



20762

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"ACATLAN"

"LAS REPERCUSIONES EN LA SEGURIDAD JURIDICA DE
LA TRANSICION DEL CONCEPTO CUERPO DEL DELITO A
ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y AL NUEVO CONCEPTO
DE CUERPO DEL DELITO EN EL PROCEDIMIENTO
PENAL FEDERAL".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRA EN DERECHO

P R E S E N T A :
CLAUDIA EUGENIA SANCHEZ HERNANDEZ

ASESOR: DR. JULIO CESAR KALA.



CAMPUS ACATLAN
POSGRADO

ACATLAN, ESTADO DE MEXICO,

AGOSTO DE 2004.





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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Mi agradecimiento a la Universidad Nacional Autónoma de México por la beca que me otorgó a través de Dirección General de Estudios de Posgrado para realizar mis estudios de maestría.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Claudia Eugenia Sánchez Hernández.

FECHA: 20 de septiembre del 2004

FIRMA: 

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por apoyarme con una beca. Espero que su interés en mi desempeño se vea gratificado con este trabajo.

CONTENIDO

Página.

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO I.- Garantías de seguridad jurídica en la que incide la transición del concepto cuerpo del delito a elementos del tipo penal y a cuerpo del delito.....	1
1. Las garantías como mecanismo de defensa de los derechos de las personas.	1
2. Definición de seguridad jurídica.....	10
3. Enfoques de la seguridad jurídica.....	14
4. Preceptos constitucionales relativos a la seguridad jurídica en los que incide la transición del cuerpo del delito a elementos del tipo penal y a cuerpo del delito.....	17
5. La seguridad jurídica como una garantía constitucional en el ámbito procesal penal federal.....	23
CAPITULO II.- El cuerpo del delito en el procedimiento penal federal antes de las reformas constitucionales de 1993.....	27
1. El cuerpo del delito bajo el enfoque de las teorías causalistas.....	27
2. La influencia del sistema causalista en el contenido del artículo 19 Constitucional y 168 del Código Federal de Procedimientos ...	40
2.1. El dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.....	43
2.2. El injusto penal y los llamados elementos subjetivos.....	45
3. Requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el marco legal del cuerpo del delito.....	53
4. El problema de la seguridad jurídica de las personas.....	58

CAPITULO III.-Los elementos del tipo penal en el procedimiento penal federal después de las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993..... 62

1. Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la introducción del concepto de tipo penal en el Código Federal de Procedimientos Penales.....	62
2. La aplicación de la teoría finalista del tipo penal en México...	64
2.1. El dolo y la culpa como fin de la conducta.....	70
2.2. La acreditación de los elementos subjetivos del injusto.....	72
3. Análisis de los elementos integrantes del tipo penal.....	73
3.1. La comprobación de 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.....	74
3.2. La acreditación de la realización dolosa o culposa de la acción u omisión y de la forma de intervención de los sujetos activos dentro del tipo penal.....	76
3.3. Las calidades del sujeto activo y pasivo.....	81
3.4. Estudio del resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.....	85
3.5. La existencia del objeto material.....	86
3.6. Los medios utilizados para la comisión del ilícito.....	87
3.7. Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión del evento típico.....	88
3.8. Los elementos normativos.....	89
3.9. Los elementos subjetivos específicos.....	91
3.10 Las demás circunstancias que la ley señala.....	92
4. Análisis de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el marco legal de los elementos del tipo.....	93

CAPITULO IV. Implicaciones de la actual conceptualización del cuerpo del delito, como un híbrido entre los anteriores conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal, en el procedimiento penal federal, a partir de las reformas constitucionales de 1999.....	106
1. Elementos del cuerpo del delito dentro del nuevo marco legal.	106
1.1. Estudio de los elementos objetivos o externos como parte de la materialidad del hecho delictivo.....	109
1.2. Los elementos normativos y subjetivos	113
1.3. La forma de intervención de los sujetos y la comisión dolosa o culposa de la conducta como partes de la responsabilidad penal.	118
2. El cuerpo del delito como un híbrido entre los anteriores conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal, en el procedimiento penal federal.....	126
3. Análisis de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el nuevo marco legal del cuerpo del delito y su vinculación con el problema de la seguridad jurídica.....	128
CONCLUSIONES.....	141
PROPUESTAS.....	148
BIBLIOGRAFÍA.....	149

INTRODUCCIÓN.

El presente estudio ha girado en torno al análisis de la transición sufrida por el concepto de *cuero del delito* a *elementos del tipo penal*, hasta llegar al nuevo concepto de *cuero del delito*, cuyo alcance resulta aún basto y difuso. Desde la publicación en el Diario Oficial de la Federación del lunes 8 de marzo de 1999, en la que se dieron a conocer las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante la que se suprimió la acepción elementos tipo penal, para retomar el término cuerpo del delito, en lo tocante al libramiento de las órdenes de aprehensión y autos de formal prisión, este modificado¹ concepto, ha sido analizado bajo diferentes enfoques, que fundamentalmente a nivel dogmático son el causalismo y el finalismo,² sin embargo, el sólo análisis estructural de los elementos del delito dentro de una u otra corriente, nos imposibilitaría brindar un amplio espectro de los alcances de esta transición, de manera que se busca abordar, además del estudio de la conformación del cuerpo del delito y de los elementos del tipo penal en cada uno de los momentos históricos de su vigencia, las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de uno u otro

¹ Se emplea el término *modificado* pues, como se mostrará en el punto 4.1 del capítulo IV, no tiene el mismo significado que el concepto "*cuero del delito*" vigente en México antes de las reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales de 1993.

² Como enfoques diversos, encontramos el de la *teoría lógico-matemática* y el sistema *funcionalista*, que no son materia del presente estudio, en el cual se abordan únicamente los enfoques causalista y finalista.

concepto, así como sus repercusiones en la seguridad jurídica de las personas.

Por ello, el presente trabajo se ha elaborado respondiendo a la necesidad de examinar y reflexionar sobre estas repercusiones; más, atendiendo a una necesaria delimitación del tema, circunscribimos el análisis al ámbito del procedimiento penal federal, esperando que ofrezca elementos a recapitular en posteriores investigaciones.

De ahí que nuestro problema a estudiar se centre en ¿cómo ha repercutido en las garantías de seguridad jurídica de las personas, la transición del concepto de cuerpo del delito a elementos del tipo penal y a cuerpo del delito, a nivel del procedimiento penal federal?

Planteando como objetivo general, examinar la transición del concepto de cuerpo del delito a elementos del tipo penal, hasta llegar al nuevo concepto de cuerpo del delito, para identificar si se han debilitado las garantías de seguridad jurídica de las personas en el ámbito del procedimiento penal federal. Para ello, se establecieron cuatro objetivos específicos, que son:

- i) Analizar cuáles son las garantías de seguridad jurídica en las que incide la transición del concepto cuerpo del delito a elementos del tipo penal y a cuerpo del delito, en el ámbito del procedimiento penal federal.
- ii) Examinar cómo se aplicaba el concepto de cuerpo del delito, en el procedimiento penal federal antes de las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993.

- iii) Analizar cómo repercutió en la seguridad jurídica de las personas la aplicación del concepto de elementos del tipo penal en el procedimiento penal federal a partir de las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993.
- iv) Estudiar cómo ha repercutido la aplicación de la actual conceptualización del cuerpo del delito, en la seguridad jurídica de las personas dentro del procedimiento penal federal, a partir de las reformas Constitucionales de 1999.

A efecto de dar respuesta al problema formulado, se propone como hipótesis que, al implementarse el concepto de elementos del tipo penal a nivel constitucional, se precisaron los extremos de prueba a acreditar por la autoridad para motivar la afectación de la libertad personal, con motivo de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, con lo que se reforzaron las garantías de seguridad jurídica de las personas; pero, al retomarse el concepto de cuerpo del delito, que a nivel procesal penal federal, puede entenderse como un híbrido de los conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal, se debilitaron las garantías de seguridad jurídica.

El análisis y comprobación de nuestra hipótesis se realizó a lo largo de cuatro capítulos que componen este texto:

En el *primer capítulo*, el objeto central de nuestras reflexiones, fue el análisis de las garantías de seguridad jurídica en las que incide la transición del concepto cuerpo del delito a elementos del tipo penal y a cuerpo del delito en el ámbito del procedimiento penal federal, al considerarse que las garantías representan un medio establecido por la

ley para la salvaguarda de los derechos de las personas y en ellas se fijan las condiciones que aseguran su goce y ejercicio, de tal suerte que llevan aparejada una forma de auto limitación del Estado, por lo cual, entre más amplia sea una garantía, mayor control al actuar irrestricto del Estado existirá, por lo que el derecho tutelado será mejor salvaguardado. De manera que, en este apartado se finaliza con el estudio de los preceptos constitucionales relativos a la seguridad jurídica en los que incide la transición conceptual de cuerpo del delito a elementos del tipo penal y a cuerpo del delito, para luego, en capítulos posteriores, analizar su alcance y repercusiones.

En el *segundo capítulo*, se examina cómo se aplicaba el concepto de cuerpo del delito en el procedimiento penal federal antes de las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993. Para lograr esto y hacer que el presente estudio resulte lo más completo posible, se precisa conocer la corriente teórica bajo la que este concepto se conformó, por ello de manera inicial se busca exponer la postura que para abordar el delito adoptó la corriente causalista.

Así se procede al análisis del cuerpo del delito bajo el enfoque causalista, examinado la influencia de éste, tanto en el contenido del artículo 19 Constitucional, como del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales; asimismo se analiza cómo eran estudiados el dolo, la culpa y los llamados elementos subjetivos; finalizando con el estudio de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el marco legal del cuerpo del delito, imperante antes de 1993, vinculándolo al problema de la seguridad jurídica de las personas.

En el *tercer capítulo* se analizan las repercusiones de la aplicación del concepto de elementos del tipo penal en el procedimiento penal federal a partir de las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993, reconociendo la influencia de las corrientes finalistas en el contenido de los preceptos reformados; examinándose también, los alcances de la expresión elementos del tipo penal dentro del procedimiento penal, por lo que se analizan cada uno de éstos, fundamentalmente en lo tocante al estudio del dolo y la culpa, así como de los elementos subjetivos específicos, concluyendo con el análisis de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el marco legal de los elementos del tipo, vinculando su contenido a las repercusiones para la salvaguarda de la seguridad jurídica.

En el *cuarto capítulo*, se aborda el tema relativo a los alcances de la expresión cuerpo del delito en el procedimiento penal federal, concebido como un híbrido del anterior cuerpo del delito y los elementos del tipo penal, a partir de las reformas de 1999. Por ello, se analiza su contenido a la luz del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo tocante a los elementos objetivos y normativos y se efectúa un estudio en torno al tratamiento que se da a los elementos subjetivos, así como a la forma de intervención de los sujetos y la comisión dolosa o culposa de la conducta, así como explorando las inclinaciones teóricas que dicho concepto representa, hasta concebir el cuerpo del delito como un híbrido entre los anteriores conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal en el procedimiento penal federal; finalizando con el análisis de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el nuevo

marco legal del cuerpo del delito, aterrizando en el problema que implica esta reforma para la seguridad jurídica pues, precisamente, el trasfondo del presente estudio radica en qué con las reformas se facilita el afectar la libertad de las personas, con el libramiento de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión, con requisitos mínimos.

Esto queda claro al apreciarse que, cuando en 1993 se reformaron los artículos 16 y 19 Constitucionales, se dejó atrás la connotación de cuerpo del delito, tan íntimamente vinculado con las teorías causalistas, para ser remplazado por la figura de elementos del tipo penal, teniendo como sustento las teorías finalistas, en donde el dolo y la culpa dejaron de ser formas de la culpabilidad, como lo aceptaba la teoría causalista y fueron incorporadas al tipo penal como fin de la conducta y se deberían analizar a nivel de tipo penal. A partir de entonces, las autoridades encargadas de la procuración de justicia debieron acreditar los elementos objetivos, subjetivos y normativos, así como la forma de intervención de los sujetos activos y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión, como elementos del tipo penal, al momento de solicitar el libramiento de una orden de aprehensión o ejercitar acción penal, así como debían hacerlo las autoridades judiciales, al momento de obsequiar la orden de aprehensión o de emitir un auto de formal prisión. Con esto se garantizó al ciudadano que no sería objeto de dichos actos de autoridad, si no se probaba de manera plena todos los elementos integrantes del tipo penal de que se tratara. Cuando en marzo de 1999, se reforma de nueva cuenta la Constitución y se retoma el concepto de

cuerpo del delito, se retrocede en mucho lo avanzado, en lo tocante al respeto a la garantía de seguridad jurídica de las personas que pueden ver afectada su libertad por el Estado, con requisitos mínimos, de ahí que la contrarreforma implique el peligro del acercamiento a un derecho penal represivo, propicio para el autoritarismo, en donde se reduce la auto limitación del poder del Estado y se aumenta la inseguridad jurídica.

C A P Í T U L O I. Garantías de seguridad jurídica en las que incide la transición del concepto de cuerpo del delito a elementos del tipo penal y a cuerpo del delito.

“El derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza”. Luigi Ferrajoli.³

Previo al análisis de las garantías de seguridad jurídica en las que incide la transición conceptual que nos ocupa, se aborda el tema de las garantías individuales y la seguridad jurídica.

1. Las garantías como mecanismo de defensa de los derechos de las personas.

La razón por la que de forma inicial abordé el tema de las garantías individuales, es por que considero que la transición del concepto de cuerpo del delito a elementos del tipo penal y de éste a cuerpo del delito, ha incidido en ellas y busco explicar de qué forma. Por tal motivo, estimo indispensable arribar a una formación conceptual, para los efectos del presente estudio, en torno a las garantías individuales.

Es común encontrar en la literatura especializada nacional que se han identificado a las garantías individuales con derechos humanos, así, Díaz de León las define como *“derechos fundamentales o libertades individuales que conforman la dignidad de la persona que se recogen*

³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, cuarta edición, Valladolid, 2000, p. 104.

y expresan en la Constitución de un Estado, como reconocimiento a los gobernados”.⁴

Palomar de Miguel, de forma coincidente, las define como “derechos que reconoce la Constitución y leyes de un Estado a todos sus ciudadanos”.⁵

En estas conceptualizaciones, es posible observar que se define a las garantías como derechos humanos, para luego a éstos, identificarlos con el derecho natural, lo que se considera una imprecisión, pues, como lo señala Sánchez Sandoval⁶ “los derechos humanos, no son naturales, sino culturales y deben ser reconocidos por el poder⁷ de un Estado de derecho democrático⁸, en relación a las condiciones de vida de una sociedad civil específica”. El cómo se fijan estas condiciones será tema de las garantías, como medio para asegurar el goce de los derechos.

⁴ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. “Garantías Individuales”. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Porrúa, México, segunda edición, 1989, p. 806.

⁵ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. “Garantías Individuales”. *Diccionario para juristas*. Ediciones Mayo, México, primera edición, 1981, p. 627.

⁶ SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto. *Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2000. p. 11.

⁷ Dicho autor, define al poder como “la fuerza de la voluntad de un sujeto particular o colectivo, capaz de imponer su decisión a otros mediante la amenaza a bienes comunes o privados si no se someten a ella”, *cf.* Sánchez Sandoval, Augusto. *Control social en México D.F. Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos*, México, U.N.A.M., E.N.E.P. Acatlán, 1998, p. 24.

⁸ Caracterizado por: i) El respeto a la soberanía popular en la creación de las reglas y normas jurídicas, por el poder del Estado y los particulares; ii) La división y equilibrio de poderes públicos para controlar unos con otros; iii) La responsabilidad de los servidores públicos por violación a las normas de derecho en el ejercicio de sus funciones; iv) La protección jurídica efectiva de las personas y de sus derechos, respecto a los abusos de poder, *cf.* Sánchez Sandoval, op cit. nota 6, p. 13.

Burgoa, distinguió también a los derechos de las garantías, definiendo a éstas últimas como *“la consagración jurídica positiva de los elementos propios y consubstanciales del hombre, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad, para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo”*.⁹

Por su parte, Ferrajoli, al respecto refiere que las garantías *“no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”*.¹⁰ De ahí que los derechos se protegen a través de las garantías, e identificarlos, sería como identificar lo asegurado con lo que se asegura. Acerca de ello, FERRAJOLI señala que *“la ausencia de las garantías equivale a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna, que debe ser colmada por la legislación”*.¹¹

Así, en tanto los derechos humanos representan *“exigencias éticas -aquellas imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna- que tienen los seres humanos y que conllevan un derecho igual a su reconocimiento”*,¹² las garantías representan el medio establecido por la ley para la salvaguarda de los derechos del individuo.

⁹ BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Porrúa, México, 1989, p.187.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed.Trotta, Madrid, 1999, p. 25.

¹¹ *Ibidem*, p. 43.

¹² FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Ed. Debate, Madrid, 1984, p. 107.

Justamente por ello, no basta sólo con declarar la existencia de los derechos, es en las garantías, donde se fija las condiciones que aseguran el goce y ejercicio de los derechos.

Por ello en este trabajo, se define a las garantías como un *medio establecido por la ley para la salvaguarda de los derechos del individuo, que fija las condiciones que aseguran su goce y ejercicio y que lleva aparejada una forma de auto limitación del Estado.*

Desprendiéndose de ahí que *“mientras los derechos fundamentales corresponden al hombre su garantía atañe al Estado”*¹³ y es así como ambos conceptos –derechos y garantía se encuentran estrechamente relacionados- por ser el Estado, a la vez el garante y trasgresor de éstos.

Lo anterior hace evidente la necesidad de diferenciar el discurso de la *-defensa de los derechos humanos- y la mera legalidad*,¹⁴ con el de verdaderas garantías que sean límites reales al poder del Estado, pues no basta con que la ley enuncie una serie de derechos, sino se precisa que establezca los medios para hacerlos valer de forma efectiva, estableciendo al parejo las garantías para ello.

Al respecto, refiere Oscar Correas que:

¹³ Visto como un Estado de derecho, *cfr.* nota 8.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, nota 10, p. 66. Alude al principio de mera legalidad (o de legalidad formal), como *norma de reconocimiento de la existencia de las normas* y lo opone al principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial), es decir de *sometimiento de la ley a vínculos ya no sólo formales, sino sustanciales, impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones*; es decir que para que una norma sea válida, *además de vigente, no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución (rígida).*

*“...desde que el derecho positivo ha hecho suyos los derechos humanos, es decir, desde que el Estado moderno, el democrático, ha redoblado su antiguo discurso de defensa de todos los individuos por igual, desde que ha comenzado a autodeterminarse como Estado democrático y a veces social- de derecho, el –irrestringido- cumplimiento de la ley, se ha convertido en una bandera de la mayor parte de los defensores de los derechos humanos”.*¹⁵

Por lo tanto, es indispensable regular el poder del Estado a través del derecho, imponer límites a su actuación, orientarse hacia el Estado de derecho, que a decir de Lara Ponte es:

*“...aquel que impedido constitucionalmente para ejercer arbitrariamente el poder contra los gobernados se erige por y para la sociedad en su conjunto, apreciándose la necesidad de que el poder público sea ejercido a partir de preceptos normativos generales y circunscrito a leyes que derivan de aquellos, para conseguir un equilibrio en relación entre el poder público y la libertad individual”.*¹⁶

Para el Estado, el derecho es un elemento connatural a su estructura, constituye *“el prelude de la delimitación impersonal de poderes en el interior del Estado-aparato y de la autonomía de los ciudadanos en el interior del Estado-comunidad”*,¹⁷ por lo que no es dable disociar el Estado moderno del derecho y de la ley. No obstante, es importante recordar que el Estado, se vale del derecho para legitimar su poder; como lo explica Oscar Correas: *“...el derecho es la máscara del*

¹⁵ CORREAS, Oscar, “Legalidad, seguridad jurídica y derechos humanos”. *Revista derechos y libertades*, año V, no 8, enero-junio 2000, Madrid, p.162.

¹⁶ LARA PONTE, Rodolfo. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. Porrúa México, 1ª. ed, 1997, p.196.

¹⁷ BARATTA, Alessandro. “Defensa de los derechos humanos garantizados por la Constitución”, *Revista judicial*, Costa Rica, año XV, no. 50, junio, 1990, p. 14.

poder,¹⁸ pues se trata de un discurso que permite, a quien consigue usarlo eficazmente, hacer aparecer su conducta como impune”.¹⁹ Más no obstante ello, los ciudadanos, como establece Baratta podemos constituirnos en poder entre los grupos sociales y “este cambio social, esta relacionado con un grado más alto de desarrollo humano en la sociedad, con respecto al grado preexistente”.²⁰ A este respecto, considero de particular importancia resaltar que el poder del Estado, logra imponerse de modo efectivo, precisamente por qué es asumido por la sociedad; de ahí que una sociedad civil que conozca este mecanismo de legitimación, tiene mayor posibilidad de imponer un freno a este poder, precisamente al legitimarlo o deslegitimarlo. Baratta explica así este fenómeno:

“Una nueva legislación se convierte en un programa social, un objetivo del movimiento social. Es muy importante que el

¹⁸ Esta afirmación, Correas la vincula con un texto de Kelsen que dice: “Si se le quita la máscara a los actores de la representación religiosa o social en la escena política, deja de ser Dios el que recompensa y castiga, deja de ser el Estado el que condena y hace la guerra: son hombres quienes ejercen violencia contra otros hombres, es el señor X el que triunfa contra el señor Y, o una bestia a la que aplaca su apetito sanguinario revivido. Si caen las máscaras, la representación pierde su significado propio; si hacemos abstracción de las máscaras, renunciaremos justamente a esta interpretación específica en la cual consiste exclusivamente aquello que llamamos religión o sociedad”. Dios y Estado, en Correas Oscar. El otro Kelsen. México, Universidad Nacional Autónoma de México, p.989. Cfr. CORREAS, Oscar, *Legalidad, seguridad jurídica y derechos humanos*. Revista derechos y libertades, año V, no 8, enero-junio 2000, Madrid. Pp.176 y 777, donde menciona que: “...las máscaras jurídicas deben caer, detrás de ellas están los actores reales. Y mientras estos sean estos de ahora, la seguridad jurídica es sólo una aspiración y el derecho nada más que un campo de combate”-aludiendo a la lucha de clases-.

