” establecido en la legislación procesal penal federal, por ende, tienen el derecho y la facultad de

²⁹⁸ Op. Cit. p. 83.

darle a éste el alcance y contenido dogmático-procesal que crean necesario de acuerdo a su realidad social.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye la siguiente tesis de jurisprudencia que a la letra dice:

CUERPO DEL DELITO. PARA SU COMPROBACIÓN NO DEBEN CONSIDERARSE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PREVÉ LA LEGISLACIÓN FEDERAL, CUANDO EL ACTO RECLAMADO SE DICTÓ POR UN JUEZ DEL FUERO COMÚN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COLIMA).

Los artículos 112 y 119 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Colima, en vigor, que a la letra dicen: "112. En todos los casos de robo y abigeato el cuerpo del delito se justificará por los medios siguientes: I. Por la comprobación de los elementos materiales del delito; II. Por la confesión del indiciado, aun cuando se ignore quién es el dueño de la cosa materia del delito; III. Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia; IV. Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito; V. Por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada. Estas pruebas serán preferidas en el orden numérico en que están colocadas, aceptándose las posteriores sólo a falta de las anteriores.", y "119. El cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.". Ahora bien, si el acto reclamado consistió en la orden de aprehensión dictada por el Juez del fuero común del Estado de Colima, las circunstancias que deben considerarse para comprobar el cuerpo del delito serán las de la normatividad local, ya que del texto de los artículos del código procedimental para el Estado de Colima, reseñados con antelación, se advierte que esta legislación no señala que para comprobar el cuerpo del delito, deban considerarse las circunstancias que prevé la legislación federal, en virtud que el citado ordenamiento local establece de manera específica los requisitos para tener por acreditado el lópico en cuestión. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 197/96. Agente del Ministerio Público Federal adscrito al Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Colima. 29 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretario: José de Jesús Vega Godínez. Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Torno: VIII, Septiembre de 1998 Tesis: III.2o.P.34 P Página: 1155 Materia: Penal Tesis aislada.

Como se observa, la legislación del Estado de Colima mantiene una regla especial para acreditar el cuerpo del delito de robo, por lo tanto, se determina que no es aplicable el concepto de cuerpo del delito plasmado en la legislación procesal federal, además prevé que éste sólo se aplicará cuando la normatividad local no establezca los elementos a tomarse en cuenta para acreditar el cuerpo del delito.

Asimismo, la siguiente tesis de jurisprudencia se manifiesta en un sentido similar al expresar lo siguiente:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL ARTÍCULO 204 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE DURANGO TIENE APLICACIÓN PREFERENTE AL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL POR OTORGAR MAYORES PRERROGATIVAS AL INculpADO EN EL DICTADO DEL.

De acuerdo con la reforma del artículo 19 constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para dictar un auto de formal prisión se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito penal y hacer probable la responsabilidad del indiciado; es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva. Sin embargo, el artículo 204 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango, aun exige como requisito para emitir un auto de formal prisión, la demostración de los elementos del tipo penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate. De lo anterior se desprende que la legislación local en cita exige mayores requisitos que el precepto constitucional para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculpado, toda vez que,

en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente su aplicación. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO QUINTO CIRCUITO.

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XI, Abril de 2000 Tesis: XXV.1 P Página: 933 Materia: Penal Tesis aislada. Amparo en revisión 85/99. 9 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Claude Tron Pelit. Secretario: Luis González Bardán.

La anterior tesis de jurisprudencia es muy clara al establecer que la normatividad local del Estado de Durango, otorga mayores prerrogativas al inculpado al dictarse un auto de formal prisión, a pesar de mantener el concepto de elementos del tipo penal, haciendo preferente su aplicación.

A su vez, también es importante resaltar el contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual respecto al cuerpo del delito establece lo siguiente:

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

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

Los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o nominativo, 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.

Como puede observarse, el citado texto procesal para el Distrito Federal establece una definición similar de cuerpo del delito establecida en el artículo 168 del Código Procesal Federal al referirse a los elementos objetivos o externos, como base de comprobación del cuerpo del delito.

Sin embargo, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal difiere del texto procesal federal al prever que cuando la ley, es decir, la norma penal que describe o tipifica una conducta delictiva incorpore un elemento subjetivo o normativo como elemento esencial, es decir, como un elemento del tipo, entonces, será necesaria la acreditación de dicho elemento subjetivo o normativo para comprobar el cuerpo del delito.

Por lo tanto, se infiere que el citado artículo mantiene dos reglas para comprobar el cuerpo del delito; la primera es una regla general en donde éste se conforma por elementos objetivos; y la segunda, se refiere a la inclusión de elementos subjetivos y normativos para acreditar el cuerpo del delito, siempre y cuando sean esenciales de acuerdo con la descripción típica, lo cual implica que el cuerpo del delito no se conforma sólo de elementos objetivos otorgando mayores prerrogativas al gobernado.

Por el contrario, el artículo 168 del Código Federal Procesal establece como una primera regla para comprobar el cuerpo del delito, la acreditación de elementos objetivos y, excepcionalmente, normativos y; una segunda regla que indica que en la comprobación del cuerpo del delito se pueden deducir los elementos subjetivos específicos, donde no se encuentran el dolo y la culpa, lo cual sin duda conlleva una menor certeza y seguridad jurídica para el gobernado.

Ahora bien, con relación al criterio plasmado en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se transcribe la siguiente tesis de jurisprudencia:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SE DEBEN INCLUIR LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL, A LA LUZ DE LA REFORMA DEL TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 6/97, publicada en la página 197 del Tomo V, del mes de febrero de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL.' QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.", estableció el criterio de que en el auto de formal prisión deben quedar determinados con precisión los elementos constitutivos del tipo penal incluyendo, en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador. Por otra parte, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal sufrió reformas el tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve, estableciendo de nueva cuenta la comprobación del "cuerpo del delito", abandonando el concepto de "elementos que integran el tipo". Sin embargo, la connotación actual del cuerpo del delito difiere de la que estuvo vigente antes de la reforma de 1993, pues entonces la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que por cuerpo del delito debía entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos integradores del tipo penal respectivo, y disponía que el cuerpo del delito se tendría por comprobado cuando se acreditara la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, pero en la actualidad es diferente, toda vez que el artículo 19 constitucional establece que en el auto de formal prisión deberán expresarse "... el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución ...", y el artículo 122 del precepto antes citado establece que "... El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito. ..."; de ello es dable concluir que es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir un auto de formal prisión, demostrar todos y cada uno de los elementos del cuerpo del

delito, así como las circunstancias de ejecución del mismo, incluyendo en éstas las calificativas o modificativas del delito, pues en el caso, éstas también forman parte de la conducta. Por tal razón es obligatorio observar lo establecido en la jurisprudencia de la Primera Sala citada con anterioridad, pues lo dispuesto en la misma no se contrapone a las reformas establecidas en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que, derivado de un análisis integral del precepto antes citado con el artículo 19 de la Constitución, se debe concluir que el juzgador al emitir el auto de formal prisión debe abarcar lo establecido en ambos preceptos con el fin de respetar la garantía de seguridad jurídica del gobernado en el proceso penal. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIII, Mayo de 2001 Tesis: I.6o.P.18 P Página: 1091 Materia: Penal Tesis aislada.

Amparo en revisión 396/2000. 31 de mayo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Daniel J. García Hernández. Amparo en revisión 1536/2000. 15 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Gustavo Felipe González Córdova.