¹⁹ CORREAS, Oscar. *Op.cit.*, nota 15, p. 163.

²⁰ BARATTA, Alessandro. “El uso alternativo del Derecho”. *Política criminal y sociología jurídica*, Escuela Nacional de Estudios Profesionales, Acatlán, México, 1998, p. 354.

*movimiento social se apropie de esa cultura de la legalidad, empujando al respecto a la misma. La demanda política del respeto a la legalidad constituye un momento esencial en la estrategia del contrapoder social a través del derecho”.*²¹

De acuerdo con este planteamiento, con la implementación del denominado Estado de derecho “*el principio de legalidad va a ser postulado en forma irrestricta como el paradigma del control y conocimiento de las actuaciones y definiciones de los aparatos de poder; además, como la base que generaba una legitimación a la existencia de esos mismos aparatos*”.²²

Resaltando así como uno de los aspectos fundamentales del Estado de derecho es la definición de las relaciones entre gobernante y gobernado, con el objetivo de evitar el abuso de autoridad y la arbitrariedad en el ejercicio del poder, el fortalecimiento y ampliación de las garantías que impidan la afectación de derechos; por tanto, se hace evidente la necesidad de creación de normas que no sólo sean formalmente legales, sino estrictamente legales, conteniendo verdaderas garantías, contemplando las formas y condiciones para el respeto de los derechos de las personas y un límite efectivo al poder de los órganos estatales, en palabras de Ferrajoli:

"Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (nulla poena, nullum crimen sine lege), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de legalidad penal (nulla lex poena sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine indicio, sine accusatione, sine

²¹ BARATTA, Alessandro, *Op.cit.* nota 17, p. 358.

²² SOLÓRZANO ALFARO, Norman José. “Notas para una crítica del principio de legalidad”. *Revista crítica jurídica*. No. 19, jul.-dic., 2001, p.55.

probatione, sine defensione). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada. De ahí se sigue (...) un distinto papel de los dos principios y una distinta estructura normativa del sistema legal exigida por ellos la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes".²³

Asimismo, con la postulación del principio de estricta legalidad, también se transforma la concepción del simple Estado de derecho, que deviene Estado constitucional garantista de derecho. Así, lo sostiene Ferrajoli:

"El término "Estado de derecho"... designa no simplemente un 'Estado legal' o 'regulado por la ley', sino un modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) En el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público - legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad...; b) En el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial".²⁴

Frente a este la auto limitación del poder del Estado, que veíamos identificada con el concepto de Estado de derecho, encontramos la no

²³ *Ibidem*, p. 95.

²⁴ *Ibidem*, pp. 855-857.

limitación de dicho poder, a la que Ferrajoli llama totalitarismo, donde “...los derechos de los ciudadanos resultan instrumentalizados por interés públicos superiores a ellos y, a tal fin, limitados y disciplinados en virtud de cláusulas normalmente independientes que los vacían de contenido...”,²⁵ lo que evidentemente no resulta lo más adecuado para asegurar el respeto a los derechos de las personas, alejándose de un modelo garantista.

De ahí la importancia de analizar el contenido de las normas y los efectos que éstas pueden tener respecto a la sociedad, al dar al Estado mayor o menor posibilidad para intervenir en la vida de las personas y por ende, dando mayor o menor garantía a estos respecto de sus derechos, por lo que es necesario analizar cada una de las corrientes teóricas que han influido en el ámbito de nuestro derecho.

En referencia a las garantías individuales que tienen relación con la reforma que nos ocupa, en el capítulo primero del título primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se consagran las garantías individuales, que *comúnmente para su estudio han sido divididas en garantías de igualdad, libertad y seguridad jurídica*,²⁶ los artículos 16 y 19 constitucionales, materia de las reformas de 1993 y 1999, establecen los requisitos para el libramiento tanto de una orden de aprehensión como de un auto de formal prisión, por lo que para su

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 4ª edición, ed. Trotta, Valladolid, 2000, p. 885.

²⁶ CARPIZO, Jorge. “Garantías individuales”. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo II, México, Porrúa, 1987, p.1517.

estudio las garantías que éstos consagran han de entenderse como de seguridad jurídica, por lo que se procede al análisis de dicha figura.

2. Definición de seguridad jurídica.

Para allegarnos el significado que ha de darse al término seguridad jurídica, es importante resaltar que etimológicamente, proviene de *seguritas*, derivada del adjetivo *securus* (*de secura*), que en su sentido más general, significa “*estar libre de cuidados*”.²⁷ De modo ordinario, dicho concepto alude “*a la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares previamente establecidos*”.²⁸

La definición tradicional de seguridad jurídica, alude a la “*garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse le será asegurada por la sociedad su protección y reparación*”.²⁹

En principio, considerando a la seguridad jurídica como una certeza, puede ser analizada desde diferentes perspectivas, Sánchez Parodi³⁰ alude a las siguientes:

²⁷ ADAME GODDARD, Jorge. *Seguridad jurídica. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.* Tomo IV, México, Ed. Porrúa, 1988, p. 2885.

²⁸ *Idem.*

²⁹ DELOS, J. T. *Los fines del derecho.* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1975, p. 47, citado por GONZÁLEZ RUIZ, Samuel. *Seguridad Pública en México.* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p. 44.

³⁰ SÁNCHEZ PARODI, Horacio M. “La seguridad jurídica y el orden constitucional histórico. Foro político”. *Revista del Instituto de Ciencias Políticas.* Vol. XXIV, diciembre, 1998, Buenos Aires, Argentina, p. 48.

“1) Certeza acerca de la vigencia y validez de la regla o norma del derecho positivo.

2) Certeza acerca de la duración en el tiempo de la norma, lo que nos previene sobre la inestabilidad y la retroactividad de la ley.

3) Certeza acerca del significado de la norma que regula las situaciones dadas.

4) Certeza acerca del comportamiento en virtud del cual el poder es ejercido, lo que implica de suyo la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de la acción y el tan importante principio de legalidad, principio superior que hace subordinar la discrecionalidad”.

La anterior clasificación la concretaría, desde un punto de vista subjetivo, en la certeza del individuo de que sus derechos no pueden ser afectados validamente por ningún acto del poder público, sin que se acaten las condiciones que la propia ley señala; esto porque es precisamente el hecho de que la ley establezca bajo qué condiciones – únicamente- se puede restringir éstos, que puede hablarse de seguridad jurídica.

El tipo penal sirve para el perfeccionamiento de la seguridad jurídica, ya que tiene como una función relevante el mostrar a los ojos del ciudadano los límites de espacio libre de penalidad a fin de que pueda orientar de tal modo su conducta. De ahí que la seguridad jurídica reclama entonces la previsibilidad y la capacidad de medir previamente por qué conductas y bajo qué circunstancias una persona puede ser sometida por el aparato penal, es decir, aquel que habiendo cometido un delito, éste quede debidamente comprobado.

Es importante subrayar que la seguridad jurídica, es un concepto vinculado al de Estado de derecho, por el que se ha entendido “*un modelo de Estado en el que el gobierno está sometido a leyes, es decir, no actúa arbitrariamente sino que lo hace conforme lo prescribe el ordenamiento jurídico, donde el principio de legalidad es el fundamento básico del comportamiento de las autoridades en un Estado de derecho*”,³¹ pero debe ser además un Estado en el que sus poderes han de encontrarse al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de las personas.

No hay que olvidar que el derecho, como discurso, puede ser usado a conveniencia de quien lo produce, sirviéndose de él; como refiere Oscar Correas: “*El derecho existe, en verdad, en el acto de lenguaje de aquel que mira la conducta del otro. En primer lugar, existe en el acto de lenguaje de reconocimiento del texto jurídico que alguien produjo en algún momento anterior. Este texto es, en realidad, mudo: requiere que alguien lo use; que alguien diga que existe; que alguien diga lo que dice. Antes de eso, no tiene importancia social alguna. En segundo lugar, existe en el acto del lenguaje de quien, usándolo, es decir, teniendo en mente el discurso normativo*”-dice- “*mira la conducta de otro, como siendo, no de ese individuo, sino de un funcionario; es decir, -del Estado-*”,³² agregando al respecto que “*ciertas realidades son producidas por el lenguaje, son su efecto*”³³,

³¹Diccionario Jurídico Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 120, citado por GONZÁLEZ RUIZ, Samuel. *Seguridad Pública en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p. 44.

³² CORREAS, Oscar. *Op. cit.*, nota 15, p. 166.

³³ *Ibidem*, p. 167.

por lo que en este sentido, requiere ser legitimado precisamente por aquellos a quien esta dirigido y en esa medida ha de contener los deberes públicos correspondientes tanto de dar satisfacción a los derechos de las personas como a la prohibición de lesionar tales derechos.

Así, lo que el derecho puede brindar, es un marco de previsibilidad y entre más concretas sean las condiciones que puntualiza la ley para la afectación de los derechos, más adecuada será su salvaguarda. Con el propósito de construir una definición, para los efectos del presente estudio se enmarca la seguridad jurídica, desde un punto de vista objetivo, como el conjunto de condiciones que, en un Estado de derecho, aseguran el goce y ejercicio de los derechos de las personas, que no pueden verse afectados sin que se observen dichas condiciones.

De ahí que la seguridad deviene de una necesidad inherente al ser humano, la cual ha tratado de ser satisfecha de diversas maneras, de tal suerte que, la lucha por colmar esta necesidad ha sido uno de los principales motores de la historia jurídica. En la tradición contractualista, *“es la búsqueda de una condición humana protegida y garantizada, la que explica el origen de las instituciones políticas y jurídicas. Hobbes, Pufendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas”*, señala Pérez Luño, *“concebirán el tránsito desde el Estado de naturaleza a la sociedad, como superación del ius incertum y su conversión en Estado de seguridad. Tras el pacto social los sujetos contratantes sabrán a que atenerse, les será posible calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios del*

ejercicio de sus derechos, ahora tutelados”.³⁴ De tal suerte que la certeza de la ley, como afirma Alessandro Baratta:

“...se convertirá en un presupuesto y función indispensable en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho, en donde la afirmación y el mantenimiento de una forma de Estado que garantice un mínimo de certeza en lo que afecta a la existencia de un individuo y de sus libertades, constituye en nuestros días una exigencia elemental e irrenunciable por cuyo reconocimiento se siente justamente obligado a luchar todo aquel que desee contribuir al progreso de la sociedad”.³⁵

3. Enfoques de la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, por tanto, es un valor estrechamente ligado a los Estados de derecho, concretizada en su faceta objetiva por exigencias o condiciones, a un nivel estructural, de formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico, a nivel funcional de cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación; en tanto en su faceta subjetiva por la certeza del derecho por sus destinatarios, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de seguridad objetiva:

a) Punto de vista objetivo. Significa la protección en sí de bienes jurídicos. En este nivel, se habla de la seguridad, con base a la

³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y de la justicia”. *Boletín de la Facultad de Derecho*. Madrid, España, año 2000, número 15, 2ª época, p. 27.

³⁵ BARATTA, Alessandro. “Defensa de los derechos humanos garantizados por la Constitución”. *Revista Judicial*. San José, Costa Rica, año XV, no. 50, junio, 1990, p. 21.

existencia de un orden jurídico cuyo cumplimiento esta asegurado con la coacción pública.

Pérez Luño,³⁶ alude a las siguientes condiciones objetivas, a un nivel estructural:

“a) Lex promulgata, ya que la promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de los destinatarios y, en consecuencia, no podrían cumplirla; b) Lex manifiesta, referida a la necesidad de que las normas puedan ser comprensibles y eludan las expresiones ambiguas, equivocadas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios. La claridad normativa, requiere una tipificación univoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del derecho; c) Lex plena, el principio nullo crimen nulla poena sine lege, garantiza que no se producirán consecuencias jurídicas penales para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas, pero correlativamente implica que ninguna conducta criminal, o, en una acepción más amplia, ninguna situación o comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa. Un ordenamiento con vacíos normativos (lagunas) e incapaz de colmarlos, incumpliría el objetivo que determina su propia razón de ser: Ofrecer una solución, con arreglo a derecho, a los casos que plantea la convivencia humana; d) Lex stricta, corolario de la división de poderes, reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de derecho, se reserva a la ley, en cuanto norma general y abstracta promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del estatus jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...). Esta cláusula de garantía tiene su complemento en el principio de jerarquía normativa por el que se establece un orden de prelación de las

³⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.* nota 34, p.28.

fuentes del derecho, que impide la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les están subordinadas; e) Lex previa, porque se ha indicado que, así como para la concepción positivista Comtiana la ciencia consiste en la previsión que se introduce en el conocimiento de la realidad, según la vieja máxima: savoir c'est prévoir, el derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; f) Lex perpetua, ya que la estabilidad del derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido”.

Así, se concluye que desde un punto de vista objetivo la seguridad jurídica se concreta en exigencias de formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico y en exigencias de cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación y es por eso que se le enmarca como el conjunto de condiciones que, en un Estado de derecho, aseguran el goce y ejercicio de los derechos de las personas, que no pueden verse afectados sin que se observen dichas condiciones.

b) Punto de vista subjetivo. Significa la certeza para la comunidad del disfrute y disposición de esos bienes jurídicos. En cuanto a la faceta *subjetiva* de la seguridad jurídica, Pérez Luño, expone al respecto que ésta:

“...se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del derecho pueden organizar su conducta presente y programar

*expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: Su reflejo en la conducta de los sujetos del derecho”.*³⁷

Por ello desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica se identifica como la certeza del individuo de que sus derechos no pueden ser afectados validamente por ningún acto del poder público, sin que se acaten las condiciones que la propia ley señala, es decir derivada del conocimiento de la faceta objetiva de la seguridad jurídica.

4. Preceptos constitucionales relativos a la seguridad jurídica en los que incide la transición del cuerpo del delito a elementos del tipo penal y a cuerpo del delito.

Los preceptos constitucionales afectados con las reformas, primeramente de cuerpo del delito a elementos del tipo penal, publicada en el Diario Oficial el día 3 de septiembre de 1993 y la segunda de elementos del tipo penal a cuerpo del delito, publicada en el Diario Oficial el día 8 de marzo de 1999, son los diversos numerales 16 y 19 constitucionales, mismos que respectivamente señalan, el primero los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión y el segundo para la emisión de un auto de formal prisión.

Tales reformas se aprobaron por la mayoría de las legislaturas de los Estados el día 3 de febrero de 1999, quedando como sigue el primero de los preceptos mencionados:

³⁷ *Ibidem*, p.48.

Párrafo segundo del artículo 16: *“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”*.

En principio, se hace mención al artículo 16 constitucional que regula la orden de aprehensión, que a partir de la reforma en cita, menciona como requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión:

- Que se emita por autoridad judicial,
- preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito,
- este sea sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad,
- existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La orden de aprehensión únicamente puede ser emitida por la autoridad judicial. Esta exigencia, implementada por Venustiano Carranza³⁸ en el proyecto que del artículo 16 presentó, se conserva.

A este respecto, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación,³⁹ en lo tocante a la ilegalidad de una orden de aprehensión dictada por el Ministerio Público:

³⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M., México, 1985, p. 42.

³⁹ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, tomo LVII, página 2910. Corral Fernando V. y coacs.- 21 de septiembre de 1938. Unanimidad de cuatro votos.

“ORDEN DE APREHENSIÓN DICTADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO”. Si se demuestra que un Agente del Ministerio Público, dictó una orden de aprehensión en contra del quejoso, sin comprobar que obraba por mandato de autoridad judicial competente, dicha orden es por sí misma anticonstitucional, puesto que sólo la mencionada autoridad judicial puede, según la Constitución, restringir la libertad personal, previo cumplimiento de los requisitos esenciales del procedimiento”.

Tal precepto señala, además, como requisito para que se dicte el referido *acto de molestia*,⁴⁰ que preceda denuncia o querrela. Dichos términos son definidos por JOSÉ OVALLE FABELA,⁴¹ aludiendo al primero, como *“el acto por medio del cual cualquier persona, haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir un delito”*; mientras que la querrela, al igual que la denuncia, también consiste en hacer del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir algún delito, pero *“a diferencia de la denuncia, sólo puede ser presentada*

⁴⁰ Se utilizan cursivas para desatacar la distinción entre un acto de molestia con el de privación enunciando por el artículo 14 Constitucional, ya que se refieren a actos diferentes de autoridad, esto ha sido definido incluso por los Tribunales Colegiados de Circuito, en tesis visible bajo el rubro: *“ORDEN DE APREHENSIÓN, EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA”*, que dice: *Cuando en el juicio de garantías se reclama una orden de aprehensión, no tiene por qué examinarse si cumple con lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución General de la República, puesto que tal precepto resulta inaplicable cuando el acto reclamado lo constituye una orden de aprehensión, la que se encuentra contemplada por el artículo 16 de nuestra Carta Fundamental y, por consecuencia el estudio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de todo acto de autoridad de tal naturaleza se debe ajustar al contenido de esta última disposición.* SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, tomo IV, octubre de 1996. Tesis: VI.2o. J/68 página: 423. Tesis de Jurisprudencia.

⁴¹OVALLE FAVELA, José. *Garantías constitucionales del proceso*. 1ª ed. Mc. Graw Hill, México, 1996, p. 25.

por la persona afectada por el delito, es decir, por el ofendido (o por su representante)''.

De igual manera, debe comprobarse que ésta se refiera a un hecho determinado que la ley señale como delito; en este sentido, ha de comprobarse que el hecho motivo de la denuncia, efectivamente sea constitutivo de delito según la ley penal, en la cual se ha definido al delito en el artículo 7º del Código Penal Federal, como el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Este delito además, debe estar sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

De igual forma, el mencionado numeral, alude a que deben existir datos que acrediten *-el cuerpo del delito-* y hagan probable la responsabilidad del indiciado,⁴² ambos conceptos, son definidos a nivel federal, por el artículo 168 del respectivo Código de Procedimientos Penales, y su contenido será examinado más adelante, pues estos conceptos representan puntos esenciales de nuestra investigación.

Asimismo, se debe cumplir con el principio de motivación y fundamentación, que el citado artículo 16 constitucional en su párrafo primero establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive

⁴²En virtud de que a lo largo del capítulo IV se analizará en detalle el concepto vigente de cuerpo del delito, en base a las reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 8 de marzo de 1999, en este apartado únicamente se alude de modo general a dicho concepto.

la causa legal del procedimiento, así encontramos uno de los más importantes límites del poder persecutorio del Estado, pues sólo puede considerarse legal un acto jurídico cuando esta debidamente motivado y fundado.

Dicha garantía, ha sido interpretada en el sentido de que *“por fundamentación ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso, y por motivación, que deben señalarse con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”*.⁴³

En relación a este aspecto, cabe destacar el criterio que ha sido pronunciando por nuestro máximo tribunal, al señalar:⁴⁴

“ORDEN DE APREHENSIÓN. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. ASPECTOS QUE DEBE COMPRENDER. Tratándose de una orden de aprehensión, el principio de fundamentación y motivación que debe regir en todo acto de autoridad establecido en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, impone la necesidad de relacionar los medios de convicción que arrojó la averiguación

⁴³ CARRANCO ZÚÑIGA, Joel y RODRÍGUEZ MINAYA, Juan Ramón. “Elementos del tipo o cuerpo del delito. Una discusión aún vigente en algunos Estados de la República”. *Revista Lex: Difusión y análisis*. Torreón Coah., México, tercera época, año VI, no. 70, abril 2001, p. 51.

⁴⁴ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO. *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta. Novena época. Tomo IV, diciembre de 1996. Tesis: XIX. 2o.19, página: 425: Amparo en revisión 377/95. Marco Antonio Hernández Vargas. 11 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Iliana Saldaña Durán. Secretario: José Heriberto Pérez García.

previa, ponderando cada uno de ellos, para luego establecer con qué pruebas se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo y con cuales se demuestra la probable responsabilidad del indiciado”.

Por su parte, el artículo 19 constitucional fue reformado en su primer párrafo, adicionándose un segundo, los dos subsecuentes pasan a ser tercero y cuarto. Enseguida se transcribe el contenido del párrafo primero, que es materia del análisis que nos ocupa:⁴⁵

“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”.

El citado numeral, alude al auto de formal prisión, señalando que este debe reunir una serie de requisitos, como son:

- Que ninguna detención ante autoridad judicial puede exceder de 72 horas, por tanto el referido auto ha de emitirse dentro de dicho término.
- En este auto, debe expresarse:
 - El delito que se impute al acusado;
 - lugar, tiempo y circunstancias de ejecución,

⁴⁵ Precepto vigente el cual fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 8 de marzo de 1999.

- los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar *el cuerpo del delito* y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Por lo anterior es posible concluir, en el entendido de que la seguridad jurídica objetivamente representa el conjunto de condiciones que en un Estado de derecho aseguran el goce y ejercicio de los derechos de las personas, que no pueden verse afectados sin que se observen dichas condiciones, que al ser la acreditación del cuerpo del delito, una de las condiciones que debe cubrir la autoridad para poder afectar la libertad de una persona, ya sea a través de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión, la acreditación del cuerpo del delito, es una garantía individual de seguridad jurídica que se encuentra inserta dentro del procedimiento penal, lo que constituye el objeto de estudio de nuestro siguiente apartado.