La anterior jurisprudencia es sumamente interesante, pues establece que el juez para dictar un auto de formal prisión, debe hacerlo basado en la comprobación de todos y cada uno de los elementos del cuerpo del delito, así como las modificativas o calificativas del delito, es decir, se debe entender que para comprobar el cuerpo del delito, se atenderá a los elementos que en cada caso prevenga la descripción típica y no solamente los objetivos.

No obstante, existe también un criterio el cual establece que el auto de formal prisión debe reunir los requisitos del artículo 19 constitucional, de acuerdo con la siguiente tesis jurisprudencial:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL, INDEPENDIEMENTE DE LO QUE AL RESPECTO SE ESTABLEZCA EN LA LEY QUE LO REGULE, DADO EL PRINCIPIO DE 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 expresarán el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. Por su parte el artículo 64 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Guerrero, en lo conducente dispone que el "tipo penal" se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de todos los elementos que integran la descripción de la conducta, según lo determine la ley. 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 ésta 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 culpable, 4) La calidad de los sujetos activo y pasivo, 5) El resultado y su atribubilidad a la acción u omisión, 6) El objeto material, 7) Los medios utilizados, 8) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, 9) Los elementos normativos y, 10) Los elementos subjetivos específicos, así como la probable responsabilidad del inculpado; además, deben señalarse todas las modificativas del delito o sus calificativas que pesen sobre el inculpado en la comisión de una conducta delictiva. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIII, Enero de 2001 Tesis: XXI.4o.1 P Página: 1886 Materia: Penal Tesis aislada. Amparo en revisión 7/2000. 2 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Xóchitl Guido Guzmán. Secretaria: Catalina Alicia Ramírez Romero. Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 1/2001, pendiente de resolver en la Primera Sala.

Sin duda, la citada jurisprudencia tiene razón al indicar que le legislativo local debe adecuar su normatividad procesal local de acuerdo con la establecido en la Constitución Federal conforme al principio de supremacía constitucional, sin embargo, cabe recordar que la Constitución Federal no define lo que es el cuerpo del delito y, por lo tanto, el legislativo local no está obligado adoptarlo sólo como un conjunto de elementos objetivos como lo establece el código procesal federal.

Como puede observarse, a pesar de la reforma ocurrida a los artículos 16 y 19 constitucionales, el concepto cuerpo del delito no ha sido definido en las leyes secundarias de forma clara, lo que sin duda ocasionará nuevamente problemas de interpretación respecto a su alcance y contenido.

De ahí que sea necesario unificar criterios, dogmáticos, legislativos y jurisprudenciales respecto al cuerpo del delito, pues un concepto claramente definido tanto en las legislaciones penales locales como en las federales traería un beneficio al gobernado quien estaría en la posibilidad de llevar a cabo una mejor defensa cuando se le imputen delictivos, es decir, cuando éste o su abogado defensor conocen exactamente el alcance y contenido de las normas jurídicas que lo rigen.

En conclusión, las legislaciones locales están obligadas a adoptar el concepto de "cuerpo del delito" previsto en los artículos 16 y 19 constitucionales, de acuerdo con el principio de "Supremacía Constitucional".

Sin embargo, los estados al ejercer su derecho de autonomía, específicamente, a través de sus órganos legislativos pueden darle al concepto

cuerpo del delito un alcance y/o contenido más amplio o restringido, lo cual pone en duda el principio de seguridad jurídica para el gobernado.

En conclusión, se vuelve indispensable la elaboración de un arduo trabajo dogmático, sobre todo, jurisprudencial que defina de forma unánime la concepción de cuerpo del delito, con el fin de ser plasmado en las diversas leyes penales, tanto locales como federales, cuyo fin primordial sea la protección del individuo y el respeto al principio de seguridad jurídica establecido en la propia Constitución Federal, aunque esto signifique dejar de lado el principio del Sistema Federal de Competencias.

3.5. Modificación al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales

Como un último punto de análisis y exposición dentro del actual trabajo de investigación, es importante proponer una reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, con el fin primordial de combatir los efectos nocivos de la reforma ocurrida a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, referentes a las figuras de *"Cuerpo del delito"* y *"Probable responsabilidad"*.

Como se recordará, en los puntos anteriores se ha manifestado que la aplicación de la reforma puede ocasionar un incremento de aprehensiones y consignaciones, problemas en la acreditación de la tentativa, una mayor facultad del Ministerio Público para consignar, así como que el concepto de cuerpo del delito no es unánime y aún en la actualidad sigue siendo confuso y ambiguo.

De ahí que en conjunto con otras propuestas que en su momento fueron planteadas, se proponga la modificación al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, específicamente, en la figura procesal de *"Cuerpo del delito"*, la cual ha generado y, obviamente, seguirá generando debate en torno a su alcance y contenido.

No obstante, antes de dar paso a la propuesta, es importante recordar que el cuerpo del delito a sido identificado muchas veces como sinónimo de tipo penal, a pesar de los muchos esfuerzos dogmáticos, legislativos y jurisprudenciales que han tratado de definirlos en forma separada.²⁹⁹

Por ende, se debe entender que el cuerpo del delito es la comprobación de la realización histórica, temporal y espacial de un delito, el cual, obviamente, esta previsto y definido en un tipo penal, es decir, el cuerpo del delito es la prueba de que, efectivamente, se ha llevado a cabo una conducta ilícita que ha pasado del plano hipotético al mundo real.

De lo anterior, se desprende que para comprobar el cuerpo del delito se debe tener como base al tipo penal, el cual como se ha establecido se conforma en términos generales por las tres categorías de elementos típicos, a saber: objetivos, subjetivos y normativos, por lo tanto, estos elementos son los que se deben tomar en cuenta para acreditar el cuerpo del delito. Asimismo, cabe recordar que la base de atribución de la *"Probable responsabilidad"*, es el cuerpo del delito y, por ende, debe quedar bien establecido su alcance y contenido para evitar la privación de la libertad de probables inocentes.

En este orden de ideas, la propuesta de reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, gira en torno a retomar y, en su caso, perfeccionar el concepto de cuerpo de delito establecido en el periodo de 1983-84, en los artículos 168 y 122 de los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal, respectivamente los cuales establecían:

"El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la

²⁹⁹ Vid. Supra. 2.2.2.

descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal.³⁰⁰

Por lo tanto, la propuesta de reforma va encaminada a establecer lo que debe entenderse por cuerpo del delito en los siguientes términos:

"El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que, en cada caso, establezca la descripción de la conducta o hecho delictivo determinado en la ley penal, es decir, se deberán comprobar una o varias de las categorías de elementos típicos: objetivos, subjetivos y normativos de acuerdo al tipo penal correspondiente".

Se considera que lo anterior deja de manifiesto que, cada tipo penal es único y, por lo tanto, su análisis, estudio y comprobación debe realizarse en forma técnica y profesional por parte de los órganos encargados de procurar e impartir justicia, esto es, Ministerio Público y Juez tendrían la obligación de conocer con exactitud que elementos conforman a cada tipo penal, con lo que el gobernado gozaría del mínimo de garantías para no ser privado de su libertad por leyes e interpretaciones legales autoritarias.

De forma conjunta, se tendría que llevar a cabo un arduo trabajo dogmático, legislativo y jurisprudencial en el cual se determinará con exactitud el grado de exigencia probatoria exigida al Ministerio Público, respecto a la comprobación de elementos típicos de conformidad con las diferentes etapas del proceso penal.

En conclusión, sin querer ocupar el lugar del legislador, la propuesta planteada, pretende subsanar en parte los errores cometidos en la reforma de los artículos 16 y 19 constitucionales, así como crear un modelo del concepto procesal *"Cuerpo del delito"*, que pueda ser perfeccionado por los diferentes órganos legislativos del país.

³⁰⁰ Vid. *Supra*. 1.2.2.

CONCLUSIONES

Una vez finalizado el trabajo de investigación relativo a la reforma de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 8 de marzo de 1999, referente a los conceptos "*Cuerpo del delito*" y "*Probable responsabilidad*", se vuelve indispensable realizar las siguientes conclusiones:

1. - Nadie puede negar que México siempre ha sido influido por la doctrina planteada en países como Italia, España y Alemania, es decir, la tradición jurídica del país es romano-canónica-germánica, por lo tanto, sus teorías se han plasmado, a través del tiempo, en diversos ordenamientos penales del país, específicamente, las escuelas penales ya sea causalista, finalista e incluso funcionalista siguen siendo una cuestión de debate académico y legislativo para ser adaptadas, perfeccionadas y, en su caso, rechazadas.

2. - La reforma constitucional ocurrida a los artículos 16 y 19, pone de manifiesto un retroceso en la sistemática de análisis del delito, esto es, a raíz del periodo de reformas de 1993-94 se suprimió el concepto cuerpo del delito por la expresión elementos del tipo penal, por considerar que el primero era un concepto ambiguo y poco entendible.

3. - Por ende, se instauró en México por primera vez el finalismo significando una evolución sistemática, sin embargo, a raíz de la actual reforma constitucional se llevó a cabo una reforma de la reforma con lo cual regresó el sistema causalista retomando el concepto cuerpo del delito, por lo que queda claro que los encargados de procurar e impartir justicia fueron incapaces de entender y perfeccionar el concepto de elementos de tipo penal.

4. - Históricamente el concepto cuerpo del delito en el proceso penal mexicano ha sido interpretado en diversas formas en el ámbito doctrinal, legislativo y jurisprudencial, dando lugar a un concepto confuso, el cual ha pesar de las reformas ocurridas en el periodo de 1983-84 no logró superar su ambigüedad e incluso en la actualidad debido a la facultad de los diferentes órganos legislativos locales del país, este concepto es susceptible de tener diversos alcances y significados.

5. - Es indispensable que se realicen esfuerzos serios por parte de la doctrina, de los órganos legislativos y de los encargados de procurar e impartir justicia para establecer un sistema que se ajuste a un Estado social y democrático de Derecho en donde se respete el mínimo de garantías de los individuos y se castigue eficazmente a quien comete un delito, pues sólo de esta forma se puede garantizar la paz y convivencia social.

6. - El papel del Ministerio Público ha sido facilitado con la reforma, sin embargo, esto ha significado la disminución de garantías individuales, con lo cual se puede esperar un mayor abuso por parte del mismo, el cual basado sólo en elementos objetivos típicos podrá pedir que una persona sea privada de su libertad, lo cual por supuesto es una situación preocupante que debe ser combatida a través de medios de profesionalización de Ministerios Públicos y Policía Judicial para que sean concientes de su labor social.

7. - Por último, es importante mencionar que tanto las reformas constitucionales, como las hechas a leyes secundarias no pueden resolver por sí mismas los graves problemas de inseguridad que se viven en el país, por ejemplo: acabar con el narcotráfico o el secuestro por el hecho de estar prohibido en la ley, por lo tanto, es necesario combatir los problemas sociales que dan origen a la delincuencia, la corrupción y la impunidad, es decir, los rezagos económicos, agrarios, salariales, culturales, etc., pero siempre tomando en cuenta que el aspecto que más genera problemas sociales es el factor humano.

215

BIBLIOGRAFÍA DOCTRINA

ARILLA BAS, Fernando. El procedimiento penal en México. 4ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 493 pp.

BECCARIA, CÉSAR. Tratado de los Delitos y de las Penas. 9ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 408 pp.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. 6ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 2000. 484 pp.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 40ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 363 pp.

CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. 11ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1998. 330 pp.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 17ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1998. 886 pp.

Derechos del pueblo mexicano. (México a través de sus constituciones) Tomo III. 5ª. Edición. México, Editado por la LVII Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión y Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. 2000. 1200 pp.

DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo (Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México) México, Editorial Porrúa. 2000. 270 pp.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I y II. 3ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1997. 2669 pp.

Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I, II, III y IV. 13ª. Edición. México, Editorial Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) 1999. 3272 pp.

GARCÍA CORDERO, Fernando. Revista Criminalia. Año LXIV. No. 3, septiembre-diciembre. México, Editorial Porrúa. 1998. 387 pp.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Derecho Mexicano (Derecho Penal) México, Editorial Mc. Graw Hill. 1998. 191 pp.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Revista Criminalia. Año LXIV. No. 1. México, D.F. enero-abril. Editorial Porrúa. 1998. 187 pp.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Adato Green, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 8ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 1097 pp.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 50ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1998. 444 pp.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Revista Criminalia. Año LXIV. No.1. México. D.F., enero-abril. Editorial Porrúa. 1998. 187 pp.

LARA ESPINOZA, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. 2ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 385 pp.

Legislación Universitaria. (Normas Fundamentales) 2ª. Edición. México, Editorial UNAM. 1992. 305 pp.

Leyes Penales Mexicanas. Tomo I. México, Editorial INACIPE. 1979. 482 pp.

Leyes Penales Mexicanas. Tomo II. México, Editorial INACIPE. 1979. 462 pp.

Leyes Penales Mexicanas. Tomo III. México, Editorial INACIPE. 1979. 550 pp.

Leyes Penales Mexicanas. Tomo IV. México, Editorial INACIPE. 1979. 417 pp.
López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. 7ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 313 pp.

LUNA CASTRO, José Nieves. El concepto de Tipo Penal en México. México, Editorial Porrúa. 1999. 237 pp.

MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. 3ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 2000. 714 pp.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Revista Criminalia. Año LXIV. No. 1. México. D.F., enero-abril. Editorial Porrúa. 1998. 187 pp.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del Delito. 9ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 2000. 217 pp.

217

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 14ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 652 pp.

Diccionario de Derecho Penal. 2ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 1126 pp.

PLASENCIA VILLANUEVA, Raúl. Revista Criminalia. Año LXIV. No.1. México, D.F. enero-abril. Editorial Porrúa. 1998. 187 pp.

PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 18ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 508 pp.

REYNOSO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. 1992. 266 pp.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 28ª. Edición. México, Editorial Porrúa. 1999. 393 pp.

SOSA ORTIZ, Alejandro. Los Elementos del Tipo Penal. México, Editorial Porrúa. 1999. 269 pp.

VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. 2ª. Edición. 3ª. Reimpresión. México, Editorial Trillas. 1997. 415 pp.

Antijuridicidad y Justificación. 3ª. Edición. 3ª. Reimpresión. México, Editorial Trillas. 1999. 334 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal (Parte general) 2ª. Edición. 4ª. Reimpresión. México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. 1998. 857 pp.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 130ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1999.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. México, Editorial Delma. 2000.

CÓDIGO PENAL FEDERAL. México, Editorial Delma, 2000.

718

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Editorial Delma. 2000.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 59ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 2000.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS. México, Editorial Delma. 2000.

LEGISLACIÓN DE AMPARO: Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales y su jurisprudencia. Comentada por: Pérez Dayán Alberto. 11ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1999. 1040 pp.

CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE. Quinta Época: Suplemento de 1956, pág. 178. A. D. 4173/53. Héctor González Castillo. 4 votos. Tomo CXXX, pág. 485. A. D. 6337/45. J. Jesús Castañeda Esquivel. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XIV, pág. 86. A. D. 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XVII. Pág. 77. A. D. 2877/58. Juan Villagrana Hernández 5 votos. Vol. XLIV. Pág. 54. A. D. 6698/60. José Zamora Mendoza. 5 votos.