5. La seguridad jurídica como una garantía constitucional en ámbito procesal penal federal.

En base a lo expuesto y una vez analizado que los artículos 16 y 19 constitucionales, establecen los requisitos que ha de cumplir la autoridad, tanto para el libramiento de una orden de aprehensión como para la emisión de un auto de formal prisión, es posible establecer estas exigencias como garantías individuales, por que representan *un medio establecido por la ley para la salvaguarda de un derecho del individuo, como lo es el derecho de no ser sujeto a una orden de aprehensión ni a un auto de formal prisión si no se cumplen las condiciones que dichos preceptos instituyen, que a su vez aseguran el goce y ejercicio del derecho a la libertad individual y que lleva*

aparejada una forma de auto limitación del Estado para restringir dicha libertad,⁴⁶ asimismo se concluye que dichas garantías pueden ser entendidas como de seguridad jurídica, precisamente porque únicamente al cumplirse dichas condiciones previstas por la ley se podrá afectar el goce y ejercicio del derecho a la libertad del individuo con una orden de aprehensión o un auto de formal prisión; ahora bien, se estima que estas garantías son procesales, porque su aplicación se da en el marco del procedimiento penal,⁴⁷ e incluso de ellas emana una norma de derecho procesal penal, como la contenida en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales,⁴⁸ que reformado en fecha 18 de mayo de 1999, dice:

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

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se

⁴⁶ Cfr. Cap. I, p. 04, segundo párrafo.

⁴⁷ Conformado por “las diversas etapas en las que se divide el proceso penal, comprendiendo los tramites previos o preparatorios...regulando el Código Federal de Procedimientos Penales los siguientes procedimientos: Averiguación previa, preinstrucción, instrucción, juicio, ejecución, relativos a inimputables y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.” Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor. “Procedimientos penales”. *Diccionario jurídico mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México Tomo IV, p. 2570.*

⁴⁸ Sin pasar por alto que el mero estudio de la teoría del delito, corresponde al derecho penal, aludiéndose en este apartado al cuerpo del delito y/o a los elementos del tipo penal, como exigencias dentro del procedimiento penal.

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”.

Así, encontramos que dichas garantías se refieren al procedimiento penal, por que tutelan dentro de éste, que ningún gobernado sea afectado en su libertad si no es a través de la sucesión concatenada de actos jurídicos que se suscitan con motivo de la aplicación de las normas de derecho sustantivo, representando así un límite en la actuación de la autoridad, en donde, como lo señala Oscar Correas “*cuando se trata de atajar los intentos autoritarios del Estado, es decir, -de los actores sociales, haciéndose pasar por -Estado-, las garantías constituyen un campo de lucha de primera importancia*”.⁴⁹

La acreditación del cuerpo del delito o en su caso de los elementos del tipo penal, como requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión o la emisión de un auto de formal prisión, es un tema evidentemente procesal, por que la función del derecho procesal es lograr la aplicación del derecho penal sustantivo, por tanto esta integrado por disposiciones que permiten la puesta en práctica de las normas del derecho penal; la función del derecho adjetivo es permitir la aplicación del derecho sustantivo y no pueden verse divorciados uno del otro, pues al momento de emitirse una determinación por parte de la autoridad ambos derechos se conjugan en una misma finalidad. Así, si el derecho penal sustantivo prevé los delitos, el derecho procesal

⁴⁹ CORREAS, Oscar. *Op. cit.*, nota 15, p.175.

contempla las disposiciones que permiten al Estado determinar que en el caso concreto se cometió el delito.

Al respecto señala Hernández Pliego:

*“el derecho procesal penal, surge como un conjunto de normas jurídicas correspondientes al derecho público interno, en tanto regulan relaciones entre el Estado y los particulares, destinatarios de ellas que hacen posible la aplicación del derecho penal sustantivo a los casos concretos, con el propósito de preservar el orden social, se trata de un derecho adjetivo o instrumental o formal, por que efectivamente adjetiva al derecho sustantivo, que lo es el derecho penal, al determinar la forma de los actos procesales, siendo su fin la actuación o realización del derecho penal material”.*⁵⁰

De ahí, la necesidad de determinar dentro del mayor grado de precisión si un determinado comportamiento se adecua a los elementos característicos que conforman al delito y ya que toda persona puede ser susceptible de la imputación de un hecho delictivo a todos nos interesa que exista el más amplio nivel de garantía para la afectación de la libertad individual, por ello en los siguientes capítulos se analizaran dichos elementos característicos, en la etapa de su vigencia.

⁵⁰ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *Programa de derecho procesal penal*. Porrúa, México, 1998, tercera edición, p. 3.

C A P I T U L O I I. El cuerpo del delito en el procedimiento penal federal antes de las reformas constitucionales de 1993.

La postura imperante para analizar el cuerpo del delito en nuestro país en el período que nos ocupa, fue el causalismo, cuya sistemática se analiza en el siguiente apartado.

1. El cuerpo del delito bajo el enfoque de las teorías causalistas.

Para analizar el cuerpo del delito bajo la posición teórica causalista, se requiere conocer previamente los planteamientos conceptuales que la conforman, en los cuales se cimentó.

El delito, como parte de la teoría del derecho penal, es analizado por la denominada teoría del delito, cuyo fundamental objetivo, es el estudio de los elementos que lo integran.

Diversos teóricos se han ocupado de su análisis, dentro de ellos, Muñoz Conde, ha dicho que *“la teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado como delito”*;⁵¹ por su parte, Zaffaroni refiere que la teoría del delito *“funciona como una compuerta selectiva que sirve para verificar si están dados los presupuestos para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilita el ejercicio del poder punitivo,”*⁵² así mismo, Bacigalupo entiende que la teoría del delito

⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Tirant Le Blanch, Valencia, España, 1991, p.17, citado por MANCERA ESPINOZA, Miguel Ángel “El Tipo Penal,” *Criminalia*, año LXIII, no 1, enero-abril, México, 1977, p.24.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Porrúa, México, 2001, p. 357. C. Ref.

“es un instrumento conceptual, para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley;”⁵³ al aceptar tal posición, podemos precisar que la teoría del delito se encarga de explicar qué es lo que se debe entender por delito.

La forma de definir al delito, de estudiarlo y analizar sus componentes, ha ido variando a lo largo del tiempo, dependiendo de la corriente o escuela que se encargue de su estudio.

El concepto de cuerpo del delito en México, se construyó en base a las premisas sustentadas por el enfoque teórico causalista, permaneciendo ligado a este hasta las reformas constitucionales de 1993, momento en que se pretende incorporar a nuestro derecho penal los postulados del sistema finalista, por ello, como habíamos anticipado, se analizaran los conceptos básicos de este sistema, para luego examinar, de qué forma estos fueron adoptados en el procedimiento penal federal.

Se puede observar que la estructura del delito, se desarrolló, en el sistema causalista con un enfoque naturalístico, es decir, basándose en relaciones de procesos causales entre la acción, un efecto y la relación entre ambos, es decir, se construyó, en un inicio, con datos meramente objetivos; lo que históricamente se explica, por que fue el naturalismo positivista imperante en el siglo XIX, “*el cual quería someter a las*

Zaffaroni Eugenio, Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Cárdenas Editores, p. 79, México, 1988, citado por MANCERA ESPINOZA, Miguel Ángel. “El Tipo Penal,” *Criminalia*, año LXIII, no 1, enero-abril, México, 1977, p. 24, donde menciona que “*se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir cuales son las características que debe tener cualquier delito*”.

⁵³ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá, Colombia, 1994, p. 67, citado por MANCERA ESPINOZA, Miguel Ángel. “El Tipo penal”. *Criminalia*, año LXIII, no 1, enero-abril, 1977, México, p. 24.

*ciencias del espíritu al ideal de exactitud de las ciencias naturales,*⁵⁴
uno de los antecedentes teóricos del causalismo.

Esta corriente teórica, explica Moreno Hernández “*ha sido iniciada con Von Liszt desde el año 1881 en la que aparece la primera edición de su Tratado de derecho penal*”.⁵⁵

Una de las conceptualizaciones que evidenciaron en México, una concepción netamente causalista del delito fue la expresada por González Bustamante,⁵⁶ al indicar que “*el cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales que se contienen en la definición,*” agregando que:

“...cuando hablamos del cuerpo del delito, nos viene a la memoria la idea de algo preciso, objetivo, material, que podemos apreciar con el auxilio de nuestros sentidos; en la contemplación de los fenómenos que nos rodean, concebimos la existencia de un cuerpo como una sustancia material en el mundo de relación. Cuerpo es todo aquello que tiene existencia y que es perceptible por nuestros sentidos... cuerpo del delito es, en consecuencia, todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente”.

⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 72. citado por DÍAZ ARANDA, Enrique, en *Dolo, causalismo, finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Porrúa, México, 2001, p. 04.

⁵⁵ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal mexicana”. *Criminalia*, año LVII, no. 3, México, Septiembre-Diciembre de 1992, Editorial Porrúa, México, p. 35.

⁵⁶ GONZÁLEZ BUSTAMANTE. *Principios de derecho procesal mexicano*. México, Porrúa, octava edición, 1985, p. 159 y 160; citado por CARMONA CASTILLO, Gerardo A. “La reforma constitucional en materia penal y la noción de cuerpo del delito”. *Revista Concordancias*. Chilpancingo Guerrero, México, año 4, no. 6, 1999, p. 37.

Por su parte, Acero alude al cuerpo del delito como: “... *el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción, o si se quiere insistir en identificarla con ella, es el delito mismo pero considerado en su aspecto meramente material de hecho violatorio, de acto u omisión previstos por la ley, prescindiendo de los elementos morales (intención dolosa, descuido del agente o lo que sea) que hayan ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero sólo para constituir la responsabilidad, no el cuerpo del delito*”.⁵⁷

En suma, se habla de la teoría causalista, como aquella que realiza el estudio del delito partiendo de una base naturalística, es decir dando una explicación causal de la acción, entendida esta como *un movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo exterior*.⁵⁸ Sin embargo, esta voluntariedad alude únicamente al movimiento corporal que produce el resultado material y nada tiene que ver con el fin de la acción, pero con esta voluntad, se excluyen ya las conductas humanas carentes de voluntad, como la fuerza irresistible o los movimientos reflejos, el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo y las actividades de los animales y las personas jurídicas; a este respecto, Romero, expresa: “*Liszt afirma en su teoría, que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad esta*

⁵⁷ ACERO, Julio. *Procedimiento penal*. México, Cajica, 7ª. ed., 1976, p. 93, citado por CARMONA CASTILLO, Gerardo A. “La reforma constitucional en materia penal y la noción de cuerpo del delito”. *Revista Concordancias*, año 4, no. 6, 1999, Chilpancingo Guerrero, México, p. 37.

⁵⁸ Para algunos causalistas, el término acción comprende también el de omisión y otros introducen términos tales como conducta, hecho o acontecimiento. C. ref. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del delito, sistema causalista, finalista y funcionalista*. Porrúa, México, 2001, p. 10.

referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado materia, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material".⁵⁹

De esta forma, el movimiento corporal voluntario, resulta "un proceso causal "ciego", en donde no interesa el sentido o fin de la acción".⁶⁰ Orellana⁶¹ señala que, para Liszt,⁶² "la voluntad tiene dos caracteres: Uno interno, como contenido de la voluntad y otro externo, que alude a la manifestación de voluntad, interesando únicamente para el estudio de la acción, este último, mientras el estudio de la fase interna atañe la culpabilidad donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo".

En el estudio del delito, dentro del sistema causalista, aparece como un concepto fundamental la acción o acto, independiente de su finalidad. Jiménez de Asúa,⁶³ al definir el acto como "una manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda", da a la acción un sentido amplio, englobando a la acción propiamente dicha, así como a la omisión.

⁵⁹ ROMERO TEQUEXLE, Gregorio. *Cuerpo del delito o elementos del tipo, causalismo y finalismo*. OGS editores, segunda edición, México, 1999. p 3.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito. Sistema causalista y finalista*. Porrúa, México, segunda edición, 1995, p.10.

⁶² Franz Von Liszt, estudia el delito a partir de la ley pena, en su obra *Tratado de Derecho Penal*, dando origen a la dogmática jurídico Penal.

⁶³ JIMÉNEZ DE AZUA, Luis. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Abelardo-Perrot; Buenos Aires, 1989, p. 210.

Para esta corriente, en términos generales, la acción se integra por tres sub-elementos,⁶⁴ que se exponen a grandes rasgos, ya que no es motivo del presente trabajo analizar cada una de las numerosas tendencias manejadas por los causalistas:

- Primeramente se tiene a la manifestación de la voluntad, que consiste en la inervación voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un *movimiento corporal*, o en su inactividad (cuando nos hallamos frente a la omisión),
- en segundo lugar aparece *un resultado*, que es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza, y
- un *nexo causal*, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutada por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa a efecto.

Para verificar la existencia de la conducta, así explicada, se acudió al concepto-lógico causal de la *conditio sine qua non* (Von Buri. *Über Kausalität und deren Verantwortung*, 1873), de acuerdo con la cual, “*el acto es causal, cuando suprimido, in mente desaparecería también el resultado en su forma concreta,*”⁶⁵ lo que dio lugar a su posterior crítica por los finalistas, bajo el argumento de que, de no analizarse el

⁶⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito. Sistema causalista y finalista*. Porrúa, México, segunda edición, 1995, p.11.

⁶⁵ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo, Causalismo, finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*. Porrúa, México, 2001, p. 08.

contenido final de la voluntad, toda fuerza que hubiese cooperado en la producción del resultado podría ser considerado su causa.⁶⁶

Una de las más fuertes críticas a este modelo, consiste en cómo explicar la tentativa -en la que no se da mutación en el mundo exterior, sin incluir en ella el contenido de la voluntad que para los causalistas sólo debía analizarse al estudiar la culpabilidad- si para establecer que exista la tentativa se requiere de un propósito. Por ejemplo, si una persona le dispara a otra, cómo establecer si se acredita el cuerpo del delito de lesiones o el de tentativa de homicidio; para ello es básico analizar la intención del autor y si esta se analiza hasta la responsabilidad ¿qué cuerpo del delito ha de acreditarse?

Otra crítica surge en el caso de los delitos de omisión simple,⁶⁷ que no presentan un resultado material, lo que habían explicado los causalistas al decir que no existen delitos sin resultado y por tanto haciendo la distinción entre delitos de daño efectivo que protegen al bien jurídico contra un resultado material y de peligro, que no requieren de la mutación del bien jurídico.

⁶⁶ La teoría de la equivalencia de las condiciones, estima causa toda condición del resultado concreto y todas las condiciones deben considerarse equivalentes, no solo en el sentido causal, sino también en el jurídico. Por ello se formula también como doctrina de la *conditio sine qua non*. En suma toda condición debe ser tenida como causa del resultado. Cfr. JIMÉNEZ DE AZUA, Luis, *op. cit.*, nota 63, p.223 y ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito. Sistema causalista y finalista*. Porrúa, México, segunda edición, 1995, pp.15 y 16.

⁶⁷ La omisión simple, también llamada omisión propia se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa, mientras que en la omisión impropia o comisión por omisión, el no actuar ocasiona un resultado material, a través de una omisión, violándose tanto una norma imperativa, como una prohibitiva. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del delito, sistema causalista, finalista y funcionalista*. Porrúa, México, 2001, pp.12 y 13.

Como una explicación a dicha crítica Manzini⁶⁸ definió los delitos de lesión como aquellos que “*como elemento constitutivo, exigen que el hecho produzca una modificación del mundo exterior directamente lesiva del bien jurídico protegido por la ley*”, en tanto definió los delitos de peligro, como “*aquellos cuyo hecho constitutivo no produce una efectiva destrucción o disminución del bien tutelado, sino que determina solamente un peligro de perjuicio para el bien mismo, o que, si produce lesión, ésta no es tal que modifique el título del delito*”. Siendo esta la explicación planteada por los causalistas para los delitos que no presentan resultado material.

Otro elemento del delito, dentro del sistema causalista, es la tipicidad, concepto empleado por el jurista alemán Beling, quien en 1909, publicó por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo, consagrando el principio fundamental del derecho penal moderno *nullum crimen, sine lege*, y en esta primera fase de la tipicidad, llamada *descriptiva*,⁶⁹ únicamente se hablaba del tipo como la descripción legal de una conducta como delictiva, en tanto la tipicidad, era entendida como el exacto encuadramiento de esta conducta al tipo, haciéndose referencia a dicho encuadramiento únicamente respecto al marco descriptivo de la ley, es decir, sin valoración, sin analizar si esta conducta es contraria a la norma.

⁶⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. trad. Sentís Melendo, Santiago, Ed. Ediar, Bs. Aires, 1952, t II, p. 85. Cabe aclarar que dicho autor define el título del delito (a página 33 de la obra citada) como el que resulta de la objetividad jurídica específica de la incriminación, de los eventuales presupuestos y condiciones de punibilidad del delito, de los elementos constitutivos del mismo.

⁶⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito. Sistema causalista, finalista y funcionalista*. Porrúa, México, 2001, p. 16.

No es sino hasta 1915, en que el penalista alemán Mayer publica su obra “Tratado de derecho penal”, en donde la tipicidad deja de ser sólo descriptiva y se le considera indiciaria de la antijuridicidad; es decir, supone la comprobación del tipo como un indicio de la concreción del elemento antijuridicidad. Para Mayer, la tipicidad no es una mera descripción, sino que le agrega un valor indiciario respecto de la antijuridicidad, es decir que supone la comprobación del tipo como un indicio de la concreción del elemento antijuridicidad, la considera como el primer presupuesto de la pena, y estima la antijuridicidad como el segundo presupuesto de la misma; propugna la separación entre tipicidad y antijuridicidad, pero reconoce a la tipicidad un papel indiciario respecto de la antijuridicidad, considerándola como el fundamento del conocimiento de la antijuridicidad, al estimar que en el mundo fáctico se dan acciones típicas y no necesariamente antijurídicas, y de igual forma conductas antijurídicas que no son necesariamente típicas, denominándose a esta postura de *ratio-cognoscendi*. Posteriormente, en 1930 Beling publica su obra *Die Lehre von Tatbestand* y habla ya de una pluralidad de elementos que conforman el tipo y, en 1931 cuando Mezger publica su “*Tratado de derecho penal*” se considera a la tipicidad como la ratio essendi de la antijuridicidad, es decir, como la verdadera base de la antijuridicidad, señalando que “*la tipicidad no es un indicio, sino en sí la verdadera base de la antijuridicidad,*”⁷⁰ dejando la concepción de que delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, para decir que se trata de

⁷⁰ MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. “El tipo penal”. *Criminalia*, año LXIII, no. 1, enero-abril, 1997. México, p. 28.

una conducta típicamente antijurídica y culpable, siendo esta postura compartida por Sauer, quien considera que el tipo es una antijuridicidad tipificada, así toda realización del tipo es antijurídica, por tanto una conducta solo puede ser típica si previamente se ha comprobado que es antijurídica, como es lógico de pensar, la concurrencia de una causa de justificación en la estructura que se plantea, no sólo elimina la antijuridicidad, sino que por definición elimina la propia tipicidad, siendo esta postura conocida como la de la *ratio essendi* de la antijuridicidad.

Asimismo, en relación al aspecto de la tipicidad, es necesario hacer mención que, dentro de las corrientes causalistas algunas siguieron el enfoque denominado neoclásico, mismo en el que si bien se recurría a las teorías causales, señalaban que el tipo estaba conformado no sólo de elementos objetivos, sino normativos; siendo, precisamente Mayer, quien estableció que junto a los elementos descriptivos, existen otros que hacen necesaria una valoración anterior a la antijuridicidad, es decir, que se deben analizar en el tipo, tales como la ajeneidad en el robo, que requiere de una valoración a la que denominó *ratio essendi*, la cual sería analizada en todo su contexto, para fundamentar su antijuridicidad *ratio cognoscendi*.⁷¹

En el causalismo, dentro del sistema clásico, se denominaba injusto penal al tipo y a la antijuridicidad, en los que se incluían los elementos objetivos, en tanto en la culpabilidad se incluían los elementos anímicos del autor. No obstante, los partidarios del sistema neoclásico,

⁷¹ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Op. Cit. nota 65*, p. 24.

llegaron a admitir la existencia de elementos subjetivos del injusto, ya que existían supuestos en que había que atender la dirección que el autor da a su acción, para determinar cuál es el tipo en el que se puede subsumir la acción, pero su presencia en el tipo se aceptaba sólo de manera excepcional.

Díaz Aranda señala que: “*Mezger, llegó a dividir los delitos con elementos subjetivos, en tres grandes grupos: primero, delitos de intención, en los que el hecho es querido como medio subjetivo para un ulterior actuar; segundo, delitos de tendencia, en los que la acción aparece como manifestación de una tendencia subjetiva; y, tercero, delitos de expresión, en los que la acción representa la expresión de un proceso anímico del autor*”.⁷² No obstante, en este periodo, de ninguna forma se admitió ni al dolo, ni a la culpa, como elementos pertenecientes al tipo, sino como formas de culpabilidad.

Por lo que hace al elemento del delito, denominado antijuridicidad, si bien, no con esta denominación, se mencionó por Von Liszt, quien al respecto refirió: “*El acto es materialmente ilegal en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad*,”⁷³ por tanto, de esta afirmación, ya se desprende un juicio de disvalor sobre la conducta, como algo que se opone a las normas de cultura reconocidas y plasmadas en la ley. Mayer, señalaba que *es antijurídica aquella conducta que*

⁷² *Ibidem*, p. 27.

⁷³ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Tomo II, segunda edición, ed. Reus, Madrid, 1927, p. 234, citado por Orellana Wiarco. *Teoría del delito. Sistema causalista, finalista y funcionalista*. Porrúa, México, 2001, p. 26.

*contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado.*⁷⁴ Por tanto, para esta corriente, la antijuridicidad era *objetivamente considerada*, como la relación de contradicción entre la conducta y las normas de valoración, sin que en esta intervinieran notas subjetivas, pues en este análisis no se estima lo que el individuo piense al desplegar su comportamiento, pues esto se consideraba llegado el momento de analizar la culpabilidad, es decir *sólo se enjuiciaba la parte externa del hecho.*⁷⁵

Ahora bien, para los causalistas, es en la culpabilidad donde se sitúan todos los aspectos subjetivos del delito, en la culpabilidad se da un nexo psicológico entre el autor y el hecho.

Para Von Liszt,⁷⁶ *la culpabilidad va a sistematizarse y a desarrollarse sobre una base de relaciones naturalísticas que reafirman el carácter causalista de este sistema, en la llamada teoría psicológica de la culpabilidad*, donde esta viene a ser una relación psicológica natural entre el sujeto y su acto, que podía darse de forma dolosa o culposa.

Dentro del causalismo, existe otra corriente, llamada *teoría normativista de la culpabilidad*, donde se planteaba que la culpabilidad, además de consistir en la relación psicológica entre el autor y su hecho, radicaba en el reproche a ese proceso, es decir una relación valorativa de ese reproche, en relación a la cual, señala

⁷⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, pp. 275 y 276. citado por Orellana Wiarco, *idem*.

⁷⁵ HOUED V., Mario. "Algunos aspectos importantes en el estudio y aplicación de la teoría del delito". *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Diciembre de 1998, año 10, número 15, p. 4.

⁷⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del delito. Sistema causalista, finalista y funcionalista*. Porrúa, México, 2001, p.40.

Córdoba,⁷⁷ se requería la concurrencia de tres requisitos, *la imputabilidad del agente, la presencia del dolo o la culpa y la ausencia de causas de no exigibilidad de una acción adecuada a derecho.*

Por lo que hace a la imputabilidad, que implica aquí *la exigencia de ciertas capacidades físicas, psíquicas y de madurez a un individuo para poder exigirle responsabilidad,*⁷⁸ el causalismo, en su primera etapa naturalista, la asoció a la teoría psicológica de la culpabilidad, donde era vista como presupuesto de la culpabilidad y entendida sólo como la relación psíquica en forma de dolo o de culpa del sujeto y el hecho, pero esta conceptualización enfrentaba problemas al momento de conformar una culpabilidad que englobara tanto el dolo como la culpa, sobre todo la culpa inconsciente, al haber sido conformada con el dolo como soporte, ni tampoco era capaz de fundamentar una graduación de la culpabilidad, ya que en la teoría psicológica de la culpabilidad, la relación psicológica se da o no se da.

Por lo que, con el causalismo valorativo cobró auge la teoría normativa, en la cual la imputabilidad, no es presupuesto de la culpabilidad, sino uno de sus elementos, junto al el dolo y la culpa, y la ausencia de causas de exclusión de culpabilidad y precisamente su función es excluir o graduar la culpabilidad.

⁷⁷ *Culpabilidad y Pena.* Edit. Bosh, Barcelona, España, 1977, pp. 16 y 17, citado por Orellana Wiarco, *ibidem*, pp. 42 y 43.

⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HIRMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Lecciones de derecho penal.* Volumen II, ed. Trotta, España, 1999, p 20.

Al respecto, mencionan Bustos e Hirmazábal que la imputabilidad en la evolución de la teoría del delito:

*“...ha pasado de ser una categoría autónoma a ser un elemento de la culpabilidad. Dentro del modelo causalista-naturalista, en el que la culpabilidad era entendida sólo como la relación psíquica en forma de dolo o de culpa del sujeto y el hecho, resultaba natural que fuese un elemento autónomo, un presupuesto de la culpabilidad. De esta forma, el delito pasaba a ser acción típica, antijurídica, imputable y culpable; una concepción cuatripartita del delito. En cambio, quienes entenderían que la culpabilidad era un juicio de reproche por no haber actuado de otro modo pudiendo hacerlo, pasan a considerar la imputabilidad como uno de sus elementos esenciales. La imputabilidad pierde su carácter autónomo, para integrarse dentro de la culpabilidad”.*⁷⁹

Procesalmente hablando, esto se traduce en que bajo una postura de causalismo naturalista, la imputabilidad, como capacidad psíquica del autor, será estudiada como un presupuesto de la culpabilidad, no como un elemento de ella, en tanto en el causalismo valorativo, como capacidad de responsabilidad individual por los actos realizados libremente se estudiará como un elemento de la culpabilidad, pero se ve como un juicio de reproche entre el autor y el hecho.

2. La influencia del sistema causalista en el contenido del artículo 19 constitucional y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Antes de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 3 de septiembre de 1993, el concepto cuerpo del

⁷⁹ *Idem.*

delito operaba dentro del derecho mexicano como un concepto vigente en el ámbito constitucional.

Incluso, antes de que, en 1917 se consagrara en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, la noción del cuerpo del delito, cuya comprobación, junto con la de la probable responsabilidad se exigía como requisito para el dictado de un auto de formal prisión, en 1856 se usó ya este término en el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, al señalar que para dictar un auto motivado de prisión, se requería: *“Que este averiguado el cuerpo del delito, que hayan datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere”*.⁸⁰

Más, si la comprobación del cuerpo del delito a partir de 1917 representaba un mandato constitucional, al señalar como requisitos del auto de formal prisión expresar: *“...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, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”*; en el ámbito de las leyes adjetivas, aún no se encontraban plasmadas las reglas materiales para su comprobación, y no es hasta 1984 en que se reforma el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en que se establece:

⁸⁰ GUTIÉRREZ CRUZ, “El cuerpo del delito”. *Revista Michoacana de derecho penal*. No. 26 y 27, 1992. Morelia Mich. México, p.197.

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

Sin embargo, aún no se encontraban plasmadas las reglas materiales para su comprobación, para algunos debían acreditarse no sólo elementos objetivos, sino también normativos y subjetivos, otros no reconocían los elementos subjetivos, apreciándose la tendencia a resistirse a identificar el dolo y la culpa como elementos subjetivos, por lo que no eran considerados sino como parte de la culpabilidad.

Esto era, en razón de que a nivel de interpretación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adoptó el sistema causalista, al sostener:

*“CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura descrita concretamente por la ley penal”.*⁸¹

De esta definición, se advierte que lo que interesaba acreditar era el instrumento, el objeto, huellas y el resultado del hecho; por ejemplo las lesiones se comprobaban en base a la existencia de un certificado

⁸¹ Jurisprudencia número 93 publicada en la página 201 del apéndice 1917-1975, primera sala. Este criterio es coincidente con el expuesto en 1945, que dice: *“CUERPO DEL DELITO, COMPROBACIÓN DEL. Tratándose de un delito que no tiene prueba especial respecto a su existencia éste debe justificarse por los elementos materiales de la infracción, a cuyo fin, el juez goza de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, siempre que no estén reprobados por la Ley”*, criterio visible en el *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, tomo LXXXIV, p. 2234. Tesis Aislada.

médico que las describiera,⁸² el homicidio con la inspección de cadáver y dictamen correspondiente; es decir, no se hacía referencia a los elementos típicos, sino únicamente a los elementos materiales del hecho delictuoso.

En la práctica procesal, esta conceptualización presentaba problemas sobre todo al momento de determinar si se encontraba o no acreditado el cuerpo de un delito no consumado, es decir en grado de tentativa, pues en este caso, había que probar que el autor tuviese el propósito o intención de cometer el hecho típico y esta prueba no recaía sobre un elemento de carácter material, perteneciente al cuerpo del delito, sino netamente subjetivo.

2.1. El dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.

En base a lo analizado hasta este momento, consideramos que ha quedado probado que en México, antes de las reformas constitucionales de 1993 que nos ocupan, se adoptó la postura causalista, según la cual, el estudio del dolo y la culpa, ha de hacerse

⁸² El siguiente criterio, sostenido por la primera sala en 1945, expone nuevamente una identidad entre el cuerpo del delito y los elementos materiales, al decir: "*LESIONES, CUERPO DEL DELITO DE. No teniendo el cuerpo del delito de lesiones, señalada prueba especial para su comprobación; exigiendo sólo el artículo 109 del Código de Procedimientos Penales del Distrito la expedición de certificados médicos, en el caso, debe seguirse la regla general establecida en el artículo 122 del citado ordenamiento, es decir, el cuerpo del delito deberá justificarse con la comprobación de los elementos materiales de la infracción. En estas condiciones, forzoso es admitir que el hecho de que no se hubiera dado fe o no hubiesen sido descritas por la autoridad judicial, las lesiones recibidas por la víctima, en modo alguno puede significar la falta de comprobación del cuerpo del delito*"; visible en el *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, tomo LXXXVI, p. 1749. Tesis aislada.

en el nivel de la culpabilidad. La anterior afirmación, se corrobora aún más al examinar diversos planteamientos emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los que se pone e manifiesto que el criterio sustentado en ellos, era que, tanto la culpa como el dolo formaban parte de la culpabilidad y por ende, las excluyentes no afectaban al cuerpo del delito, como se desprende de los criterios sustentados por ésta, mismos que enseguida se mencionan:

*“IMPRUDENCIA, DELITOS POR, PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD. Los elementos de la imprudencia no están sujetos a comprobación como cuerpo del delito, sino a prueba como elementos de la responsabilidad; y, esta responsabilidad penal derivada de culpa o imprudencia debe probarse plenamente, pues por cuanto a ello la ley no consigna ninguna presunción juris tantum, como sucede tratándose de delitos intencionales”.*⁸³

Del criterio anterior, se desprende claramente a la culpa, como un elemento integrante de la culpabilidad, señalándose expresamente que su análisis no corresponde a los elementos del cuerpo del delito, sino que compete a la fase de estudio de la responsabilidad penal. De manera complementaria se menciona la siguiente tesis:

“CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD. El concepto de cuerpo del delito se refiere a cuestiones impersonales,⁸⁴ independientemente de la autoría de la conducta: comprobar que hubo alteración en la salud a virtud de conducta humana es

⁸³ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima época, volumen 68, segunda parte, p. 31.

⁸⁴ Se subrayó esta frase para resaltar la separación entre lo externo y lo perteneciente al sujeto.

*acreditar la materialidad del hecho; atribuir la causación del resultado a una persona es problema de responsabilidad”.*⁸⁵

El criterio mencionado, hace patente una clara tendencia de ubicar todo lo objetivo en el cuerpo del delito y lo subjetivo, a nivel de responsabilidad, precisándose que el cuerpo del delito alude a cuestiones impersonales, asumiendo una firme tendencia causalista.

2.2. El injusto penal y los llamados elementos subjetivos.

Como se analizaba en párrafos anteriores, dentro del sistema clásico, se denominó injusto penal al tipo y a la antijuridicidad, en los que se incluían los elementos objetivos, en tanto en la culpabilidad se incluían los elementos anímicos del autor, tal criterio parece haber sido asumido por nuestro máximo tribunal, al externar qué había que entenderse por injusto penal, como se aprecia en la siguiente tesis:

*“TIPO PENAL. El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos, el tipo penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal”.*⁸⁶

*“TIPO DELICTIVO. El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos: el tipo penal significa, más bien, el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal”.*⁸⁷

⁸⁵ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima época, volumen 79, segunda parte, p.16.

⁸⁶ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta época, volumen XVI, segunda parte, p. 257. Tesis Aislada.

⁸⁷ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta época, volumen XVII, segunda parte, p. 288. Tesis Aislada.

Los anteriores criterios, correspondientes al año de 1958,⁸⁸ aluden al injusto, que se dará cuando una conducta, además encuadrarse en una descripción hecha por la norma penal, contradice las normas del Estado, es decir es típica y antijurídica. Ahora bien, es importante observar que para abordar la antijuridicidad de una conducta hay que ver si es típica, más la dificultad se plantea en cómo establecer siquiera la tipicidad sin contemplar a los elementos subjetivos contenidos en determinados delitos. A decir de Muñoz Conde, tales elementos *son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender también los elementos subjetivos, entre ellos, al dolo.*⁸⁹ Más, en la práctica, se estimaba dentro del delito sólo a los elementos

⁸⁸ Criterios que coinciden con otros dos correspondientes al año de 1953, que establecen: “*Delitos. Bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. Dé donde se sigue que la acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuesto, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse*”. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, tomo CXIX, p. 2884. Tesis Aislada. “*Responsabilidad Penal. El delito es acción antijurídica, pero al mismo tiempo y siempre típicamente antijurídica; en otros términos, debe estar constituida de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. Así, el tipo en propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada una sanción penal. En estas condiciones, si el sujeto activo priva de la vida a una persona, y de acuerdo con su confesión no concurre ninguna de las causas excluyentes de incriminación o circunstancia que trocarse cualificado o privilegiado el delito para los efectos de la penalidad, el comportamiento desplegado por el sujeto activo le es reprochable a título de culpabilidad, si al establecer la certeza del delito, el órgano jurisdiccional lo hizo porque se dieron los elementos típicos objetivos*”. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, tomo CXIX, p. 2884. Tesis Aislada.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del delito*. Ed. Tirant le Blanch, España, segunda edición, 1989, p. 68.

típicos objetivos,⁹⁰ como se establece en el criterio que a continuación se menciona:

“RESPONSABILIDAD PENAL. El delito es acción antijurídica, pero al mismo tiempo y siempre típicamente antijurídica; en otros términos, debe estar constituida de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. Así, el tipo en propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada una sanción penal. En estas condiciones, si el sujeto activo priva de la vida a una persona, y de acuerdo con su confesión no concurre ninguna de las causas excluyentes de incriminación o circunstancia que tornase cualificado o privilegiado el delito para los efectos de la penalidad, el comportamiento desplegado por el sujeto activo le es reprochable a título de culpabilidad, si al establecer la certeza del delito, el órgano jurisdiccional lo hizo porque se dieron los elementos típicos objetivos”.

De lo hasta aquí analizado, se trasluce como uno de los planteamientos más relevantes dentro de la evolución de la teoría del delito, la transición del esquema objetivista-subjetivista del delito y la idea del tipo complejo, incluidos los llamados elementos subjetivos del injusto y su relación con la antijuridicidad, a pesar de que autores tan destacados como Mezger les restaran importancia al señalar que *“tales elementos subjetivos de lo injusto, eran excepciones de un tipo de injusto entendido de un modo causal objetivo”*.⁹¹

⁹⁰ Primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, tomo CXXIII, p. 2217. Tesis Aislada.

⁹¹ MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, nota 89, p. 68.

Objetivamente considerada, la antijuridicidad es *la relación de contradicción entre la conducta y las normas de valoración*,⁹² donde las normas de valoración aparecen como juicios desde el punto de vista del derecho, como ordenamiento regulador de las actividades humanas a través de la ley.

Desde un enfoque subjetivista, la antijuridicidad es el incumplimiento culpable de la obligación; *es la lucha de dos fuerzas psicológicas, en la que la voluntad imperativa del derecho es derrotada por la voluntad contumaz del individuo*,⁹³ incluyendo así, un elemento subjetivo de la antijuridicidad, que para los objetivistas, es llamado culpabilidad.

Uno de los puntos más débiles y criticados en el causalismo, es el de los llamados elementos subjetivos, mismos que aluden a *“referencias del legislador a una determinada dirección, finalidad o sentido de la conducta incluidas en el mismo texto legal que describe la actividad o inactividad”*.⁹⁴ Esta crítica, conforme a los planteamientos del sistema clásico, en el que se decía que el injusto estaba conformado por elementos meramente objetivos, se dirigía principalmente a aquellos delitos en los que el legislador había incluido aspectos subjetivos, es decir, en donde la voluntad del autor, llevaba aparejada una finalidad.

Este era el caso de la tentativa, pues si no se analizaba el fin último de la voluntad dentro del injusto, es decir como parte de la conducta típica

⁹² LUNA CASTRO, José Nieves. “La antijuridicidad y los elementos subjetivos del injusto, conforme a la doctrina tradicional y su evolución histórica”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, año 2000, México, p. 259.

⁹³ *Ibidem*, p. 262.

⁹⁴ GONZÁLEZ MENDIVIL, Oscar. “La reforma constitucional y los elementos del tipo penal”. *Revista jurídica de postgrado*, año 1, no. 2, abril, Oaxaca, México, p. 23.

y antijurídica, es que ¿acaso existía una voluntad ciega en la tentativa? Cómo, podía ser, si en la tentativa la conducta apunta a un resultado elegido previamente. Este era uno de los aspectos que hacían evidente la necesidad de replantear su contenido.

Ahora bien, en lo tocante al causalismo con un enfoque neoclásico, que si bien replanteó las anteriores posturas, y admitía la posibilidad de incluir elementos normativos, así como la eventual existencia de elementos subjetivos, aún enfrentaba el problema que representa el acreditar una finalidad en la voluntad, que no es otra cosa que un dolo específico, antes que el dolo genérico.

En México, si bien, como se expresó en el apartado que antecede, de forma inicial se adoptó el criterio de que el cuerpo del delito estaba conformado sólo de elementos objetivos, el quehacer jurídico diario puso de manifiesto la necesidad de considerar, aunque fuera de forma ocasional, a los elementos subjetivos como parte del delito, ya que ciertas descripciones típicas, incluían este tipo de elementos, por ejemplo, aquellos que utilizaban palabras como a sabiendas, a propósito, intencionalmente, por lo que, poco a poco se fue adoptando el sistema del causalismo neoclásico, que admitía, esporádicamente, la existencia de los elementos subjetivos. De tal suerte que, esto se reflejó, aunque algunas veces de forma confusa, en los diversos criterios sustentados por nuestro máximo tribunal al respecto, dentro de los que destacan los siguientes:

“INTENCIONALIDAD O NO INTENCIONALIDAD EN LOS DELITOS. Conforme a lo dispuesto en el artículo 8o. del Código Penal Federal, los delitos pueden ser intencionales o no

*intencionales, de manera que puede afirmarse en principio que todo delito admite los dos grados de la culpabilidad, a menos que la descripción legal sea tal que necesariamente implique la voluntariedad del resultado, ya sea por contener elementos subjetivos que implícitamente la requieren (el que engañando a otro), o bien cuando explícitamente el legislador al crear el tipo, consignó la intencionalidad como elemento del mismo”.*⁹⁵

Del contenido del criterio anterior, se pone de manifiesto la posibilidad de contemplar a elementos subjetivos dentro del tipo penal, expresándose que, ciertos tipos, al incluir este tipo de elementos, sólo pueden ser cometidos de forma dolosa, pero aludiendo clara y expresamente a dos grados de culpabilidad, que, en aquel entonces, eran denominados intencionales (dolosos) o no intencionales (culposos).

“AMENAZAS, DELITO DE. (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE TABASCO). Los elementos del tipo del delito de amenazas, cuyo bien jurídico protegido es la paz y seguridad de las personas, que constituyen una situación psicológica y que establece la fracción I del artículo 277 del Código Penal de Tabasco (idéntico al 282 fracción I del Código del Distrito y Territorios Federales), son: 1o. Una conducta tangible del sujeto activo por la que, de cualquier modo, se enuncia que se va a causar un daño, en la persona, bienes, honor o derechos del sujeto pasivo; o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien este ligado por algún vínculo. 2o. Que el sujeto activo actúe dolosamente y que su intención sea alterar la paz y seguridad del pasivo. 3o. Que el sujeto pasivo sufra la alteración señalada. Cabe agregar que cuando el sujeto activo en forma coetánea al anuncio del daño, o inmediatamente después, sin solución de continuidad, agrede al sujeto pasivo (ya sea que lo lesione o no,

⁹⁵ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta época, volumen LXXX, segunda parte, p. 25. Tesis Aislada.

*o prive de la vida o no), su actitud revela que no tiene intención de alterar la paz y la seguridad del sujeto pasivo; sino que su querer, tiende a privar de la vida o a dañar la salud de éste, por lo que no se reúnen los elementos del tipo de amenazas”.*⁹⁶

Desprendiéndose de lo anterior, que al faltar un elemento subjetivo, no se reunían los elementos del tipo de amenazas, considerándose que la figura típica en análisis incluía una específica intención, consistente en alterar la paz y seguridad del pasivo, que había de ser acreditada, llamando la atención el que, no obstante que se trata de una tesis compilada en la sexta época se alude al tipo del delito.

*“TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES. DISTINCIÓN. Para que pueda considerarse que un homicidio es cometido en grado de tentativa, se requiere: a) Querer privar de la vida; b) una total realización de los actos de ejecución y c), no consumación del homicidio por causas ajenas a la voluntad del agente; en cambio, 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 tenga la voluntad de matar. De lo anterior se deduce que para que pueda considerarse como legalmente probado el cuerpo del delito de homicidio en grado de tentativa, debe acreditarse en alguna forma la materialización de la intención de parte del acusado de privar de la vida al ofendido”.*⁹⁷

Con este criterio, se entra al estudio de uno de los puntos más débiles y criticados de la teoría causalista, el relativo a la tentativa. Aquí se expresa la necesidad de acreditar la materialización de *–la intención–* por parte del activo para acreditar el cuerpo del delito en una tentativa.

⁹⁶ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta época, volumen CXV, segunda parte, p. 11. Tesis Aislada.

⁹⁷ Amparo directo 921/81. Hernández Figueroa, Julio César. 3 de julio de 1981. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silvia. Secretario: Fernando Hernández Reyes.

*“RAPTO, ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO DE: (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). La estructura típica del artículo 257 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, revela que son elementos integrantes del delito de rapto: a) el apoderamiento de una mujer; b) la concurrencia necesaria de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño; c) que el agente se proponga satisfacer algún deseo erótico sexual o tenga la intención de casarse. La motivación y el fin, cuando forman parte de los elementos descriptivos del tipo, constituyen elementos subjetivos, ya referidos a la ilicitud del hecho o bien a la culpabilidad del autor, por lo que a tales tipos se les ha conocido tradicionalmente en la doctrina, con el nombre de tipos anormales. Dichos elementos, así como los meramente descriptivos, deben demostrarse plenamente para considerar que ha cobrado vida o realidad la entidad típica de que se trata, de tal manera que cuando no existe elemento alguno que permita establecer que dicho apoderamiento violento tuvo como motivación o como fin precisamente la satisfacción de un deseo erótico sexual o el propósito del agente de contraer matrimonio, se está en presencia de un hecho que no tipifica en forma perfecta la hipótesis legislada”.*⁹⁸

En este criterio se admite a la motivación y al fin ya como elementos subjetivos, aunque se les considera elementos descriptivos del tipo.