LESIONES. Quinta Época: Tomo CXXVI, pág. 799. R. 5453/50. 5 votos. Tomo CXXXII, pág. 181. A.D. 4369/56. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XVII, pág. 226. A.D. 1164-58. Jesús Silva Pérez, 5 votos. Vol. XXVI, pág. 103. A.D. 3286/59. Santiago Delgado Ramírez 5 votos.

ORDEN DE APREHENSIÓN. Quinta Época, Tomo XXXIII, Semanario Judicial de la Federación, p. 1677.

ORDEN DE APREHENSIÓN, CUERPO DEL DELITO EN LA. NO SE REQUIERE. Quinta Época. Tomo XXXII. Semanario Judicial de la Federación, p. 1677.

ORDEN DE APREHENSIÓN. Quinta Época. Tomo XXIX. Pág. 1501. Izquierda Judah y Coag.

ORDEN DE APREHENSIÓN. Quinta Época. Tomo X, p. 452. Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Pleno.

ORDEN DE APREHENSIÓN. Quinta Época. Tomo VIII, p. 689. Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Pleno.

ORDEN DE APREHENSIÓN. REQUISITOS PARA EMITIRLA. Octava Época. Segunda Parte. Tomo II, p. 369. Semanario Judicial de la Federación.

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA RESPONSABILIDAD DEL IMPUTADO DEBE SER PROBABLE Y NO PRESUNTA. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: VII-Febrero. Página: 152. Amparo en Revisión 115/90. Agustín González Torres. 17 de Mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretaria: Irma salgado López.

CUERPO DEL DELITO, COMPROBACIÓN DEL. Quinta Época: Tomo XXIX, pág. 1566. Lapham Arturo F.

CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE. Amparo directo 1724/73. José Suárez Palomares. 26 de octubre de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 58, 2a. parte, p. 21.

CUERPO DEL DELITO. Quinta Época: Tomo XVIII. Pág. 450. Lira J. Guadalupe.

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XII, Septiembre de 2000 Tesis: III.2o.P.67 P Página: 735 Materia: Penal Tesis aislada. Amparo directo 160/2000. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Marco Antonio Muñiz Cárdenas.

TENTATIVA DE HOMICIDIO, EL DELITO DE LESIONES NO ABSORBE LA. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 10 Segunda Parte. Página: 43. Amparo Directo 2475/69. Joaquín Hernández Hernández. 27 de octubre de 1969. 5 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

CUERPO DEL DELITO. PARA SU COMPROBACIÓN NO DEBEN CONSIDERARSE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PREVÉ LA LEGISLACIÓN FEDERAL, CUANDO EL ACTO RECLAMADO SE DICTÓ POR UN JUEZ DEL FUERO COMÚN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COLIMA). Amparo en revisión 197/96. Agente del Ministerio Público Federal adscrito al Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Colima. 29 de agosto de 1996. Unanimidad de votos.

228

Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretario: José de Jesús Vega Godínez. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Septiembre de 1998 Tesis: III.2o.P.34 P Página: 1155 Materia: Penal Tesis aislada.

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL ARTÍCULO 204 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE DURANGO TIENE APLICACIÓN PREFERENTE AL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL POR OTORGAR MAYORES PRERROGATIVAS AL INculpADO EN EL DICTADO DEL. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XI, Abril de 2000 Tesis: XXV.1 P Página: 933 Materia: Penal Tesis aislada. Amparo en revisión 85/99. 9 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Luis González Bardán.

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SE DEBEN INCLUIR LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL, A LA LUZ DE LA REFORMA DEL TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIII, Mayo de 2001 Tesis: I.6o.P.18 P Página: 1091 Materia: Penal Tesis aislada. Amparo en revisión 396/2000. 31 de mayo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Daniel J. García Hernández. Amparo en revisión 1536/2000. 15 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Gustavo Felipe González Córdova.

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL, INDEPENDIEMENTE DE LO QUE AL RESPECTO SE ESTABLEZCA EN LA LEY QUE LO REGULE, DADO EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUERRERO). Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIII, Enero de 2001 Tesis: XXI.4o.1 P Página: 1686 Materia: Penal Tesis aislada. Amparo en revisión 7/2000. 2 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Xóchitl Guido Guzmán. Secretaria: Catalina Alicia Ramírez Romero. Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 1/2001, pendiente de resolver en la Primera Sala.

ECONOGRAFÍA

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN de 8 de marzo de 1999.

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.
Año II. No. 26. noviembre 10, 1998.

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.
Año II. No. 16. abril 29, 1999.

OTRAS FUENTES

<http://www.cddcu.gob.mx> (Cámara de Diputados consulta de Gaceta Parlamentaria).

<http://www.senado.gob.mx> (Consulta de Dictamen de Reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal).

<http://www.scjn.gob.mx> (Consulta de Jurisprudencia).

<http://info.juridicas.unam.mx> (Consulta de jurisprudencia).

272

ANEXO

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.

COMISIONES UNIDAS DE
PUNTOS CONSTITUCIONALES, DE JUSTICIA
Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, PRIMERA SECCIÓN

Honorable Asamblea:

A las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y de Estudios Legislativos, Primera Sección, fue turnada para su estudio y dictamen la iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Estas comisiones, con las facultades que les confieren los Artículos 75, 86, 87, 88, 91 y demás relativos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y los Artículos 65, 87, 88, 90 y otros aplicables del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, presentan a la consideración de los integrantes de esta Honorable Cámara, el presente dictamen.

METODOLOGÍA DEL DICTAMEN

Las Comisiones Unidas decidieron establecer una metodología precisa para elaborar el dictamen.

En primer lugar, en un apartado denominado "ANTECEDENTES" se hace una breve descripción de los trabajos realizados en el Senado de la República para el estudio y elaboración de esta propuesta de Dictamen, que ahora se pone a consideración de esta soberanía.

En el apartado llamado "VALORACIÓN", las Comisiones Unidas quieren dejar constancia de los razonamientos hechos por los integrantes de la misma para sustentar la propuesta que se formula a esta plenaria.

Dada la trascendencia de los temas específicos analizados y de los cambios propuestos por estas Comisiones a la Iniciativa recibida, se ha incluido un apartado denominado "CONSIDERACIONES PARTICULARES Y CAMBIOS A LA INICIATIVA".

Finalmente, se inserta el texto de la iniciativa con las modificaciones efectuadas y señaladas para su fácil comprensión, que serán el documento materia para abrir su discusión plenaria y votación posterior.

ANTECEDENTES

En sesión celebrada por esta Cámara de Senadores el día 10 de diciembre de 1997, los ciudadanos secretarios de la misma, dieron cuenta al Pleno de la propuesta que se describe en el proemio de este documento.

El Presidente de la mesa directiva acordó dar el siguiente trámite: "Recibo y túrnese a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos, Primera Sección".

En sesión celebrada en el mismo día, las Comisiones Unidas aprobaron integración de una subcomisión de senadores miembros de las mismas que presentarían un proyecto de dictamen.

Por decisión de las comisiones responsables de este dictamen se determinó la realización de cinco foros regionales, para recabar la opinión de los ciudadanos interesados y concedores de estos temas; Para ello se circularon invitaciones a organizaciones de abogados, instituciones académicas, de procuración e impartición de justicia, a legisladores locales y en general a los estudiosos del

221

derecho del país, para que acudieran a estos foros regionales que se celebraron en las ciudades de Tijuana, Villahermosa, Monterrey, Guadalajara y Mérida.

Ahi se vertieron las más variadas, contrastantes y lúcidas opiniones que mucho ilustraron el juicio de los legisladores, cuyos resultados se consignan adecuadamente en el capítulo respectivo.

Además de estas reuniones de consultas, los miembros de las Comisiones Unidas realizamos múltiples ejercicios de discusión y análisis, que se condensaron y valoraron de acuerdo a las líneas de método explicados.

Todos estas propuestas fueron debidamente valoradas por estas comisiones dictaminadoras y se han traducido en los cambios que las mismas proponen realizar a la iniciativa y que van desde cambios a la redacción de varios artículos de la iniciativa, hasta la supresión de la propuesta de modificación del artículo 20 constitucional.

VALORACIÓN DE LA INICIATIVA

La urgencia del combate a la delincuencia:

La solución de los problemas de seguridad pública, de procuración y de administración de justicia no pueden esperar más. La sociedad exige y demanda respuestas eficaces. Pues a pesar de los esfuerzos recientes, la delincuencia ha crecido desmesuradamente.

La lucha contra el crimen es una batalla que parece perderse. Con justa razón la sociedad ve en el crecimiento desmesurado de la criminalidad la mayor amenaza, no sólo contra personas y patrimonios, sino contra la nación misma.

La violencia y la inseguridad no son fortuitas, existen factores sociales perfectamente identificables que las alientan: la impunidad, la corrupción y la ineficiencia.

La impunidad generada por las fallas en nuestros sistemas de procuración y administración de justicia, que no castiga a la mayoría de las acciones delictivas. El resultado de ello es que los delincuentes prosiguen su actividad criminal, confiados y alentados porque actos antisociales difícilmente serán castigados.

La corrupción, que tiene sus raíces más profundas en el rescabramiento 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 son algo ajeno a su práctica cotidiana. Aunado a esto encontramos la falta de recursos materiales, los coloca en una marcada desventaja frente a los recursos y técnicas que utilizan las cada vez más modernizadas, organizaciones criminales, lo que genera una marcada ineficacia en sus acciones en contra de la delincuencia.

Sin embargo y a pesar de todo lo anterior, para los senadores de la República nos queda claro que no se puede condenar a las nuevas generaciones a crecer en clima de violencia, en un espacio social donde impere la ley de la selva y donde los valores de la paz, la tranquilidad, la legalidad y la justicia se vuelven conceptos caducos y olvidados. Existe coincidencia en que se requiere, de una vez, sentar las bases de un nuevo y eficaz sistema de justicia, que contribuya definitivamente a consolidar nuestro Estado de Derecho.

En este orden de ideas, es imperante dar pasos decisivos en la lucha por alcanzar los niveles de seguridad pública que todos los mexicanos demandan. Es el momento de que pueblo y gobierno, emprendan la batalla principal por la defensa de las familias, de sus bienes y patrimonio. Debe ponerse un alto definitivo a la violencia que amenaza con apoderarse de vidas y personas.

El Estado Mexicano necesita recuperar la capacidad de ejercer con eficacia la más elemental de sus funciones: brindar seguridad a la ciudadanía, someter al transgresor al imperio de la ley y evitar que la violencia se encumbre como factor predominante de la vida social.

La realidad de la procuración y la administración de justicia

El análisis estadístico de nuestro sistema penal muestra una realidad alarmante.

Según un estudio realizado, de las 232,821 averiguaciones previas iniciadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en 1996, únicamente se consignaron ante el juez el 10 % y exclusivamente en un 3.8 % de los casos se logró una sentencia condenatoria.

En el ámbito federal, en el año de 1996, la Procuraduría General de la República inició 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 de 1,491,860 averiguaciones abiertas en 1996 por los agentes del ministerio público del fuero común, respecto de consignaciones con detenido, en promedio por entidades, sólo llegaron a los tribunales aproximadamente el 10% del total, de conformidad con los datos proporcionados por las propias procuradurías de justicia estatales.

Datos más recientes proporcionados por el Secretario de Gobernación, Lic. Francisco Labastida Ochoa, en la ceremonia de presentación de la Cruzada Nacional Contra el Crimen y la Delincuencia. En esa ocasión afirmó: "El año pasado (1997) se denunciaron ante agencias del Ministerio Público un millón 490 mil delitos y muchos más no fueron denunciados. Se iniciaron un millón 330 mil averiguaciones previas, pero sólo fueron consignadas 249 mil. Se libraron 149 mil órdenes de

aprehensión; pero sólo se ejecutaron 85 mil. El número de delincuentes detenidos, es una proporción muy baja; en consecuencia el número de delincuentes que está libre, es muy alto."

Lo anterior representa las cifras sobre la 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 de delincuentes que se quedan sin esclarecer o identificar, estas cifras son mayores.

Los delitos que se denuncian arrojan datos verdaderamente preocupantes sobre el grado de criminalidad no castigada y por tanto, sobre los niveles de impunidad y particularmente, en la procuración de justicia del país.

La conclusión es evidente: En México predomina la impunidad. De los delitos denunciados, únicamente un número muy pequeño se persigue y se sanciona; el resto, los delitos conocidos, que son muchos y los delitos desconocidos que son más, se quedan sin investigar y por ende, sin sanción.

Desde esta perspectiva, la impunidad debe atacarse frontalmente. El quehacer de las instituciones de seguridad pública debe enfocarse a que los delitos conocidos no se queden sin castigo, puesto que ello influye directamente en la población provocando una sensación de inseguridad; que es menester atender especialmente y con gran énfasis la insustituible tarea pública de la procuración de justicia.

Con las propuestas de la iniciativa en estudio, se busca atender la urgente necesidad de modificar la averiguación previa, con medios que hagan eficiente las tareas del ministerio público y de la policía investigadora.

Como se observa, la tarea por realizar es muy amplia. Las modificaciones constitucionales que hoy se propone aprobar representan un avance significativo,

sin embargo apenas constituyen un paso para resolver la aguda problemática que afrontamos en materia de seguridad pública.

Hacia una reforma integral en materia de seguridad pública

Muchas de las propuestas recibidas en los foros de consulta celebrados por acuerdo de las comisiones dictaminadoras, deberán necesariamente cristalizarse en la legislación secundaria. Dentro de los temas que deberán retomarse en un futuro próximo, está el analizar a fondo la naturaleza y el papel de la institución del ministerio público, que vive en la indefinición de funciones, porque no es precisamente policía, ni investiga, ni es instructor de causas. También es necesario equilibrar en el futuro el papel del acusado y la víctima en un proceso penal, ya que esta última prácticamente no tiene una protección jurídica, mientras que el presunto violador de la ley cuenta con un sin fin de derechos y recursos procesales de los que puede echar mano, para impedir la acción de la justicia.

Por ello, para los senadores de la República se hace necesario revisar integralmente los procedimientos de justicia penal, más aún, se hace necesario iniciar un esfuerzo legislativo extraordinario para analizar puntualmente todas y cada una de las instituciones y procedimientos de nuestra justicia penal.

Debemos consolidar nuestro sistema de justicia penal, sustentándolo en una verdadera cultura de la legalidad, que se promueva desde el Estado, la impulse la ciudadanía y sea respetada por todos, gobernantes y gobernados.

Se debe dar un lugar de privilegio a las tareas de prevención del delito, para que en lugar de reprimir conductas antisociales, el Estado dedique sus mejores esfuerzos a promover valores positivos. Siempre será más barato construir una escuela que ampliar diez prisiones.

Todo el diseño de nuestra política criminal debe comenzar con estudios serios de la criminalidad y sobre todo de las razones de la misma, para proponer

229

programas integrales que atiendan a los factores geográficos, étnicos, culturales o económicos que motivan las conductas delictivas.

La consulta nacional llevada a cabo por el Senado

Reformar artículos que se refieren a las garantías individuales de libertad demanda una reflexión profunda y la participación de un amplio espectro de opiniones.