Una cosa era evidente, siguiendo el enfoque causalista en México, mientras imperó el concepto de cuerpo del delito, se rechazó totalmente la posibilidad de contemplar al dolo y a la culpa como elementos integrantes del cuerpo del delito, tal situación se aprecia, al dar lectura al criterio que a continuación se transcribe:

“CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito debe entenderse al conjunto de elementos externos o físicos y no los morales o subjetivos, que propiamente se refieren a la culpabilidad; por

⁹⁸ Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima época, volumen 31, sexta parte, p. 57. Tesis Aislada.

*tanto, para dictar auto de formal prisión, basta que se compruebe la existencia de esos elementos externos. El dolo se refiere a la culpabilidad y no forma parte integrante del cuerpo del delito”.*⁹⁹

Este criterio, correspondiente a la quinta época, es clara muestra del criterio causalista imperante, donde el dolo era un elemento de la culpabilidad y de ninguna forma se le consideraba parte integrante del cuerpo del delito.

3. Requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el marco legal del cuerpo del delito.

En este apartado se analizan cuáles son los requisitos establecidos por la ley, antes de las reformas efectuadas por el legislador en 1993, tanto para el libramiento de una orden de aprehensión como para la emisión de un auto de formal prisión, cuyo análisis se efectúa precisamente en ese orden; haciéndose mención de que es, dentro de la parte segunda del párrafo primero del artículo 16, en que a nivel constitucional se aludía a la orden de aprehensión, señalándose:

“Artículo 16. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus

⁹⁹ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, tomo XXVIII, p. 365. Tesis aislada.

*cómplice, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata... ”.*¹⁰⁰

Analizándose el contenido semántico del citado precepto, podemos desprender los siguientes requisitos para la emisión de una orden de aprehensión bajo el citado marco legal,¹⁰¹ los que enseguida se enlistan facilitando así su manejo a lo largo del análisis:

- Que fuese librada por la autoridad judicial,
- a ella preceda denuncia, acusación o querrela,
- sea por hecho determinado que la ley castigue con pena corporal,
- estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, exceptuándose el caso de flagrante delito.

Como se aprecia, el artículo 16 constitucional, no aludía a la acreditación del cuerpo del delito para emitir el citado acto de molestia, así lo señalaban, incluso expresamente, los siguientes criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“ORDEN DE APREHENSIÓN. REQUISITOS. Sólo podrá librarse por autoridad judicial, y mediante los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución, sin que entre éstos esté la comprobación previa del cuerpo del delito; y basta para

¹⁰⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1985, p. 41.

¹⁰¹ *Cfr.* Capítulo I, apartado 4 de este trabajo a pp. 10-14.

*su dictado la declaración de un solo testigo que apoye suficientemente la acusación”.*¹⁰²

Este criterio, hace evidente la falta de seguridad jurídica del gobernado, quien podía ser sujeto de una orden de aprehensión, sin que estuviese acreditado siquiera el cuerpo del delito, como se aprecia:

*“ORDEN DE APREHENSIÓN, REQUISITOS QUE DEBE CONTENER LA. Para librar una orden de aprehensión, no es necesario que se acredite el cuerpo del delito de que se trate, sino sólo que se reúnan los extremos del artículo 16 constitucional, sin embargo, conforme a la hermenéutica jurídica de dicha disposición constitucional, los hechos atribuidos al inculpado deben tener el carácter de delictivos a fin de que puedan ser sancionados con pena corporal”.*¹⁰³

*“ORDEN DE APREHENSIÓN, NO SE REQUIERE DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DEL CUERPO DEL DELITO PARA EMITIRLA. Es inexacto que para librar un mandamiento de captura sea necesaria la comprobación del cuerpo del delito, pues tal exigencia no se contiene en el artículo 16 de la Constitución General de la República, que es el precepto que consigna los requisitos que deben cumplirse para emitir un acto de tal naturaleza”.*¹⁰⁴

¹⁰² Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava época, tomo XI-marzo, p. 326.

¹⁰³ Tribunales Colegiados de Circuito. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Octava época, número 80, agosto de 1994, tesis: XX. J/71, p. 107. Tesis de Jurisprudencia.

¹⁰⁴ Tribunales Colegiados de Circuito. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Octava época, número 70, octubre de 1993, tesis: II.2o. J/10, p.52. Tesis de Jurisprudencia. Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Amparo en revisión 244/92. Roberto Liébana Moreno. 26 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Pérez González. Secretario: Nicolás Castillo Martínez. Amparo en revisión 11/93. Enrique Rivadeneira Flaco y otra. 17 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel A. Sierra Palacios. Amparo en revisión 51/93. Sergio Baeza Rodríguez. 22 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretaria: Luisa García Romero. Amparo en revisión 103/93. Francisca

En este criterio, se establece que los hechos atribuidos al inculpado deben tener el carácter de delictivos, sin embargo no establece cómo ha de saberse si los hechos controvertidos tienen ese carácter.

*“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 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”.*¹⁰⁵

De tal criterio se aprecia una clara contradicción, ya que habla de la demostración de hechos delictivos, pero señala que no se requiere establecer el tipo delictivo en el que encuadra.¹⁰⁶

Medina Romero. 16 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo. Amparo en revisión 139/93. Gerardo Cabrera Vega. 25 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Ma. del Rocío F. Ortega Gómez.

¹⁰⁵ Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima época, volumen 109-114, sexta parte, p. 145.

¹⁰⁶ A los anteriores criterios se suma el siguiente, sostenido en 1939, por la primera sala, “*Orden de aprehensión, requisitos para librarla. La Suprema Corte de Justicia ha sostenido, en muchas ejecutorias, que para que se dicte un mandato de captura, no se requiere la precisa clasificación del delito, en virtud de ser esto materia del auto de formal prisión o de la sentencia definitiva; que a menos que la ley así lo exija, tampoco es necesaria la comprobación de los elementos materiales de la infracción que se persigue, porque ese extremo sólo es indispensable al declararse bien preso al acusado y no es debido pretender que esté definida la responsabilidad del indiciado, para que pueda ser detenido, en virtud de que tal cosa sólo puede hacerse al pronunciar el fallo que dé fin al proceso*”; esta tesis es visible en el *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, tomo LX, p. 2546. Tesis Aislada. Ante esto, cabe la pregunta ¿Sobre qué

Con la hasta aquí analizado, podemos desprender que, efectivamente el hecho de que no se exigiera acreditar los elementos que integraban la figura delictiva por la que se giraba la orden de aprehensión, era un riesgo para el gobernado, pues si bien se requería de datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado, bien podía darse el caso de que, lo que no se acreditara fuera precisamente la figura delictiva, pues la ley aludía sólo a que precediera denuncia, acusación o querrela de un de un hecho determinado que la ley castigara con pena corporal, más no a que ese hecho estuviese probado.

Por su parte, en lo tocante al auto de formal prisión, el artículo 19 constitucional, señalaba:

“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”.

Desprendiéndose, por consiguiente del contenido del citado numeral, una serie de requisito, que enseguida se enlistan para facilitar su manejo, tanto en los párrafos siguientes, como a lo largo del trabajo:

- Que su expedición no exceda del término de tres días,
- se justifique con un auto de formal prisión,

hecho se va a establecer la probable responsabilidad, si no se precisa establecer el tipo de delito en el que encuadra?

- en dicho auto se expresen: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución,
- datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para *comprobar el cuerpo del delito* y hacer probable la responsabilidad del acusado.

De lo anterior, se aprecia que los requisitos para la emisión de un auto de formal prisión, si bien eran mayores que los establecidos para la emisión de una orden de aprehensión, daban pie a amplias interpretaciones en torno al concepto de cuerpo del delito, cuyo contenido no fue definido a nivel procesal, sino hasta que en 1984, se reformó el mencionado artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, aludiendo a ellos como elementos integrantes de la conducta o los hechos delictuosos, más en esa tesitura, las interpretaciones versaron luego en esos –elementos-, de manera que la autoridad podía analizarlos de acuerdo a la postura que decidiese adoptar, la que podía variarse de un caso a otro y de una a otra autoridad.

4. El problema de la seguridad jurídica de las personas.

Es a través de una orden de aprehensión y de un auto de formal prisión que, por regla general, un gobernado puede ver afectada su libertad personal, al ser la acreditación del *cuerpo del delito*, una de las condiciones que debe cubrir la autoridad para poder afectar la libertad de una persona, su acreditación, *es una garantía individual de seguridad jurídica* y puesto que la seguridad jurídica *representa el conjunto de condiciones que, en un Estado de derecho aseguran el*

*goce y ejercicio de uno de los derechos de las personas, que no pueden verse afectados sin que se observen dichas condiciones;*¹⁰⁷ el hecho de que, para el libramiento de una orden de aprehensión, no se requiriese la acreditación del cuerpo del delito de referencia, implicaba un grave riesgo para la seguridad jurídica, pues fácilmente un gobernado podía verse afectado de su libertad personal.

Tras el análisis efectuado, se probó que durante el periodo de vigencia del concepto de cuerpo del delito que fue del 5 de febrero de 1917 al 3 de septiembre de 1993, la autoridad judicial podía, de modo perfectamente legal, afectar la libertad de las personas a través de una orden de aprehensión, con tan solo acreditar la probable responsabilidad de una persona por un hecho que, si bien la ley castigara con pena corporal, no se encontrara debidamente probado. De manera que, tal acto de afectación del derecho a la libertad, era legitimado por la legalidad y además, aceptado como natural.

Ahora bien, en lo concerniente al libramiento de autos de formal prisión, durante el periodo de vigencia de la figura del cuerpo del delito, facilitó la aplicación diferenciada de enfoques teóricos a los juzgadores, con un predominio en el uso de las corrientes causalistas, menos garantizadoras del derecho a la libertad personal, lo que propició inseguridad jurídica. En este contexto, nuestro procedimiento penal permitía justificar desigualdades, al no existir un criterio uniforme sobre los elementos que habían de acreditarse en el cuerpo del delito.

¹⁰⁷ *Cfr.* capítulo I, apartado 2., pp. 10-14.

Así las cosas, al someter el concepto de cuerpo del delito a un análisis crítico, hemos podido evidenciarlo como una figura que facilita al Estado intervenir en la esfera de libertad de las personas, siendo menos efectivo para garantizar seguridad jurídica.

A la luz de lo antes analizado, es posible concluir que el Estado Mexicano, que de acuerdo a lo declarado en la propia Constitución en su artículo 40 es “*una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unido en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental*”, a un nivel fáctico, en el momento histórico de la reforma presentaba dificultades para cristalizar esa forma de Estado.

Esta situación, en el plano internacional, no era vista como propicia para la inversión extranjera, fundamentalmente por la percepción generalizada del colapso de la administración de justicia, la violación de derechos humanos y la necesidad de fortalecer el Estado de derecho de cara a la seguridad jurídica y a las garantías exigidas para dicha inversión; por lo que, ante esta panorámica se suscribieron diversos instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue ratificado por México el 23 de marzo de 1981, así como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ratificada el 03 de abril de 1982; que fueron antecedentes de la reforma procesal que nos ocupa, como un reflejo de esta influencia del fenómeno internacional que venía gestándose desde la década de los setenta -tendiente a la defensa de los derechos humanos- que hacían necesario que México se incrustara en este

movimiento de humanización de la justicia, en el que se buscaba ajustar las legislaciones penales a las exigencias de sistemas penales propios de un Estado democrático de derecho, siendo este fenómeno de búsqueda de seguridad jurídica en el que se gestó la reforma de la que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

CAPITULO III. Los elementos del tipo penal en el procedimiento penal federal después de las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993.

El finalismo representó el enfoque doctrinal imperante para analizar los elementos integrantes del tipo penal en este período, como se analiza en el apartado siguiente.

1. Las Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la introducción del concepto de elementos del tipo penal en el Código Federal de Procedimientos Penales.

Cuando en 1993,¹⁰⁸ se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se sustituyó la expresión cuerpo del delito por la de elementos del tipo penal, no se trató sólo de un cambio de término, sino, como se ha mencionado, de enfoque teórico para abordar el estudio del delito, acorde al sistema finalista, situación que, si bien se evidenciaba de forma tácita con base en la conceptualización dogmática que sobre el tipo penal existía, quedó definida en modo expreso al reformarse la legislación secundaria a nivel federal, ya que, a la reforma constitucional, siguió la reforma al Código adjetivo, en donde el legislador mexicano, optó por establecer cuáles eran los elementos del tipo en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, indicando:

“Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable

¹⁰⁸ *Diario Oficial de la Federación*. 3 de septiembre de 1993, con fe de erratas del 6 de septiembre de 1993.

responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

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

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

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

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley".¹⁰⁹

Resultando evidente, de la lectura del citado numeral, cómo debía abordarse el estudio de los elementos del tipo penal y por ende, precisándose las exigencias que la autoridad investigadora debía cubrir para ejercitar acción penal, las que al ser analizadas a la luz de la teoría del delito, se veían identificadas con la corriente finalista, pues, los elementos del tipo penal ya no eran solamente los elementos materiales de la descripción correspondiente a cada delito, sino que incluye los elementos normativos, subjetivos, ya sea dolo o culpa, o en su caso, los elementos subjetivos específicos, así como las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. Las fracciones I a III

¹⁰⁹ *Diario Oficial de la Federación*. 10 de enero de 1994.

del párrafo primero, incluyen los elementos que están contenidos en todo tipo penal, en tanto los mencionados en el párrafo segundo, sólo deberán acreditarse si el tipo lo requiere.

2. La aplicación de la teoría finalista del tipo penal en México.

Aproximadamente en 1940 Welzel expuso en toda su extensión el llamado sistema final de acción, *“el cual tiene un fundamento lógico-objetivo o lógico-material, cuya característica principal es la atención en la finalidad que ha guiado la conducta del sujeto para la lesión del bien jurídico tutelado”*.¹¹⁰

Dicha teoría, maneja, al igual que la causalista, los conceptos de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad que la teoría causalista, pero tales conceptos son manejados con un esquema distinto.

La raíz etimológica de la palabra tipo, proviene del latín *tipus*, y del griego *typos*, que significa modelo; en el derecho alemán, el tipo fue conceptualizado como *tatbestand* (supuesto de hecho) y su raíz, proviene del latín medieval *facti species* y significa figura del hecho.¹¹¹

El jurista Bacigalupo, refiere que el tipo penal *“es un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido en sentido estricto, es la descripción de la conducta prohibida por una*

¹¹⁰ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Fundamentos de política criminal y derecho penal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Ensayos Jurídicos, no 1, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, México, p. 19.

¹¹¹ MANCERA ESPINOZA, Miguel Ángel. “El tipo penal,” *Criminalia*. año LXIII, no 1, enero-abril, 1977, México, p. 25.

*norma...es el conjunto de elementos que caracterizan un comportamiento como contrario a la norma...;*¹¹² para Muñoz Conde, el tipo es *“descripción de una conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal”*.¹¹³ Por su parte, Zaffaroni, señala que los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas son llamamos tipos, haciendo notar que: *“El tipo cumple la función de individualizar las conductas que pueden ser delito: es un dispositivo legal que sólo puede hallarse en la ley penal, fija las conductas que nos pueden interesar como delitos”*.¹¹⁴

Tiene su punto de partida, en la obra de Beling, en 1906, quien en una primera fase de su evolución, establece que el tipo cumple con una función descriptiva, separándose de la antijuridicidad y de la culpabilidad; reestructurando su postura en 1930, cuando publica *Die Lehre vom Tatbestand* y trata de desentrañar la función de lo que denomina como *tatbestand legal* (se refiere a la parte objetiva del tipo), y el *deliktstypus* (la figura del delito), aclarando el papel que juega la *tatbestandmässigkeit* (tipicidad), señalando que dentro del tipo se presenta una imagen o figura rectora, a la que denomina *leitbild* que en realidad es el original *tatbestand* (meramente descriptivo objetivo) que se encuentra sin contenido, en espera de la realización de la conducta

¹¹² Bacigalupo Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá, Colombia, 1994, p. 67, citado por MANCERA ESPINOZA, Miguel Ángel. “El tipo penal,” *Criminalia*, año LXIII, no 1, enero-abril, 1977, México, p. 25.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. EDIAR, Argentina, 1973, pp. 59 y 70.

para colmar al tatbestan legal;¹¹⁵ así, en un primer momento diferencia al tipo de la antijuridicidad y de la culpabilidad, dándole al tipo un carácter meramente descriptivo, desprovisto de toda valoración y, en su segunda aparición, con el concepto de leitbild nos presenta un panorama diferente en el que si es posible realizar una valoración de elementos subjetivos, dejando ver que la tipicidad forma parte del delito.

Cabe señalarse, antes de entrar al análisis de cada uno de los elementos del tipo penal que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la mayoría de las opiniones que se manejan son acordes con el contenido que se dio en la legislación federal al tipo penal, integrado por elementos objetivos, normativos y subjetivos.

Se asume el tipo objetivo, que comprende los elementos –objetivos– del acto, integrados por la acción, con la lesión correspondiente al bien jurídico, los medios y formas de ejecución y las modalidades de acción, así como calidades específicas de los sujetos activo o pasivo; pero, se incluye el tipo subjetivo, no únicamente con los elementos subjetivos tradicionales, sino se incluye al dolo y a la culpa.

Bajo la teoría del tipo penal, retoma el elemento acción, pero entendida como acción final, la cual se conformaba de dos fases: una subjetiva, que inicia con la concepción de un fin por el sujeto activo, la selección de medios para conseguirlo y la consideración de los efectos concomitantes y la otra objetiva, que va desde la exteriorización de los movimientos corporales para la realización de los medios

¹¹⁵ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, p. 156.

preparatorios, la realización de la propia conducta típica hasta la consumación del resultado, situación que será examinada en el punto 3.1. del presente capítulo, pero que, en este apartado se menciona ya que representa uno de los cambios más importantes en el análisis del delito en la práctica del derecho penal en México, porque se pasa de un tipo conformado sólo por elementos objetivos, a uno que incluye, tanto elementos objetivo, como subjetivos.

Por lo que hace a la *tipicidad*,¹¹⁶ que básicamente, alude al encuadramiento de la conducta del agente a la descripción hecha por el legislador en el tipo penal, en el momento en que se da la modificación en la concepción del tipo y se desplazan el dolo y la culpa de la culpabilidad al tipo, la falta de dichos elementos subjetivos, será, por tanto una causa de atipicidad de la conducta.

Dentro de la teoría en análisis, la antijuridicidad se debe observar desde los planos objetivo y subjetivo.

“El primer plano, denominado norma objetiva de valoración radica en que la norma valora objetivamente en un nivel abstracto, las acciones (u omisiones) valiosas o no-valiosas (disvaloradas); y en un segundo plano, llamado norma subjetiva de determinación, se propone motivar subjetivamente a sus destinatarios imponiéndoles el deber de decidirse conforma a la valoración de la propia norma. La acción es antijurídica, en cuanto contradice la norma jurídica como norma jurídica de valoración y al mismo tiempo la acción es antijurídica por que contradice la norma subjetiva de determinación, y en este segundo plano se enlaza con la culpabilidad cuando el sujeto

¹¹⁶ El principio de tipicidad se encuentra consagrado en el artículo 14 Constitucional, que señala: “En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”.

pudiendo adecuar su conducta a la no violación de la norma se decide a ejecutar la misma".¹¹⁷

Una diferencia fundamental entre el modelo causalista y el finalista, se encuentra en la concepción de *la imputabilidad*, ya que mientras para el modelo causalista, la imputabilidad era un presupuesto de la culpabilidad, para el modelo finalista, "*la imputabilidad es un elemento de esta, junto con la exigibilidad de una conducta conforme a la ley, y con la posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado*".¹¹⁸

Para los finalistas imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, entendida como capacidad del autor, tanto para comprender lo injusto del hecho, como para determinar su voluntad conforme a esa comprensión; Welzel, uno de los principales teóricos del finalismo, explicó así este planteamiento: "*La capacidad de culpabilidad tiene un momento cognoscitivo y uno de voluntad; la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad*".¹¹⁹

De lo anterior se desprende que para el momento intelectual es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho, la capacidad de culpabilidad existe o no existe, independientemente de si el sujeto actúa o no, de si se comporta conforme a derecho o antijurídicamente; pero la reprochabilidad supone que el autor, además de contar con capacidad de culpabilidad respecto del hecho concreto,

¹¹⁷ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Curso de derecho penal*. Porrúa, México, 1999, p. 276.

¹¹⁸ REYES ECHANDIA, Alfonso. *Imputabilidad*. Ed. Temis, Colombia, 1989, p. 21.

¹¹⁹ WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 216.

estuvo en posibilidad de estructurar en lugar de la voluntad antijurídica de acción, una conforme al derecho; eso ocurre cuando ha reconocido lo injusto de un hecho, o ha podido reconocerlo.

Los finalistas “*aceptan que los inimputables son capaces de obrar dolosa o culposamente, solo que el dolo y la culpa no forman parte de la culpabilidad, sino que se ubican en la teoría de la acción típica, como aspecto subjetivo de la misma,*” señala Reyes Echandia.¹²⁰ De esta manera “*la imputabilidad dejó de explicarse como capacidad de responsabilidad individual por los actos realizados libremente y pasó a entenderse como capacidad de ser motivado por la norma penal y su correspondiente sanción. Los inimputables no serían, pues, seres incapaces de libertad o, si se prefiere, seres irresponsables de sus hechos (por ejemplo, los enajenados mentales), sino seres no motivables por la norma*”.¹²¹

Por su parte, en este enfoque, se considera que la culpabilidad “*es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido*”.¹²²

Con el finalismo, a la culpabilidad se le da una orientación normativista se parte de la evolución que ya se había venido dando en el periodo neoclásico, donde se llegó a sostener que la culpabilidad implicaba un juicio de reproche; como el dolo y la culpa pasan a

¹²⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso. *Imputabilidad*, ed. Temis, Colombia, 1989, p. 21.

¹²¹ GÓMEZ BENÍTEZ, Manuel. *Teoría jurídica del delito*. Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 450, citado por ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Op. cit., nota 117, p. 340.