Reforzar las facultades de la autoridad para combatir la delincuencia, también es esencial asegurar que el ejercicio indebido de tales facultades no vaya a crear condiciones que lesionen las garantías individuales. De otra manera dicho, conseguir el sabio equilibrio entre el interés público y los derechos subjetivos, en una cuestión vital como es la libertad de los mexicanos.

Por ello, el Senado de la República convocó a los estudiosos del tema y a la sociedad en general a analizar y debatir la iniciativa de reformas enviada por el Presidente de la República.

Se llevaron a cabo cinco foros nacionales en las ciudades de Tijuana, Baja California, Villahermosa, Tabasco, Monterrey, Nuevo León, Guadalajara, Jalisco y Mérida, Yucatán. Se contó con la participación de 70 ponentes, entre ellos, el Procurador General de la República, procuradores de justicia de los estados y del D.F.; funcionarios de procuradurías de justicia estatales; académicos; funcionarios de la Procuraduría General de la República; funcionarios de la Secretaría de Gobernación; miembros de organismos de protección de los derechos humanos; funcionarios del poder judicial; abogados postulantes y dirigentes de organismos de la sociedad civil.

Esas reuniones se convirtieron en puntos de expresión libre de las ideas, en los cuales los participantes pudieron manifestar abiertamente su sentir respecto a la iniciativa de reformas constitucionales que nos ocupan.

De esta manera, los Senadores tuvimos la oportunidad de escuchar opiniones muy calificadas y de naturaleza diversa.

Tanto las críticas como las propuestas, han permitido a los legisladores que integramos las Comisiones encargadas de formular el presente dictamen, ponderar de mejor manera las implicaciones y trascendencia de la iniciativa presentada, valorar y reflexionar en su exacta dimensión los propósitos en ella contenidos, en aras de lograr una mejor procuración de justicia.

Fue sorprendente el número y la profundidad de las propuestas que se allegaron en estos foros. El análisis de cada una de ellas y su incorporación a la iniciativa, es un trabajo que enriqueció ciertamente el presente documento.

Por ello, el primer balance que podemos hacer de este proceso de consulta, es que la sociedad civil, los estudiosos de la materia y las autoridades responsables, tienen no sólo un vivo interés sobre las iniciativas presidenciales, sino también perspectivas propias sobre como enfrentar al crimen.

En la lucha contra el crimen y por una legislación adecuada y eficaz es posible tener divergencias y sin embargo, llegar a acuerdos. En efecto, es muy alentador que la pluralidad política del país se manifieste en participación seria, en discusión abierta, en un animo por lograr la más adecuada legislación posible para la nación, como creemos que ha sucedido con las consultas que las Comisiones realizaron.

De manera independiente a la realización de estos foros y al estudio realizado por las comisiones, la iniciativa presidencial de reformas constitucionales, fue sometida al examen del Congreso Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, en donde los Magistrados analizaron las propuestas de la iniciativa, aportando de su experiencia conclusiones que enriquecen nuestras consideraciones y resoluciones.

Así las judicaturas de las entidades federativas aportaron opiniones cuyo contenido refuerza el planteamiento de adecuar el marco jurídico para mejorar el ejercicio de la acción punitiva que garantice la preservación del estado de derecho.

Es de destacarse también la reunión que llevaron a cabo miembros de las comisiones dictaminadoras con el pleno de la Conferencia Nacional de Procuradores de Justicia.

A esta reunión asistieron la totalidad de los titulares de los organismos encargados de la procuración de justicia a nivel local y federal, lo cual demuestra el interés de estos funcionarios de que se aprueben mejores instrumentos jurídicos que faciliten la tarea de combate a la delincuencia que llevan a cabo.

En esta reunión, los senadores tuvimos oportunidad de escuchar de viva voz, algunas de las experiencias de los ciudadanos procuradores en la aplicación del actual marco jurídico que rigen el libramiento de órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión o autos de libertad. También comentaron algunos puntos de vista sobre las diversas propuestas de redacción que estas comisiones unidas han intentado en su afán de alcanzar consensos en esta difícil y compleja materia.

Las garantías individuales frente al interés de la convivencia social.

Las preocupaciones sobre las libertades de los ciudadanos y el respeto que merecen por parte del Estado, se introdujeron en el debate constitucional mexicano de manera temprana. Ya desde los debates de la asamblea constituyente que diera lugar a la Constitución de 1824, se dejaba ver la preocupación por establecer límites precisos al nuevo poder estatal que se estaba engendrando. Si bien finalmente aquel documento constitucional no llegó a incluir en su texto un catálogo de "derechos individuales" o de "garantías" de los gobernados frente al poder estatal.

Con mayor fuerza, el debate en torno a este tema reapareció a raíz de las discusiones que derivaron en el Acta de Reformas de 1847. Sin embargo, como es

TESIS
FALLA DE ORIGEN

232

bien sabido, no fue sino hasta la expedición de la Constitución de 1857 cuando se introdujo, por primera vez en nuestra historia constitucional, un catálogo de derechos individuales o, como después se les denominó en nuestra tradición constitucional, de "garantías individuales".

Como queda claro a partir del análisis de la parte orgánica de la Constitución de 1857, el constituyente de aquella época estaba bien consciente de la compleja relación y aun de la tensión permanente, entre el poder del estado y los derechos del hombre.

En aquella Constitución se hablaba de los "derechos del hombre" y no de las "garantías individuales". La diferenciación entre los conceptos de "derechos del hombre" y "garantías individuales" proviene del proceso constituyente de 1842. El proyecto de la mayoría utilizó el título de "garantías individuales" en la sección dedicada a la protección de dichos derechos; y el proyecto de la minoría señaló en su artículo quinto que: "La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías".

Por su parte, la Constitución de 1857, empleando el título de "Garantías Individuales", estableció también una diferencia entre "derechos del hombre" y "garantías", al disponer en su artículo 1º que: "El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución".

Ahora bien, el artículo 1º de la Constitución de 1917, declara que "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Se ha discutido si la Constitución vigente ha operado un cambio de tesis en cuanto a la relación entre derechos y garantías. La duda surge debido a que en los

documentos constitucionales de 1842 y de 1857 se hacia referencia expresa por un lado, a los "derechos del hombre"; y por el otro, a las "garantias"; mientras que el aludido articulo 1º de la Constitución vigente omite mención expresa a los primeros, limitándose a referirse a las segundas.

Sin embargo, la doctrina ha sostenido que el Constituyente de 1917 no desconoció la existencia de los derechos del hombre. En los debates mismos es posible darse cuenta de que los diputados constituyentes tenian muy claro que el origen o la fuente de las garantías individuales, eran los derechos del hombre. Pero ello no quiere decir que unas y otros sean equivalentes.

Entre ellos, existe una relación entre "lo garantizado" y "la garantía". Los derechos del hombre, como conceptos generales y abstractos, son lo garantizado. Las "garantías individuales" son, la salvaguarda, no abstracta, sino concreta e individualizada, de aquellos derechos que todo hombre tiene, independientemente de su reconocimiento o no por el Estado. Las garantías individuales son relativas; y su relatividad depende de las circunstancias de lugar y tiempo, de la situación histórica de una nación y de los problemas que ha de enfrentar como comunidad política.

En otras palabras, las "garantías individuales" representan la medida en que el orden jurídico concreto garantiza los derechos del hombre, en un momento histórico determinado.