¹²² MEZGER, Edmundo. *Derecho penal parte general*. Cárdenas Editores, México, Segunda edición, 1990, p.190.

formar parte del tipo subjetivo, se deslinda a la culpabilidad del contenido psicológico que había planteado Liszt.

Como la culpabilidad es un reproche al autor, se presupone que éste se hubiera podido motivar de acuerdo a la norma pero no en sentido abstracto, sino concreto; para este efecto, se requiere que el autor sea capaz de motivarse de acuerdo a la norma y que sea capaz de comprender la antijuridicidad de su propósito.

Dentro del sistema finalista se aplica la teoría normativa de la culpabilidad, surgida del causalismo valorativo, pero con una variante, normativismo restringido al sujeto, lo llaman Bustos e Hirmazabal,¹²³ *“ahí el reproche se centra en que el autor concreto en una situación dada hubiera podido motivarse por lo dispuesto en la norma y actuar en otra forma, siendo los elementos de la reprochabilidad la imputabilidad y la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, el dolo y la culpa no pueden ser elementos de la reprochabilidad, ya que no se refieren a la posibilidad de motivarse conforme a la norma, sino que implican una relación con el hecho, esto es, son un aspecto subjetivo del comportamiento, en donde el reproche puede ser dispensado por la concurrencia de circunstancias denominadas no exigibilidad de otra conducta”*.

2.1. El dolo y la culpa como fin de la conducta.

La acción humana es ejercicio de actividad final. La finalidad o carácter final de la acción se basa en la posibilidad de prever las

¹²³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HIRMAZÁBAL MALAREÉ Hernán. *Op. cit.* nota 78, p. 316.

consecuencias posibles de su conducta y dirigir su actividad conforme un plan para la consecución de esos fines, esta posibilidad de previsión es llamada *capacidad de voluntad*, que se ejemplifica con la frase “*la finalidad es vidente, la causalidad es ciega*”.¹²⁴

El finalismo, como el causalismo, acepta que el delito parte de una conducta humana voluntaria, de igual manera admite las formas de acción y de omisión, pero, como una distinción fundamental, establece que la conducta tiene una finalidad, es decir *la acción – conducta- es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento corporal) que produce un resultado, de tal suerte que la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista*.¹²⁵ De ahí que el concepto de finalidad represente uno de los aspectos más interesantes y polémicos para el análisis de dicha corriente teórica, ya que la finalidad de la conducta se ve reflejada en el dolo y la culpa, que ya no más formas de culpabilidad, sino que se incorporan al tipo penal, precisamente como fin de la conducta, debiéndose analizar, al igual que la forma de intervención de los sujetos, a nivel de tipo penal.

Así, se considera que la acción humana, es un acontecimiento de la voluntad que persigue un fin concreto; esto, no sólo en relación a la dirección de la voluntad respecto del resultado, sino en virtud de la previsión final de la conducta, es decir, en cuanto a las acciones

¹²⁴ MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, “La estética en la teoría finalista”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. LXII NO. 183-184, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 111, citado por Enrique Díaz Aranda. *Dolo, causalismo, finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Porrúa, México, 2001, p. 54.

¹²⁵ ORELLANA WIARCO, Octavio A. *Op. cit.*, nota 58, p. 88.

finalmente evitables, como son las acciones culposas, donde el autor habría podido evitar el resultado.

Finalidad y dolo son conceptos diversos. En tanto que la finalidad se encuentra en todas y cada una de las conductas humanas, el dolo no es otra cosa que la captación que eventualmente hace la ley de esa finalidad para individualizar una conducta que prohíbe, en los tipos dolosos, esto, lo explica Zaffaroni, al decir que *“el dolo esta en el tipo y no en la conducta, la que solamente puede presentar el carácter de dolosa cuando su finalidad es la realización de un tipo objetivo”*.¹²⁶

2.2. La acreditación de los elementos subjetivos del injusto.

En la teoría finalista, se hace la distinción entre antijuridicidad e injusto, donde, señala Welzel:

“La antijuridicidad es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: La conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentra con el ordenamiento jurídico”.¹²⁷

De ahí que al analizarse el disvalor de la acción, se incluye la finalidad de esta en sus dos vertientes, dolosa y culposa, como elementos internos de la acción, así como a los elementos subjetivos específicos del autor, ya que, a diferencia del causalismo, en el finalismo se admite la existencia de múltiples tipos penales conformados con

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, nota 114, p. 116.

¹²⁷ WELZEN, Hans. *Op. cit.*, nota 119, p. 83.

elementos subjetivos, admitiendo además su existencia en el caso de la tentativa, al incluir el estudio de la intención del sujeto, estimándose así que “*el sistema final de acción permitió un mejor análisis para los supuestos de tentativa, pues desde el examen de la conducta que no había producido la lesión del bien jurídico tutelado, pero sí lo había puesto en peligro con la intención del autor de lesionarlo, se podía sustentar el delito doloso de acción en grado de tentativa*”.¹²⁸

3. Análisis de los elementos integrantes del tipo penal a que se refiere el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En este apartado, se pretende analizar cada uno de los extremos a acreditar por la autoridad y que según el precepto adjetivo penal que nos ocupa, son los integrantes del tipo penal, mismos que se examinarán, bajo la sistemática en que el mismo numeral los menciona, a saber:

- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- la forma de intervención de los sujetos activos;
- la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

De igual manera, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, hace mención al resto de los elementos del

¹²⁸ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Fundamentos de política criminal y derecho penal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Ensayos Jurídicos, no 1, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 19.

tipo penal, que si bien no aparecen en todos los casos, pueden darse en uno u otro tipo, dependiendo de la descripción del legislador, para el caso concreto, los cuales son:

- las calidades del sujeto activo y pasivo;
- el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- el objeto material;
- los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- los elementos normativos;
- los elementos subjetivos específicos y
- las demás circunstancias que la ley prevea.

Por lo que bajo la misma sistemática, en los apartados siguientes, se procede a su análisis.

3.1. La comprobación de la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.

La acción de ejecución forma parte de los denominados elementos objetivos del tipo penal, es decir, de aquellos elementos que conforman la materialidad del hecho que puede ser materia de imputación o responsabilidad.

El delito siempre es una conducta humana que puede presentarse en forma de acción o de omisión. La acción se identifica como un hacer voluntario, en tanto que la omisión, consiste en dejar de hacer lo que requiere hacerse, así mismo, la conducta puede consistir en la omisión con resultado material, denominada comisión por omisión.

Para la teoría finalista, la acción humana es el ejercicio de la acción finalista y no solamente causal, ya que el hombre puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de diversa índole y dirigir su conducta de acuerdo a un plan tendiente a la obtención de dichos objetivos.

La acción es una conducta “*enderezada por la voluntad y por ello, necesariamente, es una conducta dirigida a un fin, a una meta*”.¹²⁹ Así, para el sistema finalista, el que actúa debe siempre querer –algo-. De tal manera, toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza ontológica (esencial), un carácter final, esta siempre dirigida a una meta determinada.

Según la teoría finalista, la acción pasa por dos fases, que se representan, una en el pensamiento del autor y la otra en el mundo exterior, estas pueden ser esquematizadas de la siguiente forma:

FASES DE LA ACCIÓN

INTERNA.

- el objetivo que se pretende alcanzar o proposición de fines.
- Los medios que se emplean para su realización.
- Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios.

EXTERNA:

- Es la ejecución de los medios para conseguir el fin.
- El resultado previsto y/o los resultados concomitantes
- El nexa causal.

¹²⁹ MEZGER, Edmundo. *Op. cit.*, nota 122, p. 88.

La fracción I del artículo 168 en análisis, también precisa la acreditación de la lesión o, puesta en peligro del bien jurídico protegido, como elementos necesarios para la acreditación del tipo penal.

El bien jurídico, es precisamente el valor que se protege con la norma penal, es decir, el que se pretende evitar sufra un daño o peligro, cuando se habla de daño, se hace referencia a un delito de lesión, en tanto que si dicho bien solo se ve en riesgo, se hablará de un delito de peligro.

3.2. La acreditación de la realización dolosa o culposa de la acción u omisión y de la forma de intervención de los sujetos activos dentro del tipo penal.

A partir de la reforma que nos ocupa, las autoridades encargadas de la procuración de justicia se vieron obligadas a acreditar la realización dolosa o culposa de la acción u omisión, a nivel de tipo penal, así el dolo y la culpa conforman elementos subjetivos del tipo penal, que se manifiestan como voluntad final.

Después de incluirse el dolo como integrante del tipo penal, se reformó también el Código Penal,¹³⁰ redefiniéndose el concepto de dolo, suprimiendo la preterintencionalidad, quedando:

“Artículo 8. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”.

¹³⁰ *Diario Oficial de la Federación*. 10 de enero de 1994.

Conservándose únicamente dos formas de comisión, tanto para la acciones, como para las omisiones: dolo o culpa, que fueron definidas de la siguiente forma:

“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, Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiado 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”.

Desprendiéndose que, cuando nos encontramos con la *“producción de un resultado típico concomitante que fue abarcado por la voluntad realizadora, se tratará de un dolo eventual. Cuando la finalidad se dirige directamente a la producción del fin típico, habrá dolo directo”*.¹³¹

Por su parte, el tipo culposo requiere: a) la violación de un deber de cuidado; b) causar un resultado lesivo de un bien jurídico; c) que la violación del deber sea determinante del resultado. En el tipo culposo señala Zaffaroni,¹³² *“la finalidad es indiferente en cuanto a su identificación con la producción de un resultado típico, pero no en cuanto a la averiguación de la violación del deber de cuidado, para lo cual es imprescindible. Sólo concibiendo a la conducta típicamente culposa como la que viola un deber de cuidado, para lo que se debe*

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op.cit.*, nota 114, p. 117.

¹³² *Ibidem*, p. 119.

tomar en cuenta el fin de la misma, es como la antijuridicidad puede recaer en una acción”.

En las acciones culposas la voluntad de acción no se dirige al resultado típico, pero de esta se derivan consecuencias que son intolerables socialmente, en donde el sujeto activo, ya sea que confió en que no se producirían, o incluso no pensó en su producción.

Welzel, funda la culpa “*en que la norma exige conductas finalistas que no lesionen bienes jurídicos, sea en forma dolosa, o bien que por descuido o imprudencia pongan en peligro intolerable o dañen el bien jurídico, es decir, los delitos culposos encuentran su fundamento en el deber de cuidado que debió tomar en cuenta el sujeto al realizar sus acciones finalistas*”.¹³³

En cuanto a la forma de intervención, la disposición expresa de analizarla dentro del tipo penal, incluida en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, representaba una innovación ya que del contenido del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que era el ordenamiento vigente en ese momento, se desprendía la expresión “*son responsables del delito*”, que hacía inferir que el estudio de los sujetos activos autores o partícipes debía hacerse fuera del cuerpo del delito, concretamente en la responsabilidad penal, al señalar:

- “Artículo 13.- Son responsables del delito:*
I. Los que acuerden o preparen su realización;
II. Los que lo realicen por sí;

¹³³ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Op. cit.* nota 58, p. 102.

- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI. Los que intencionalmente 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 intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado”.¹³⁴

Sujetos activos, son aquellos que llevan a cabo la actividad descrita en el tipo, siendo “*opinión dominante en la doctrina de considerarlos como elementos objetivos del tipo, generales, que pueden ser aplicados para el análisis de los tipos en particular*”.¹³⁵ La figura de sujeto activo presenta dos modalidades de intervención en los hechos punibles, la autoría y la participación, en los que se incluyen subgrupos.

Autor de un hecho punible es “*el que comete el hecho con voluntad de autor*”,¹³⁶ en forma típica, y, en los casos pertinentes, causa el resultado

¹³⁴ Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal. México, Porrúa, 5ª edición, 1993, p. 10.

¹³⁵ RODRÍGUEZ CAMPOS, Carlos. Monsreal Campos, Liborio, coaut. “Cambio de nomenclatura de cuerpo del delito por elementos del tipo penal y de presunta responsabilidad por probable responsabilidad”. *Revista Facultad de Derecho*. No. 18, mayo-agosto, 1995, Mérida, Yuc., México, p.41.

¹³⁶ Al hablar de la voluntad de autor, Mezger distingue tres corrientes: *Según la teoría del fin o los intereses*, que es descartada por dicho autor, se considera como autor y se le atribuye una voluntad de autor al que persigue, con el hecho finalidades e intereses propios y no de otro; *teoría del dolo*, según la cual lo que interesa es, en principio, la dirección y la intensidad de la voluntad del autor, el autor quiere el hecho como propio y no como ocurre en el caso del instigador y del cómplice, como de otro; así como la del *sentido objetivo del autor*, según la cual el que quiere realizar y realiza todo el tipo personalmente, quiere, en realidad, el hecho como propio, lo que decide es lo querido por el autor, pero lo querido en su significación objetiva (Cfr. Mezger Edmundo, *Op. cit.*, nota 122. pp. 307 y 308).

del mismo".¹³⁷ Es autor material el que en forma personal y directa despliega la conducta con la finalidad de su consecución.

El coautor, para ser tal se requiere reunir todas las cualidades propias del autor y su peculiaridad reside en que "*además ha habido un acuerdo de distribución funcional de las labores a cumplir respecto a la realización del hecho*".¹³⁸

Es autor mediato el que dolosamente despliega la conducta, sirviéndose de otro u otros como instrumento; en tanto aquél que dolosamente determine a otro a cometerlo será instigador.

Los autores intelectuales son los que acuerden, planeen o proyecten la realización de la conducta típica.

Así, eran considerados en el Código Penal en comento: *Los que acuerden o preparen su realización*, autores intelectuales; *los que lo realicen por sí*, autores materiales; *los que lo realicen conjuntamente*, coautores materiales; *los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro*, autores mediatos y, *los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo*, instigadores.

En el finalismo, los autores se pueden distinguir de los partícipes en base a la teoría del dominio del hecho, según la cual es autor el que tiene el dominio del hecho.

¹³⁷ MEZGER, Edmundo. *Op. cit.* nota 122, p. 305.

¹³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HIRMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Op. cit.*, nota 78, p. 294

La participación “*es la intervención en un hecho ajeno, por eso presupone la existencia de un autor, de un hecho principal al cual se accede*”.¹³⁹

En artículo 13 del ordenamiento en cita, se hace referencia al cómplice en la fracción VI, al mencionar a *los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión*, en tanto que en la fracción VII, se menciona a los auxiliadores en cumplimiento de promesa anterior, como los que *con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito*, aludiéndose en la fracción VIII a la complicidad correspondiente al mencionar a los que *intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado*.

En muchos casos basta la intervención de un sólo sujeto para que se afirme la realización típica, pero cualquiera que sea el número de ellos obliga a determinar en calidad de qué interviene cada quien: uno como autor, otro como cómplice, otro más como instigador u otro que simplemente fue utilizado como instrumento de algún autor, para posteriormente determinar si con relación a cada uno de ellos se puede afirmar la existencia de todos los elementos que el delito requiere.

3.3. Las calidades del sujeto activo y pasivo.

En los tipos penales hay que distinguir entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 296

Sujeto activo es quien lleva a cabo la actividad descrita en el tipo legal; no es lo mismo, sujeto activo que autor del delito; hay una relación de género a especie; para que un sujeto activo pase a tener la categoría de autor, es necesario que concurren además otras características especiales en él y que son las que justamente vienen a circunscribir el ámbito del autor.

El sujeto pasivo “*es el destinatario de la protección del bien jurídico*”.¹⁴⁰ Luego, por definición, cualquier persona puede ser sujeto pasivo de un delito, ya sea natural, jurídica o colectiva, por eso se puede hablar de delitos en contra del Estado, de la colectividad o de la familia.

Sin embargo, no se debe confundir el sujeto pasivo del delito con el sujeto pasivo de la acción, que es la persona sobre la que recae la acción típica, pero no necesariamente el destinatario de la protección del bien jurídico, por ejemplo, si le roban a un niño el bolso de su madre, el sujeto pasivo de la acción lo es el niño, en tanto la madre es el sujeto pasivo del delito.

El sujeto activo, antes de la reforma no se mencionaba en el cuerpo del delito, sino a nivel de responsabilidad, sólo se aludía este en la descripción típica en forma abstracta, fundamentalmente, al momento de hacer mención a alguna peculiaridad del mismo. Por ejemplo, el artículo 323 del Código Penal, al momento de mencionar los elementos integrantes del tipo penal del delito de homicidio en relación al parentesco, exige como calidad específica *el ser*

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 49.

ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, de la persona a quien se priva de la vida; en el delito de abandono de persona, previsto en el artículo 355 del Código Penal se exige como calidad en el activo, que este *tenga obligación de cuidar al pasivo*, por su parte el artículo 336 del citado ordenamiento, prevé como sujeto activos, *a los padres que abandonan a sus hijos*, así mismo, el artículo 123 del ordenamiento penal federal en cita, en relación al delito de traición a la patria, exige en el sujeto la calidad de *ser mexicano*; en el delito de ejercicio indebido de servicio público, previsto por el artículo 214 de la codificación aludida, se requiere en el sujeto activo la calidad de *servidor público*, misma calidad de *servidor público* que se exige al sujeto activo del delito de abuso de autoridad, según lo establece el artículo 215 de la codificación sustantiva penal antes mencionada. Por tanto, de no reunirse la calidad específica del sujeto activo en los delitos que la exigen, nos encontraremos ante la atipicidad, por ausencia de uno de los elementos integrantes del tipo penal.

Así mismo, encontramos que hay tipos que requieren de la concurrencia de determinado número de sujetos, de tal manera que en un caso en que se constate que intervinieron menos de los que exige el tipo, no podrá afirmarse su acreditación. Por ejemplo, el delito de asociación delictuosa, en el que se requiere de al menos tres sujetos, como se desprende del contenido del artículo 164 del Código Penal Federal, al establecer que -al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se les

impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días de multa.-

Encontramos otro ejemplo en el delito de coalición de servidores públicos, que exige, tanto una pluralidad específica, como una calidad particular de los activos, pues la descripción contemplada en el artículo 216 del Código Penal Federal, que alude a la citada figura, al estar redactado en plural, hace patente la necesaria intervención de más de un activo, excluyéndose como activo para la comisión del citado ilícito a todo aquel que no sea servidor público, al mencionar que -comete el delito de coalición de servidores públicos, los que teniendo tal carácter, se coaliguen para tomar medidas contrarias a la ley o reglamento, impedir su ejecución o para hacer dimisión de sus puestos con el fin de impedir o suspender la administración pública en cualquiera de sus ramas.-

Hay tipos que se limitan a describir la conducta del activo sin hacer referencia al pasivo, por ejemplo en los delitos de asociación delictuosa (artículo 164 del Código Penal Federal) y en el de quebrantamiento de sellos (numeral 187 del ordenamiento penal en cita); no obstante, algunas figuras sí hacen referencia a una peculiaridad en el sujeto pasivo, por ejemplo, en el delito de corrupción del menores, se exige que el sujeto pasivo sea, precisamente un menor de edad (artículo 201 del Código Penal Federal), así mismo, el artículo 262 del ordenamiento en cita, señala como sujeto pasivo del delito de estupro, únicamente personas mayores de 12 años y menores de 18.

3.4. Estudio del resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.

Algunos delitos contemplan un resultado material diferenciado del comportamiento, como la muerte en el homicidio, se trata de aquellos tipos penales en los que la acción tiene que ser llevada a término por el sujeto activo para que ella tenga lugar, es decir, para que estas acciones se entiendan realizadas, es necesario que se produzca un resultado material, en nuestro ejemplo del homicidio, dicho resultado es la muerte. Este resultado material, exigible sólo en aquellos delitos en que la acción se expresa mediante lo que gramaticalmente se llama verbos perfectivos o desinentes, es decir los que designan acciones que requieren alcanzar su culminación para producirse, por lo que condiciona la realización del tipo, como sería el caso del verbo privar, en el delito de homicidio previsto en el artículo 302 del Código Penal Federal, que establece que -comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro- en este caso, el resultado material será precisamente la privación de la vida del sujeto pasivo.

Este resultado material, es distinto del resultado jurídico, que es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que ha de tener necesariamente todo delito y que es una exigencia que debe ser analizada en la antijuridicidad.

Siendo necesario que el resultado aludido en el tipo penal sea atribuible precisamente a la acción u omisión desplegada por el sujeto activo, al ser estas, las formas en que se manifiesta la conducta, como se desprende del contenido del artículo 7 del Código Penal Federal: así si se dice en el homicidio -al que prive de la vida a otro-

necesariamente hay que tomar en cuenta el contenido del artículo 7 en cita, porque en esas condiciones la redacción de ese tipo penal ya alude al que por medio de una acción prive de la vida a otro o al que a través de una omisión prive de la vida a otro, pues se entiende que la privación de la vida de una persona, necesariamente tiene que realizarse en esas formas de conducta, es decir, ya sea por acción u omisión.

3.5. La existencia del objeto material.

Asimismo se requiere para el análisis, la referencia al objeto material, conocido también con el nombre de objeto de la acción, es decir, al objeto corporal de la misma. Con relación al objeto mencionado habrá que ver en el análisis concreto del tipo si éste exige o no alguna característica que deba concurrir en él. Como por ejemplo en el caso de robo en que el objeto del apoderamiento es la cosa, pero no cualquier cosa puede ser objeto del apoderamiento sino que además debe ser ajena, elemento normativo éste que está íntimamente vinculado con el objeto sobre el cual recae la acción. En algunos delitos, el objeto material de la acción, se identifica con el sujeto pasivo del delito, así en el delito de homicidio, lo es la persona física a quien se priva de la vida, misma que viene a ser el sujeto pasivo.

El objeto material “*es aquel sobre el cual recae físicamente la acción delictiva*”,¹⁴¹ que es distinto al el bien jurídico; así, por ejemplo en el delito de daño en propiedad ajena, la acción puede recaer sobre un

¹⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HIRMAZÁBAL MALAREÉ Hernán. *Op. cit.* nota 78, p. 49.

jarrón (objeto material), pero el bien jurídico es el patrimonio; el objeto material, no debe tampoco identificarse con el sujeto pasivo, aunque a veces coincidan, como en el homicidio, donde la acción recae sobre un hombre y el sujeto pasivo es ese hombre.

3.6. Los medios utilizados para la comisión del ilícito.

Algunos tipos penales, dentro de su contenido semántico, exigen determinado medio que ha de utilizarse para la comisión del ilícito, *“los cuales son esenciales, ya sea para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravante de la pena”*.¹⁴²

Por ejemplo en el fraude, para la acreditación de este tipo penal se requiere como medio comisivo, ya sea el engaño o el aprovechamiento del error, como se aprecia en el artículo 386 del Código Penal Federal, que señala que -comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.-

Así se menciona en el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia, que me permito citar:

“FRAUDE. El delito de fraude, de acuerdo con la redacción del artículo 348, fracción I, del Código Penal del Estado de Jalisco, se realiza cuando el sujeto activo, engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido. De tal texto se infiere que son medios de comisión: a), el uso del engaño y b), el aprovechamiento del error. Y el resultado puede consistir en a), hacerse ilícitamente de alguna cosa y b), alcanzar un lucro

¹⁴² RODRÍGUEZ CAMPOS, Carlos. Monsreal Campos, Liborio, Coautor. *Op. cit.* nota 135, p.42.

*indebido. Por engaño se entiende la actitud mentirosa tendiente a provocar en la persona un estado subjetivo de error; el aprovechamiento del error, por lo contrario, supone la existencia previa de tal estado del que el autor se aprovecha para lograr su designio criminoso. El engaño puede usarse, al igual que el aprovechamiento del error, directamente contra la víctima o contra un tercero, es decir, que no siempre se identifica al que sufre el estado de error, bien por la maniobra del engaño o por la preexistencia del mismo, con la víctima misma o sea con quien sufre el daño patrimonial”.*¹⁴³

Otro ejemplo se encuentra en el delito de violación, pues se requiere que la cópula haya sido obtenida -mediante la violencia física o moral- según establece el artículo 265 del Código Penal Federal. Encontramos un diverso ejemplo de cómo los medios utilizados agravan una conducta, en el delito de robo cometido -por medio de la violencia física o moral- como se aprecia en los artículos 372 y 373 del Código Penal Federal.

3.7. Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión del evento típico.

Dichas circunstancias son aquellas destinadas a la determinación específica del ámbito social de la tipicidad. Estas expresiones tienden a precisar el injusto. Sin ellas, no sería posible la atribución de la acción al tipo que las contiene, ni tampoco matizar y graduar consecuentemente los delitos en el Código Penal.

Son referencias o modalidades de lugar, de tiempo o de ocasión, cuya ausencia puede traer como consecuencia la inexistencia de la tipicidad

¹⁴³ Amparo directo 824/57. J. Jesús López Ramírez. 28 de octubre de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta época, volumen XVI, segunda parte, p.133.

de la acción o de la omisión; así por ejemplo el artículo 329 del Código Penal Federal, señala que aborto es la muerte del producto de la concepción -en cualquier momento de la preñez- estableciendo con ello una circunstancia de tiempo. Otro ejemplo lo tenemos en el artículo 285 del Código Penal Federal que alude al delito de allanamiento de morada, donde se precisa que el sujeto activo se introduzca a un -departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada- estableciendo una circunstancia de lugar.

Existen otros caso, en los cuales, la concurrencia de esa modalidad, le da diversa relevancia a la conducta, así por ejemplo, cuenta con una penalidad agravada el robo cometido en un -lugar cerrado- según lo establece la fracción I del artículo 381 del Código Penal Federal.

En la mayoría de los casos, no se exige modalidad alguna, como se aprecia en los delitos de homicidio o lesiones, que pueden producirse en cualquier lugar o momento.

3.8. Los elementos normativos.

Los elementos normativos como también se precisará en líneas posteriores requieren de una valoración, como acontece en algunas ocasiones en que se hace necesario insertar juicios normativos del hecho para tipificar una conducta y así poder efectuar una evaluación especial de la conducta plasmada en el tipo penal, *“se trata de*

elementos que sólo pueden ser determinados mediante una especial evaluación de hecho”.¹⁴⁴

Los elementos objetivos, refiere Bustos Ramírez,¹⁴⁵ pueden clasificarse en elementos *descriptivos* y elementos *normativos o valorativos*. Los descriptivos son aquellos que pueden ser aprehendidos o comprendidos sólo con percepción sensorial. Los elementos normativos son aquellos que sólo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo. Para su comprensión se necesita un complemento de carácter socio-cultural general.

Los elementos normativos, que han de ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho, por parte del aplicador de la ley, ya sea esta valoración jurídica, es decir, que se desprenda de una norma, o bien cultural, cuando no se requiera de una norma para su estimación, sino que aluda a aspectos de la determinada cultura de la que provenga el concepto.

Cabe hacer mención que, al requerir de una valoración, los elementos normativos pueden generar incertidumbre en cuanto a su existencia y afectar a la función de garantía del tipo penal. El contenido de un elemento normativo está sujeto a un previo juicio valorativo y, como todo juicio valorativo, tiene el peligro de la indeterminación y del subjetivismo.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ CAMPOS, Carlos. Monsreal Campos, Liborio, Coaut. *Op. cit.*, nota 135, p. 41.

¹⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HIRMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Op. cit.*, nota 78, p. 46.

Por ejemplo, en el delito de robo tendrá el carácter de típico, en tanto el apoderamiento se realice sobre una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella conforme a la ley, según se desprende de la disposición consagrada en el artículo 367 del Código Penal Federal.

Así se vincula la acción concreta realizada y la descrita en el tipo, tomándose en cuenta éstos elementos normativos y, por tanto, la determinación del sentido o significación del comportamiento concreto son indispensables para establecer su tipicidad o atipicidad.

3.9. Los elementos subjetivos específicos.

Uno de los problemas que se resuelven con la teoría de la acción finalista, es la relativa a los elementos subjetivos específicos, que aluden, a aquellos ánimos, deseos, propósitos o intenciones, contemplados en la descripción típica, que hay que acreditar además del dolo. Esto, ya que dichos elementos, aparecen sólo el tipos dolosos y al conformar estos parte del tipo penal, para proceder a su análisis, es indispensable verificar que nos encontramos precisamente ante un tipo doloso, esto ya que dichos elementos sólo pueden analizarse si previamente se constató la existencia del dolo.

Los elementos subjetivos, atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno de la psique del autor; los tipos contienen elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita, generalmente se enuncian con el uso de expresiones como - voluntariamente, con intención, intencionalmente, maliciosamente,

deliberadamente, a sabiendas, a propósito, con la finalidad de u otra expresión similar que aluda a un animo específico. Así, encontramos, como ejemplo de delitos que incluyen elementos subjetivos: El de privación de la libertad con propósitos sexuales, previsto en el artículo 365 bis. del Código Penal Federal, por su parte el artículo 388 bis., establece la sanción para el que se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir las obligaciones a su cargo con respecto a sus acreedores; así mismo, el artículo 400 fracción I del Código Penal Federal, señala como elemento subjetivo para el autor del encubrimiento por receptación, el ánimo de lucro.

3.10. Las demás circunstancias que la ley señala.

Cuando el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales utiliza la expresión -las demás circunstancias que la ley señala-, da pie a la discrecionalidad, a efecto de considerar cualquier otra circunstancia particular, que en determinado momento, pudiese contener un determinado tipo penal. Este tipo de frases, tan abiertas, dan posibilidad al uso diferenciado del contenido de un precepto, en base a criterios y estimaciones de aquel que aplica la norma, situación que no resulta muy afortunada si lo que se pretende es contar con normas precisas y cerrada.

4. Análisis de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el marco legal del los elementos del tipo.

En la iniciativa de reforma, por lo que se refiere al libramiento de la orden de aprehensión contenida en el artículo 16 constitucional, se mencionó que con ella se proponía una mejor técnica legislativa, que otorgara mayor claridad al citado numeral, señalando:

“Las iniciativas materia del presente dictamen tienen como objetivos, buscar el perfeccionamiento de nuestras garantías individuales, la consecuente salvaguarda de los derechos humanos en materia de procedimientos penales considerando los ámbitos legítimos de actuación de la autoridad, tanto en etapa indagatoria y persecutoria de los delitos como en la etapa propiamente jurisdiccional de todo el procedimiento de este orden...”¹⁴⁶

En relación al artículo 16 segundo párrafo, exponen:

“f).- Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden de aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que deben de acreditarse para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecer que deberán haber “datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la presunta responsabilidad del 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, pues la mención de pruebas se refiere solo al aspecto de la presunta responsabilidad. Además, de acuerdo con lo que se propone para el artículo 19, la orden

¹⁴⁶ Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Año II, no 3, 1993, p. 13.

de aprehensión, debe tener los mismos requisitos que el auto de formal prisión.

Por ello tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucionales, se busca precisar conceptos que en lo procesal se vinculen de mejor manera con la teoría del derecho penal sustantivo, de modo tal que ambas ramas jurídicas actúen como brazos articulados de una misma política penal del Estado mexicano y no como teorías disociadas, en ocasiones esto ha generado distancias considerables y, hasta contradictorias innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal... ”¹⁴⁷

En relación al artículo 19 constitucional, respecto a los requisitos que han de acreditarse para el libramiento de un auto de formal prisión se expresó que:

“b).- La necesidad de hacer compatible los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión, o en su caso, con el de sujeción a proceso, a fin de superar el ambiguo término de “cuerpo del delito” por el de “elementos que integran el tipo penal”, con ello se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso. De esta manera se fortalece la seguridad jurídica de los gobernados, al aclararse la obligación, por parte de la autoridad, de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculcado ”.¹⁴⁸

Haciéndose patente el hecho de que con la reforma, al clarificarse los requisitos a considerarse por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se reforzó la seguridad jurídica de las personas, de manera comparativa se esquematiza así:

¹⁴⁷ *Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Año II No 3, 1993, pp. 13 y 14.*

¹⁴⁸ *Ibidem, p.16.*

ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL

ANTES DE LA REFORMA:	DESPUÉS DE LA REFORMA:
<p><i>“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”.</i></p>	<p><i>“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 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 haga probable la responsabilidad de éste”.</i></p>

<p><i>ANTES:</i></p> <p><i>Se desprendía la necesidad de precisar:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ <i>El delito que se impute;</i> ➤ <i>Los elementos que constituyen el delito;</i> ➤ <i>Lugar, tiempo y circunstancias de ejecución;</i> ➤ <i>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.</i> 	<p><i>DESPUÉS:</i></p> <p><i>Se requería precisar:</i> ¹⁴⁹</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ <i>Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y haga probable la responsabilidad de éste.</i>
--	--

¹⁴⁹ No se menciona la necesidad de precisar el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, al conformar elementos del tipo penal.

Tras las reformas constitucionales, se consideró que el siguiente paso debía ser las reformas procesales, expresando: *“es imperioso actualizar la legislación que versa sobre la materia penal federal y del Distrito Federal, para ajustarla a las reformas recientemente aprobadas de los artículos 16, 19, 20 y 119, así como a la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”*.¹⁵⁰ Mas, no obstante que se consideró la necesidad de dicha reforma en el menor tiempo posible, no fue sino hasta el 10 de Enero de 1994, que se efectuó la adecuación de la legislación secundaria, quedando, durante ese tiempo, en el aire la definición de los elementos del tipo, situación que derivó en el uso discrecional de la interpretación y cada quien tenía su propio concepto de tipo penal, dando pie a situaciones como la que enseguida se narra:

En septiembre de 1993, la Procuraduría General de la República emitió un instructivo, en el que se indicaba a los agentes del Ministerio Público lo que deberían entender por elementos del tipo penal, expresando que mientras la ley secundaria no lo precisara *“habría que entender por “elementos del tipo” aquellos que tradicionalmente han dado contenido al “cuerpo del delito”, en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales”*.¹⁵¹

A este respecto Moreno Hernández, comentó:

¹⁵⁰ *Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión*, año III, no. 11, 1993, p. 861.

¹⁵¹ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés “Comentarios, Reformas al Código Penal”. *Criminalia*, año LX, no. 1, Enero – Abril, 1994, p. 2.

*“El artículo 168, -como el 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal- establecía antes de la reformas que entraron en vigor en 1984, que el cuerpo del delito se integraba sólo de los elementos materiales u objetivos del delito, concepción que se corresponde con la idea mas tradicional del tipo penal, aunque de dicho contenido no se derivaba necesariamente la vinculación con este concepto. Con la reforma de 1984 se estableció ya una equiparación entre el contenido del cuerpo del delito y el del tipo penal, al establecerse que “el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal”. Pero si bien el nuevo contenido de esta disposición constituía un material muy importante para la doctrina, ya que permitía la aplicación de criterios diversos para la interpretación, para los efectos prácticos no representó un cambio determinante, pues para algunos venía a ser lo mismo. Cada quien tenía su propio concepto de tipo penal y, por ello, cada quien le daba el contenido que quería; observándose sin embargo, que la gran mayoría seguía manteniendo el criterio de que el tipo penal se integra sólo de elementos objetivos, tal como sucedía antes de dichas reformas, y sólo algunos admitían que, excepcionalmente ciertos tipos se integraban, además de los elementos objetivos también de elementos subjetivos distintos al dolo, cuando el tipo penal así lo exigiera expresamente; y eran todavía mas escasos quienes, además de esos elementos admitían que el dolo y la culpa constituían igualmente partes integrantes del tipo penal y, por lo tanto, también había que analizarlos para efectos de determinar la existencia de los elementos del cuerpo del delito. Esto último venía a ser la excepción tanto en la teoría como en la práctica”.*¹⁵²

Con lo hasta aquí analizado podemos concluir que la figura de cuerpo del delito, imperante antes de las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales, es menos garantizadora, tanto del derecho a la

¹⁵² MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Comentarios. Reformas al Código Penal” *Criminalia*. Porrúa, año LX, no. 1, enero – abril, 1994, pp. 25 y 26.

libertad personal, como de la seguridad jurídica, en cambio la de elementos del tipo, protege con mayor amplitud estos derechos, en razón de que se precisaron los extremos de prueba a acreditar por la autoridad para motivar la afectación de la libertad personal, estableciéndose el requisito de acreditar cada uno de los elementos del tipo penal, debiéndose probar la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido, la forma de intervención de los sujetos activos, la realización dolosa o culposa de la acción u omisión; si el tipo lo requiere: Las calidades del sujeto activo y pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos, así como de las demás circunstancias que la ley previera. De ahí que a la figura de elementos del tipo penal, se le considere – más garantista- y esto implica que es más eficaz como un freno al actuar arbitrario del Estado, en defensa de los derechos de los ciudadanos y lo aproxima a un Estado de derecho; pues, retomando a Zaffaroni: *“La contención y reducción del poder punitivo planificada para el uso judicial por el derecho penal, impulsa el progreso del Estado de derecho”*.

Este avance para las garantías consagradas a favor de las personas, al llevar aparejado para el Estado una determinada prohibición de lesionar el derecho de libertad, lo obligaba a cubrir mayores requisitos para afectar la libertad de una persona. Ante esto, pronto surgieron los reclamos esgrimiendo que se le imponían obstáculos al Estado para el

desempeño de sus funciones, utilizándose como argumentos, la necesidad de combatir la delincuencia y de proveer de seguridad a la ciudadanía.

A continuación, para ilustrar el criterio de la procuraduría en relación al tema, transcribo parte de las palabras de Jorge Madrazo, ex-Procurador General de la República,¹⁵³ como un indicativo del criterio de la citada institución de procuración, en el momento histórico previo a la reforma, respecto a la vigencia del concepto de elementos del tipo y en apoyo a la propuesta de reforma tendiente reincorporar el término de cuerpo del delito:

“Con la enmienda de los dos primeros artículos constitucionales citados, es decir, del 16 y del 19, se busca contar con un sistema de enjuiciamiento penal que verdaderamente genere un balance y un equilibrio entre los derechos que corresponden a los presuntos responsables, a las víctimas u ofendidos y a la sociedad en general.

Al mismo tiempo, la iniciativa de reformas pretende definir, aclarar y precisar de manera más nítida lo que dentro de los procedimientos penales toca a los jueces y lo que corresponde al Ministerio Público, ubicando a este último como una instancia de acusación y no como una especie de juez de instrucción que no es”.

Del argumento hasta aquí vertido por el entonces Procurador General de la República, podemos desprender que sostiene la posibilidad de que al retomarse el concepto de cuerpo del delito puede mantenerse el *-equilibrio entre los derechos que corresponden a los presuntos*

¹⁵³ MADRAZO, Jorge. Palabras del Procurador General de la República, pronunciadas en el “Foro nacional en materia de seguridad pública, procuración y administración de justicia”, Monterrey Nuevo León, el 23 de febrero de 1998, *derecho penalonline, espacio para el intercambio de ideas sobre derecho penal y criminología de Argentina para Latinoamérica*, <http://www.derechopenalonline.com/nuevo.htm>.

responsables, a las víctimas u ofendidos y a la sociedad en general-. A este respecto, me permito cuestionar la validez de esa premisa con la siguiente pregunta ¿no son los “*presuntos responsables*” parte integrante de la sociedad? Si la respuesta es afirmativa, entonces, ¿Cómo puede restringirse la garantía al derecho de libertad de una parte del todo –*presuntos responsables-* sin que esto afecte a la totalidad –*sociedad-* en sí? No parece posible.

El discurso del ex-Procurador, continuó en este tenor:

“Lo anterior significa un avance del sistema penal democrático que define el caudal probatorio que deberá un juez tener presente para dictar una orden de aprehensión, un auto de formal prisión y una sentencia condenatoria”.

En este sentido, cabe la pregunta de ¿cómo considerar un avance del sistema penal democrático el ampliar el ámbito de actuación del Estado ante los particulares, si al mismo tiempo se restringe a estos la garantía de sus derechos? Parece difícil, precisamente porque en un Estado democrático, la potestad punitiva del Estado, frente a las personas esta limitada para salvaguardar sus derechos.

Las manifestaciones en defensa de una reforma procesal siguieron esa misma línea, al mencionar que:

“Un nuevo sistema de enjuiciamiento penal como el que se pretende, armoniza las garantías del debido proceso legal con la reparación del daño a las víctimas, y con la legítima pretensión de la sociedad de castigar a los delincuentes que la han agraviado y ofendido. Al propio tiempo, contribuyen a desterrar del seno social, sentimiento de incertidumbre, de temor, y aún, de venganza.

Como hace poco decía el señor procurador de Coahuila: "El cuerpo que mas extrañamos los procuradores de este país, es el cuerpo del delito".

Con las reformas de 1993 que modificaron la expresión "cuerpo del delito" por "elementos del tipo penal", nuestro sistema de enjuiciamiento tuvo un cambio extraordinariamente radical que deja al Ministerio Público, no como un fiscal, no como un órgano de acusación, sino como un verdadero juez de instrucción, ése no es el sistema diseñado por el constituyente del 17...

Así las cosas, resulta que antes de la reforma de referencia -hace alusión a la reforma de 93- el criterio para integrar el entonces llamado "cuerpo del delito" era el de tomar en cuenta solamente los denominados elementos objetivos, o sea, aquéllos tendientes a demostrar la existencia del hecho delictivo desde un plano meramente externo, perceptible tácticamente.

Fue precisamente en esta tesitura que llegó a establecerse el criterio jurisprudencialmente correspondiente que concebía al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos o externos, constitutivos de la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Ahora, en cambio -dice esta resolución- con la aludida reforma -la de 93- con la expresión "elementos del tipo penal", se entiende que dichos elementos comprenden tanto aspectos objetivos como también los subjetivos.

De tal manera que del acreditamiento de los elementos del tipo penal deberán tomarse en cuenta, según el caso, la existencia de una acción u omisión, que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro, dos, la forma de intervención del sujeto activo; tres, si la acción u omisión fue dolosa o culposa; cuatro, la calidad de los sujetos activo y pasivo; cinco, el objeto material; seis -perdón- el objeto material; siete, los medios utilizados; ocho, la circunstancia de lugar: tiempo, modo y ocasión; nueve, los elementos normativos; diez, los elementos subjetivos específicos; y once, las demás circunstancias que la ley prevea y entre las que se encuentran, precisamente, las modificativas, atenuantes y agravantes.

Esto es lo que ahora el Ministerio Público necesita para poder consignar una averiguación previa.

¿En qué ha consistido este cambio radical? En que ahora el Ministerio Público -como órgano de acusación que es- no debe acreditar una causa probable del delito, sino tiene que probar que el delito se cometió. Y esto es lo que nos tiene en una situación tan desventajosa en la persecución de una delincuencia cada día más organizada y cada día más beligerante”.

En el texto anterior se sostiene que la Procuraduría esta en una posición desventajosa para la persecución de la delincuencia *-porque tiene que probar que el delito se cometió.-* No obstante, lo menos que se le puede pedir a la institución encargada de la investigación de los delitos, en el marco de un Estado de derecho, es que se pruebe que el delito se cometió *-antes-* de afectar la esfera de la libertad de las personas. Pues de no ser así peligraría el Estado de derecho, aproximándose a uno autoritario, en el que primero se detiene a la persona y después se averigua si se cometió o no un delito.

Los comentarios en mención, vertidos en el *Foro nacional en materia de seguridad pública, procuración y administración de justicia*, fueron concluidos de la siguiente forma:

“Es lo que hemos hecho. Señores que dicen que ahora pretendemos limitar las garantías individuales. Estamos tratando de que en el artículo 16 y 19 se establezca lo que la jurisprudencia de la Corte entendió por "cuerpo del delito" nada más y nada menos.

Creo que los seguidores de la tesis finalista y la causalista pueden seguir discutiendo otros sesenta años, pero me gustaría que tuvieran que enfrentar a la delincuencia de hoy para saber cómo tienen que resolverse las cosas...El sagrado derecho a la defensa no puede convertirse en la puerta legalizada para evadir la acción de la justicia”.