Así ha de entenderse el artículo 1º de la Constitución de 1917, aunque no se haga mención expresa de los derechos del hombre. El hecho de que solamente haga referencia a las "garantías" no significa que los derechos del hombre se desconozcan. Al contrario, y por las razones expuestas, dicho artículo ha de entenderse en los mismos términos trazados por el constitucionalismo mexicano desde 1842, es decir, vinculando íntimamente la idea de garantías con el concepto de derechos del hombre pero, aún así, haciendo la diferenciación entre ellos, en

razón de que cumplen una función distinta: unos son "lo garantizado", mientras que las otras son "la garantía" proporcionada por el orden jurídico e históricamente determinada.

Por ello es que el texto mismo del artículo 1º de la Constitución vigente prevé la posibilidad de que las garantías sean más amplias o más restringidas, o incluso suspendidas. Debemos concluir, por lo tanto, que los derechos del hombre, como conceptos abstractos y genéricos, no pueden restringirse ni suspenderse, pero sí las "garantías individuales".

Las condiciones para su restricción o incluso suspensión habrán de ser definidas por la propia Constitución, en virtud de las circunstancias específicas del lugar y el tiempo; con base en los problemas y necesidades que enfrente la nación en un momento histórico determinado. Ese y no otro es el sentido del artículo 1º constitucional, que de esta manera resuelve la tensión entre el carácter absoluto, que por necesidad lógica tienen los derechos naturales del hombre y la necesidad práctica de resolver los problemas de los hombres que viven en cada vez más complejas comunidades políticas.

La reforma constitucional que hoy se propone aprobar a este pleno, se inserta perfectamente en la lógica del constitucionalismo mexicano trazada desde 1842 en materia de derechos del hombre y de garantías individuales. En el tiempo y el espacio del México de hoy; en el momento histórico actual, en el cual nuestra sociedad enfrenta enormes problemas relativos a la seguridad pública, nos vemos obligados a proponer una serie de modificaciones que si bien restringen el alcance de algunas de las garantías establecidas a favor de quienes están sujetos a un proceso penal, son imprescindibles para atacar de manera frontal a la delincuencia; así como para acabar con la impunidad que tanto daño causa al tejido social.

Por ello, aunque es verdad se consideró a los derechos del hombre como de importancia suprema para la vida personal de todos los individuos que forman parte

de la sociedad, también es cierto que estos derechos del hombre, tal y como los definió y desarrolló el Constituyente de 1857, pueden limitarse y restringirse.

Es importante hacer notar, para los efectos del presente dictamen, que detrás de cada una de las limitaciones a las garantías de los gobernados, siempre habremos de encontrar algún interés superior de la sociedad. El orden público, la moral, la paz social y la seguridad de los demás ciudadanos, la justa distribución de la riqueza, son los valores supremos que, para el constituyente, han justificado restricciones a las garantías individuales. Solo algún interés superior de la sociedad puede justificar la relativización de garantías que, como individuos, quisiéramos todos fueran lo más amplias posible, pero que como miembros de una sociedad que aspira a la seguridad, al orden y a la paz social, debemos convenir en limitar, para asegurar una mejor convivencia.

Este es precisamente el dilema que se plantea la sociedad mexicana en los tiempos que corren, en un momento de la historia nacional en que la delincuencia amenaza con ampliar su radio de acción hacia ámbitos antes insospechados. Un momento en el cual la delincuencia ha tomado como rehén a la sociedad mexicana, que no cuenta con todos los instrumentos indispensables para hacer frente a esta inusitada situación. Un momento en el que la sociedad reclama al Estado, acciones prontas, decididas y expeditas para poner un alto a la creciente inseguridad pública y a su principal promotora, la impunidad.

La reciente consulta nacional nos ha convencido de la importancia de dar pasos muy firmes para asestar golpes certeros y definitivos a esos flagelos que son la delincuencia y la impunidad. La consulta fue amplia y totalmente abierta. En ella participaron todos los sectores de la sociedad, como se explicó antes, preocupados por la creciente inseguridad que se ha apoderado de algunas regiones o ciudades del país. El clamor generalizado es, en suma, cerrar todos los resquicios que infortunadamente hoy permiten la burla a la justicia y la evasión del castigo.

El clamor generalizado no es sino una manifestación de la situación de emergencia que viven algunas partes del país en materia de seguridad pública. En atención a dicho clamor y a dicha exigencia, las Comisiones que formulamos la presente propuesta de dictamen de reforma constitucional, consideramos necesario adecuar nuestra norma fundamental al interés social, que en estos momentos exige un combate efectivo y certero en contra de la criminalidad y la impunidad.

El contenido de la iniciativa

En la Exposición de motivos, el titular del Ejecutivo Federal afirma su compromiso fundamental de contribuir a mejorar substancialmente el sistema de justicia en nuestro país.

Más adelante, destaca las primeras acciones emprendidas para fortalecer las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia, como los únicos medios para garantizar la vigencia del Estado de Derecho. Entre ellas recuerda la profunda reestructuración del poder judicial federal, que empieza a reflejar mejores resultados, aunque la procuración de la justicia no ha corrido por la misma ruta.

Ante esta situación, reafirma la necesidad de poner en sincronía ambas instituciones: impartición y procuración de justicia. Sólo así, expone, se podrá acceder a mejores condiciones de vida, convivir en armonía y seguridad, y generar confianza en la actuación de las autoridades.

Nos recuerda la responsabilidad de las Procuradurías como las encargadas de la persecución de los delitos y la captura de los delinquentes; sin embargo, sus tareas se dificultan ante lo desfasado de los preceptos normativos, las difíciles circunstancias socioeconómicas en las que se encuentra el país, así como la presencia y recursos de la "delincuencia organizada".

Insiste en cómo las instituciones encargadas de la procuración de justicia encuentran en la legislación actual serios obstáculos para hacer frente a la

delincuencia, que no se actúa con la oportunidad y la severidad requerida, al grado de que se vive un sentimiento social de que las autoridades no actúan para combatir esta realidad y como todo ello genera una franca desconfianza pública.

Por todo eso, recalca la exposición de motivos, hay la urgente necesidad de inducir las condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia en beneficio de la sociedad.

ARTÍCULO 16

Se reconoce que este precepto desde su consagración en el texto Querétaro de 1917 no había sufrido reforma alguna, sino hasta 1993, cuando a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se le exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión.

El balance de los cuatro años de aplicación del precepto en comentario, se dice, es que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, por tecnicismos formales, presuntos delincuentes han logrado evadir la acción de la justicia; vale recordar aquí las cifras asentadas, porque en 1997 tampoco se observó mejoría, pues de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, se obsequiaron órdenes de aprehensión en menos del 20 por ciento; esto sin tomar en cuenta las magras cifras de consignación que hacen las procuradurías como se ha explicitado antes y cuya tendencia se mantuvo en 1997.

Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad.

De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este precepto para obtener una orden de aprehensión. Solicita que sea suficiente la

acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado. Finalmente insiste en que esta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales, pero además permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

ARTÍCULO 19

La iniciativa puntualiza que también en 1993 se reformó el precepto que nos ocupa a fin de hacer patente la garantía de seguridad jurídica en favor del inculpado, precisando la materia del debido proceso legal a través del auto de procesamiento o de término constitucional.

Con dicha reforma se sustituyó el concepto de "cuerpo del delito" por "elementos del tipo penal", lo que provocó que para dictar un auto de formal prisión se debían acreditar todos los elementos del tipo penal - objetivos, subjetivos y normativos -, así como la probable responsabilidad del indiciado.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su parte, precisó en un largo listado, lo que conforma los "elementos del tipo penal", cuyo tenor cita ilustrativamente el Ejecutivo.

Es en estas circunstancias que la presente iniciativa propone que para el libramiento del auto de formal prisión, se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Nota: El dictamen continúa con el análisis de la propuesta de reforma de los artículos 20, 22 y 123, de los cuales no se lleva a cabo su transcripción, por no ser importante para el presente trabajo de investigación.

739

CONSIDERACIONES PARTICULARES Y CAMBIOS A LA INICIATIVA

Son muchos y muy trascendentales los temas que se abordan en la iniciativa que ahora se dictamina; todos y cada uno han merecido un estudio y análisis especial por parte de las comisiones dictaminadoras. En este apartado se quiere dejar constancia de las diversas consideraciones que sobre estos temas hicieron las comisiones y que llevaron a las mismas a proponer los cambios a los textos de la iniciativa, a la consideración del pleno de esta Cámara.

Artículo 16 de la Constitución

La sociedad toda ha advertido en el pasado reciente serias deficiencias en el funcionamiento de nuestros sistemas de procuración y administración de justicia y lo que debía ser una colaboración de ministerios públicos y jueces en favor de la justicia, ha derivado en una relación poco colaborativa entre estas dos instituciones públicas que recurrentemente se imputan mutuas fallas e ineficiencias, mientras que los delincuentes se benefician de esta situación.

Uno de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional en 1993.

Siguiendo 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 órdenes de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de delitos.

Se suprimió el concepto "cuerpo del 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, los subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión. 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 – así como los elementos normativos – tales como comprobar que se trata de "cosa ajena", el "mandato legítimo de la autoridad", u otros aspectos normativos, según el delito de que se trate – es correcto para una sentencia condenatoria, pero resulta excesivo para una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

De esta manera, 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. Se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente prácticamente similar al requerido para dictar sentencia, con lo cual se convirtió a la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público.

Con el tiempo se han hecho evidentes las dificultades de aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, no sólo por 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 tan breve, que resulta imposible probar plenamente todos los elementos del tipo penal.

241

El texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal. En 1993 se adoptó una doctrina en materia penal que ha tenido éxito en otras naciones, pero que no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en nuestro país.

Estas Comisiones Unidas consideran que en los requisitos que deben exigirse para una orden de aprehensión y un auto de formal prisión debe buscarse un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, por un lado y las facultades de la autoridad para perseguir y castigar delitos, por el otro.

Así, rescatar el concepto de "cuerpo del delito" anterior a la reforma de 1993 permitiría, 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 posibilidad de defenderse de cualquier abuso de las autoridades.

Conforme a las opiniones expresadas en los foros de consulta convocados por el Senado de la República, y por diversos especialistas, se debe avanzar en el perfeccionamiento de nuestro sistema de enjuiciamiento penal. En este marco, restablecer el concepto de "cuerpo del delito" e incorporarlo a las reformas de 1993, permitirá el equilibrio adecuado de los intereses de la sociedad de que se procure justicia, las facultades de las autoridades, los derechos de los indiciados y de las víctimas.

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 constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Este es el concepto que hay que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993. Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado.

De esta manera, será en el proceso penal donde se encuentre la amplitud probatoria, por lo que es necesario modificar los requisitos impuestos al Ministerio Público para la obtención de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. Debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado.

Además de estas consideraciones, estas Comisiones Unidas han juzgado pertinente hacer algunas precisiones al texto propuesto por la iniciativa:

- a) Primero, que se considera insuficiente acreditar la mera "probabilidad" de los elementos del tipo para justificar un acto de molestia en contra de la libertad de las personas. Esto daría lugar a excesos y llenaría las prisiones sólo por sospechas o suposiciones de los agentes del ministerio público.
- b) Como se ha razonado, resulta más apropiado adoptar el concepto de "cuerpo del delito", en lugar de referir los elementos objetivos del tipo penal; así, se propone en el texto constitucional la adopción de esta referencia.

Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así debe decirlo la legislación secundaria, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiendo éste como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley; así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se deduzca fundadamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso.

- c) Como se trata de las fases iniciales del proceso penal, se ha considerado conveniente que el grado de convicción del juzgador, en esta etapa, no tiene que ser pleno, por lo que bastará para que se libere una orden de aprehensión, el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad.

Por lo tanto, la redacción que se propone para la reforma del artículo 16 constitucional es la siguiente:

Artículo 16. -...

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

...
...

Artículo 19 de la Constitución

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.

En atención a que este acto será el inicio de la prisión preventiva y se privará de la libertad al indiciado, estas comisiones unidas proponen detallar claramente cuales son estos elementos, tal y como se establecía en el texto constitucional anterior a la reforma de 1993, que provenía del constituyente de 1917.

Los que se proponen como elementos de juicio son: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Además, estas Comisiones Unidas proponen se hagan las siguientes precisiones a lo propuesto por la iniciativa:

- a) Con objeto de dar congruencia a la modificación propuesta al texto del artículo 16 constitucional, deberá suprimirse la palabra "plena", respecto de la acreditación de los requisitos para dictar el auto de formal prisión.

718

La acreditación de la "plena" existencia de los elementos objetivos del tipo penal para la emisión del auto de formal prisión, es incongruente con la reforma propuesta al artículo 16 constitucional. De ser así, se desnaturalizaría el juicio penal, ya que la convicción plena es propia de la parte final del proceso una vez desahogadas las pruebas.

Es importante remarcar que el cambio introducido por la modificación que aquí se propone, en el sentido de que además de la probable responsabilidad sólo se debe acreditar el cuerpo del delito, junto con la eliminación del calificativo "plena", evitará en lo futuro las constantes fricciones entre el ministerio público y los órganos jurisdiccionales, causadas por la gran diferencia entre lo que se tiene que probar para obsequiar una orden de aprehensión y lo que se requiere para dictar la resolución del término constitucional que es como se sabe, breve y perentorio.

- b) Por precisión jurídica se clarifica que el lapso de setenta y dos horas es un "plazo" y no un "término", en virtud de que el vocablo "término" es el momento específico en el que nace o se extingue una obligación y el plazo hace referencia al período de tiempo en que una obligación jurídica debe cumplirse, al "término" del cual se da una consecuencia jurídica, como el nacimiento o extinción de un derecho o una obligación.
- c) Por seguridad jurídica se establece claramente quien es el sujeto a cargo de esta obligación, por ello se precisa que es la autoridad "responsable del establecimiento" y no simplemente cualquier autoridad, la que está obligada a liberar al indiciado si al término de las setenta y dos horas no se recibe el documento necesario para prolongar la privación de la libertad.
- d) La prórroga de setenta y dos horas adicionales para que se dicte el auto de formal prisión es un derecho constitucional del indiciado para poder aportar pruebas en su descargo y la Constitución General de la República no limita el ejercicio de este derecho a "la aceptación" por parte de autoridad alguna de esta solicitud de prórroga, por lo que debe suprimirse esta referencia.

Por lo tanto, la redacción que se propone para la reforma del artículo 19 constitucional es la siguiente:

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

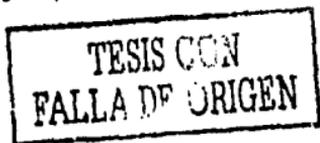
Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Nota: El dictamen continúa con el análisis de los artículos 20,22 y 123 apartado B, los cuales no se transcriben por no ser relevantes al actual estudio.

Asimismo, la iniciativa fue aprobada por el pleno del Senado de la República el 1º de octubre de 1998 y en los mismos términos sin modificaciones por la Cámara de Diputados el 1º de noviembre de 1998, posteriormente, se aprobó por las legislaturas de los Estados y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 8 de marzo de 1999 para quedar los artículos 16 y 19 constitucionales de la siguiente forma:

Artículo 16. - ... (Segundo Párrafo)

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.



253

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

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.