Esta línea discursiva, implica un riesgo para la concreción de un Estado de derecho, en la medida en que devela, no sólo la limitación de los derechos ciudadanos bajo la justificación de que *es necesario para enfrentar la delincuencia*, sino que es indicativo de una instrumentalización de estos derechos y de sus correspondientes garantías, para reducir los límites del Estado en el ejercicio de su poder punitivo, de tal suerte que lo que se legaliza, no es *la puerta para evadir la acción de la justicia*, sino la más fácil intervención del Estado en la esfera de los particulares.

Lo anterior se concluye, ya que uno de los aspectos que permite distinguir a un Estado de derecho de otro que no lo es, es precisamente que, el primero de ellos, como se analizó en el capítulo primero de este trabajo, está constitucionalmente impedido para ejercer arbitrariamente el poder. De ahí que si en un Estado de derecho, el derecho tiene como una de sus funciones primordiales, la de regular el poder que ejerce el Estado en contra de los ciudadanos -a efecto de evitar el abuso de autoridad- y en vez de contener este poder lo amplia, se aleja de ese modelo de Estado. De ahí lo atinado de la afirmación de Correas, en el sentido de que *“preguntarse por la función, es una manera de preguntarse las causas del derecho”*.¹⁵⁴ Ahora bien, si la causa de que el derecho diga lo que dice consiste en la necesidad de que se cumpla una determinada función, sin que la norma cumpla la función que supuestamente justifica su vigencia, se

¹⁵⁴ CORREAS, Oscar. *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo socioeconómico*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Doctrinales, México, 1993, p. 13.

trata de una norma que carece totalmente de coherencia. Por tanto si no cumple su función, se trata de un derecho ineficaz.

En esta línea discursiva, parece quererse disociar el problema teórico del problema práctico, situación que no es posible, precisamente por que la referencia teórica esta inmersa en la creación legislativa de las normas que luego sirven para guiar el procedimiento penal y de las cuales emana un acto que afecta la libertad de una persona, ya sea a través una orden de aprehensión, o mediante un auto de formal prisión, *“olvidando con ello que negada la aplicación de la dogmática, de obtiene la negación de la función garantizadora de ésta”*.¹⁵⁵

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, nota 114, p. 49.

CAPITULO IV. Implicaciones de la actual conceptualización del cuerpo del delito, como un híbrido entre los anteriores conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal, en el procedimiento penal federal, a partir de las reformas constitucionales de 1999.

En el siguiente apartado se analizan los elementos que conforman la figura de cuerpo del delito a raíz de las reformas en cuestión.

1. Elementos del cuerpo del delito dentro del nuevo marco legal.

Después de las reformas realizadas por el legislador a la Constitución, que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el lunes 8 de marzo de 1999, los preceptos constitucionales que nos ocupan, quedaron como sigue:¹⁵⁶

“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”.

De la redacción del numeral constitucional en comento podemos desprender que se sustituyó la frase: *“que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal”*, por la de *“que existan datos que acrediten el cuerpo del delito”*.

Por su parte el párrafo primero del artículo 19 constitucional, después de las reformas de 1999, quedó con la siguiente redacción:

¹⁵⁶ Diario Oficial de la Federación. 8 de marzo de 1999.

“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”.

Sustituyéndose con ello no sólo un término por otro, sino variándose también las exigencias de fondo para la emisión de un auto de formal prisión. Pues si bien, tanto la acreditación del cuerpo del delito, como de los elementos del tipo penal, constituyen requisitos para el libramiento de un auto de formal prisión, el contenido de cada uno de ellos y por tanto los elementos a acreditarse por parte de la autoridad ministerial, son diferentes. Siendo inferiores los extremos a probar en el caso del cuerpo del delito.

Como era de imaginarse, seguida a la reforma constitucional, tuvo lugar la reforma procesal, por lo que a partir del 18 de mayo de 1999,¹⁵⁷ el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales expresaba:

“Artículo 168 Código Federal de Procedimientos Penales. 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 externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito...”

¹⁵⁷ Diario Oficial de la Federación. 18 de mayo de 1999.

En dicho precepto, el legislador secundario ya expresa que es, específicamente, lo que ha de entenderse por cuerpo del delito. Hasta aquí, tal parece que se retoma el antiguo concepto de cuerpo del delito, requiriéndose sólo de los elementos objetivos por parte del Ministerio Público para obtener del juez la orden de aprehensión contra el indiciado y lo mismo para que el Juez dicte el auto de formal prisión, pues recordemos que bajo el enfoque causalista se estudiaba primero a los elementos objetivos, luego la antijuridicidad y finalmente la culpabilidad donde se incluía al dolo. Esto, a diferencia del finalismo, en que si bien primeramente se analizaba el tipo objetivo, el siguiente paso era el estudio del tipo subjetivo, en el que se analizaba el dolo, luego la antijuridicidad y al último la culpabilidad.

Posterior al análisis de los elementos objetivos, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en su párrafo tercero, dispone analizar la probable responsabilidad, al indicar:¹⁵⁸

“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”.

Bajo esta sistemática, la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando:

- Se deduzca su participación en el delito;
- se deduzca la comisión dolosa o culposa del mismo;

¹⁵⁸ *Idem.*

➤ que no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud,

➤ o que no exista acreditada a favor del indiciado alguna excluyente de culpabilidad.

Ahora bien, antes de analizar el contenido del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, es preciso mencionar el contenido del artículo 134¹⁵⁹ del Código adjetivo de referencia, mismo que alude a los elementos subjetivos específicos, señalando:

“Artículo 134. En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales en la que se expresará además, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos, cuando la descripción típica lo requiera y las otras circunstancias que la ley prevea. Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustarán a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código”.

Del contenido de dicho numeral se desprende una distinción básica entre el cuerpo del delito, existente hasta antes de que en 1993 se reformaran los artículos 16 y 19 constitucionales y el cuerpo del delito emanado de las reformas a la Constitución de 1999, que se analizan en este capítulo. Esto, ya que si bien la primera conceptualización de

¹⁵⁹ *Idem.*

cuerpo del delito podía identificarse con el causalismo, la figura actual no en su totalidad, ya que retoma elementos del finalismo, es decir, no se analiza sólo lo que se conoce como tipo objetivo (conformado de elementos materiales o externos), sino que incluye también subjetivos (finalismo) quedando el dolo fuera del tipo y dentro de la responsabilidad (como en el causalismo), pero analizándose después de los elementos objetivos y antes de la antijuridicidad (conservando parcialmente el orden del finalismo), quedando conformado así por elementos de ambas corrientes teóricas.

1.1. Estudio de los elementos objetivos o externos como parte de la materialidad del hecho delictivo.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer que se entiende por cuerpo del delito, alude al “*conjunto de los elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito...*”

Dentro de estos, en principio, aparece la conducta, a la que hace referencia el artículo 7º del Código Penal Federal, ya sea como acción o como omisión, con una diferencia fundamental a la conducta analizada dentro de los elementos del tipo penal antes de la reforma, pues si bien se sigue hablando de una conducta humana voluntaria, esta conducta no tiene inmersa la finalidad que se apreciaba dentro elementos integrantes del tipo penal, en forma de dolo o culpa.

Así, en tanto la acción se refiere a un movimiento corporal voluntario, que produzca un resultado ya sea material o jurídico, que implique el deber jurídico de no obrar; la omisión consiste en la abstención

voluntaria de hacer algo, que genere un resultado ya sea formal o material y que implique el deber jurídico de obrar; en este último caso, se actualiza la hipótesis de comisión por omisión, si se concreta lo dispuesto el artículo 7º del Código Penal Federal, que establece que: *“En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo si este tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerara 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”*. En este caso, se considera que el resultado es consecuencia de la conducta omisiva cuando, como se señala en dicho precepto, el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, ya sea derivado de una ley, es decir cuando el deber de evitar el resultado surge de una disposición legal; de un contrato, cuando la obligación de evitar el resultado nace de un contrato, o del actuar precedente del agente, es decir, cuando este con su conducta, ha dado lugar al peligro inminente del resultado típico, tiene la obligación de impedirlo.

El contenido del artículo 7º del Código Penal Federal, se encuentra vinculado a lo dispuesto por el artículo 15 del citado ordenamiento en su fracción I, en razón de que, al establecer que el delito se excluye cuando el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, hace patente lo que a nivel dogmático ha quedado claro, tanto en el causalismo, como en el finalismo y es que la conducta debe ser voluntaria, pues en caso de que el hecho se verifique sin la intervención de tal voluntad, se habla de una ausencia de conducta.

Si bien la ley no establece en que casos la conducta se realiza sin intervención de la voluntad, a nivel doctrinario se ha entendido que puede ser por: Fuerza física exterior irresistible proveniente de naturaleza humana (*vis absoluta*), por una fuerza física exterior irresistible no humana o natural (*vis maior*), movimientos reflejos, sueño, sonambulismo, por ser actos que escapan al control del individuo.

Por *vis absoluta*, se entiende una fuerza exterior irresistible de naturaleza humana que hace que el sujeto realice o se abstenga de realizar movimientos corporales, es decir, “*el sujeto productor, actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirlo*”,¹⁶⁰ la *vis maior* “*es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, sub humana*,”¹⁶¹ los movimientos reflejos consisten en un enervamiento muscular que produce un movimiento de ejecución involuntaria para el agente; así mismo, el sueño y el sonambulismo como estados psicofisiológicos que disminuyen fuertemente la conciencia, eliminan la voluntabilidad.

Hasta aquí, podemos apreciar que los elementos que integran la conducta, son los mismos que en el causalismo, es decir, acción u omisión, nexo causal y resultado, y si bien parecen coincidir con la

¹⁶⁰ MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *Lineamientos elementales de la teoría general del delito*. Porrúa, México, 2000, p. 34.

¹⁶¹ PORTE PETIT Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*. Decimoctava edición, Porrúa, México, 1999, p. 234.

fase externa de la conducta en el finalismo, difiere fundamentalmente porque la conducta finalista no es ciega, sino que es precisamente la ejecución de los medios para conseguir el fin, que lleva a un resultado, ya sea previsto o concomitante a la conducta y un nexo entre ambos.

Ahora bien, por lo que hace al nexo existente entre la conducta y el resultado, la corriente aceptada, sigue siendo la de la *conditio sine qua non*,¹⁶² que se ve expresada en el criterio que a continuación se menciona:

*“NEXO DE CAUSALIDAD. Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad”.*¹⁶³

Por lo que en cuanto a la corriente teórica a la que se apega actualmente el análisis de la conducta, puede inferirse que es el causalismo.

¹⁶² Cfr: página 32, capítulo II de este trabajo.

¹⁶³ Tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Amparo directo 485/94. Andrés Béjar Méndez. 1o. de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Ángel Torres Zamarrón. Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava época, tomo XV-II febrero, tesis: IV.3o.144, p. 415. Tesis Aislada.

Por lo que hace al resto de los elementos objetivos, al no estar previsto en la ley cuáles son, se requiere una interpretación al respecto, por lo que en la práctica, se siguen acreditando aquellos elementos a los que aludía el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales cuando se seguía el enfoque finalista, por lo que, además de existencia de la acción u omisión, el resultado ya sea material o formal, el nexo entre ambos, la lesión o puesta en peligro el bien jurídico, ha de acreditarse si así lo requiere la figura descrita como delito, las referencias y modalidades que pueden ser en cuanto a sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico, que es el ente en el que recae la actividad, así como las modalidades de la conducta como son lugar, tiempo, modo y ocasión.

1.2. Los elementos normativos y subjetivos.

La acreditación de los elementos normativos, como parte integrante del cuerpo del delito, ha sido dispuesta por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, al señalar que *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.*¹⁶⁴

¹⁶⁴ Aquí destaca el uso de la palabra descripción típica por parte del legislador, que repite su uso en diversos artículos, haciendo evidente la necesidad de aplicar dicho concepto en la práctica jurídica.

Estos elementos normativos, son conceptos empleados por el legislador, requieren de una valoración ya sea jurídica y/o cultural que debe desentrañar el juzgador y su existencia ha sido aceptada en México por causalistas y finalistas.

Por lo que hace a los elementos subjetivos, si bien el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales no los menciona, el artículo 134 del ordenamiento en cita si alude a ellos, al establecer que cuando el Ministerio Público ejercite acción penal ante los tribunales, debe expresa los *elementos subjetivos específicos, cuando la descripción típica lo requiera.*

Esta mención, que aparece como un intento por salvar lo avanzado, no hace otra cosa que disimular como fueron dejados de lado, tanto a nivel de auto de formal prisión como de orden de aprehensión los elementos subjetivos y estableciendo sólo al Ministerio Público la obligación de *expresarlos* al momento de ejercitar acción penal, sin necesidad de *acreditarlos* plenamente, sin embargo al evidenciarse que en muchas ocasiones la norma en su contenido semántico alude a ánimos, deseos, propósitos o intenciones de los agentes del delito, se hace necesario su estudio para colmar el contenido de la norma. En este tenor se menciona un criterio emitido, incluso antes las reformas Constitucionales de 1993, en que se aludiría a los elementos del tipo, criterio que hacía patente la necesidad, en la práctica, de entrar a su análisis, al sostenerse:

“CULPA O DOLO, REPROCHE A TÍTULO DE. ES NECESARIO EL ESTUDIO DE ELEMENTOS ANÍMICOS O SUBJETIVOS PARA DETERMINARLO. El tribunal de alzada

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

ludendi, incompatible con el animus necandi u occidendi, propio del elemento volitivo del dolo en el homicidio, como con el ánimo de defensa característico de la excluyente de responsabilidad a que se refiere el artículo 15, fracción III, del Código Penal. El acerto contenido en el párrafo anterior es fuente de las siguientes conclusiones: Primera, en el caso a examen debe descartarse la legítima defensa, en atención a que el ofendido no agredió al acusado y éste no actuó con ánimo de defensa. Segunda, si el inculcado no tuvo en mente privar de la vida al ofendido, lógicamente deja de estructurarse el dolo, por la falta de concurrencia de su elemento volitivo. Tercera, el acusado incurrió en una grave imprudencia o negligencia, al conducir su broma a tal grado de realidad --pero siempre sin querer causar la muerte-- que desembocó en el tártago luctuoso, reprochable a título de culpa".¹⁶⁵

Criterios como el anterior, en el que se expresa la necesidad de estudiar además de elementos objetivos, los elementos subjetivos, hacen evidente lo imperioso de efectuar el análisis de estos elementos subjetivos. Por lo que, en la reforma de 1999 que nos ocupa, el legislador secundario optó por incluirlos, empleando la palabra –expresar- y no la de –acreditar-, al momento del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, reduciendo así una carga probatoria a dicha institución.

Del mismo modo, toda vez que el precepto en cuestión no alude a la obligación de la autoridad judicial de examinar y ni siquiera de mencionar dichos elementos en la orden de aprehensión, ni en el auto

¹⁶⁵ Amparo directo 3876/82. Fernando Chincoya Naranjo. 7 de abril de 1983. Mayoría de 3 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco. Disidente: Mario G. Rebolledo. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima época, volumen 169-174 segunda parte, p. 37. Tesis Aislada.

de formal prisión, puede interpretarse por dicha autoridad que puede ser omisa al respecto.

Esta situación queda de manifiesto, incluso en los cursos que se promueven para capacitar al personal ministerial, por ejemplo, en la conferencia impartida por López Muñoz, entonces Magistrado de Circuito, se sostuvo que *“el Ministerio Público en el pliego de consignación solo precisa citar los elementos subjetivos, en tanto el juez, en el auto de formal prisión, así como en la orden de aprehensión, debe ser omiso a ellos pues la ley no exige ni siquiera que se mencionen, ya que su estudio debe ser hasta sentencia”*.¹⁶⁶

Situación, ésta que libera grandemente de exigencias probatorias al Ministerio Público, pero que sin embargo, vulnera la seguridad jurídica de un ciudadano que puede verse afectado en su libertad personal, aún cuando el Juez de la causa tenga conciencia de que en el caso opera una excluyente por falta de elementos subjetivos.

Circunstancia, la antes mencionada que pone en gran riesgo a las personas acusadas de delitos que contienen estos elementos subjetivos, por que no pueden hacer valer las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, antes del juicio, por así disponerlo el mencionado artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, en este tipo de delitos, que de hecho, no son pocos, por ejemplo algunos de los delitos contenidos en el Código Penal Federal que contienen elementos subjetivos son el de

¹⁶⁶ LÓPEZ MUÑOZ, Hanz Eduardo. *“Repercusiones de las reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales”*. Video Conferencia. Sistema de Administración Tributaria y Sistema Nacional de Seguridad Pública, 1999.

sedición a que alude el artículo 130 del citado ordenamiento, asociación delictuosa, previsto por el artículo 164, el de contra la salud a que alude el artículo 195, coalición de servidores públicos, previsto por el numeral 216 del ordenamiento en cita, informes falsos a una autoridad que consagra el artículo 248 bis, hostigamiento sexual preceptuado en el artículo 259-bis., contra el estado civil que refiere el artículo 277, homicidio a propósito de un robo y homicidio a propósito de una violación a que alude el artículo 315 bis., privación de la libertad previsto en los artículos 365 bis y 366, posesión de objeto robado que contempla el artículo 368 bis., comercio de objetos robados mencionado en el numeral 368-ter., desmantelamiento de vehículo robado, a que alude el artículo 377, las hipótesis de fraude a que hacen referencia los artículos 388 y 388 bis., encubrimiento por receptación previsto por el artículo 400 fracción I, así como los delitos en materia de derechos de autor que se consagran en los artículos 424, 424 bis., 424 ter., 425 y 426, numerales todos del Código Penal Federal, entre otros.

1.3. La forma de intervención de los sujetos y la comisión dolosa o culposa de la conducta como partes de la responsabilidad penal.

Por disposición del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, la probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando:

- 1) De los medios probatorios existentes, se deduzca la *participación* de este en el delito,

2) se deduzca la *comisión dolosa o culposa* del mismo,

3) no exista acreditada a favor del indiciado alguna *causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad*.

Por lo que hace a la responsabilidad de indiciado, tanto a nivel de orden de aprehensión, como de auto de formal prisión, ha de acreditarse sólo de manera probable, como se desprende del numeral en cita, tal circunstancia, ha sido sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al señalar:

“AUTO DE FORMAL PRISIÓN. Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”.¹⁶⁷

Dentro de este rubro, se precisa encuadrar la forma de intervención del sujeto, en el hecho típico en estudio, de tal manera que los elementos probatorios existes, se pueda presumir que existió la intervención del sujeto en estudio, ya sea como autor o como partícipe, dentro de alguna de las figuras a que alude el artículo 13 del Código Penal Federal, lo que se necesita probar no de forma plena, sino probable.

¹⁶⁷ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Octava época: Amparo en revisión 35/89. Carlos Xilotl Ramírez. 16 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 84/89. José, Zeferino Raúl Jiménez Orea. 4 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 122/89. Luciano Cortés Bonilla y Toribio Meza Bonilla. 18 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 142/89. Alejandro Flores Herrera. 1o. de junio de 1989. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 222/89. Magdaleno Crisanto Zacuistl Caleco. 13 de julio de 1989. Unanimidad de votos. NOTA: Tesis VI.2o.J/28, Gaceta número 19-21, p. 162; *Semanario Judicial de la Federación*, tomo IV, segunda parte-2, p. 602.

Estas formas de intervención son las siguientes:

“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.

En el caso de las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis. del citado ordenamiento, que es de hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate, de acuerdo con la modalidad respectiva”.

Por lo que hace a la disposición contenida en el reformado artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de que de las pruebas existentes se *deduzca la comisión dolosa o culposa* (del agente) *en el delito*, podemos apreciar que también se ha variado el grado de exigencia probatoria en perjuicio del gobernado. Esto, ya que antes de las reformas de 1999, el dolo y la culpa eran analizados como elementos del tipo penal, por tanto, debían ser acreditados en cambio actualmente sólo requieren ser deducidos, como elementos de la probable responsabilidad.

En general, para determinar si la forma de comisión del delito por parte del agente es dolosa o culposa, ha de atenderse lo consagrado en

el artículo 8º del Código Penal Federal, que establece que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente, señalando, en el artículo 9º en que consiste el dolo, aludiendo a lo que se conoce como dolo directo, como en el que se da cuando el sujeto activo, conociendo los elementos del tipo penal, quiere la realización del hecho descrito por la ley; preceptuando, así mismo el denominado dolo indirecto que se dará cuando el activo, previendo como posible el resultado típico acepte la realización del hecho descrito por la ley. Del contenido del citado numeral se deduce que tanto el conocimiento de la ilicitud, como la previsibilidad del resultado, representan los elementos cognitivos del dolo, en tanto que el querer o el aceptar, son sus elementos volitivos.

En este punto es importante mencionar que, toda vez que con las reformas se retoma el análisis del dolo y la culpa como formas de culpabilidad, nos encontramos ante el problema metodológico de que los delitos que incluyen elementos subjetivos para su existencia, son siempre dolosos y si en un análisis sistemático, en sentencia debe entrarse primero al estudio del cuerpo del delito, donde ahora sí se precisa acreditar los elementos subjetivos, que no son otra cosa que un dolo específico, nos encontramos ante la incongruencia de acreditar primero lo que puede denominarse un dolo específico, que requiere previamente la prueba de un dolo genérico, antes, incluso, de probar éste plenamente.

Por lo que hace a la culpa, el artículo 9º del Código Penal Federal establece que -obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se

produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales-. De esta definición, se desprenden dos conceptos la previsibilidad y la prevenibilidad, el primero de ellos se refiere a la posibilidad del sujeto activo de prever, en sus especiales circunstancias y condiciones el resultado como consecuencia de su conducta; el segundo, en tanto, se refiere a la posibilidad del sujeto, en sus especiales circunstancias y condiciones, de prevenir el resultado. En este caso, la conducta será precisamente aquella con la que se concrete la violación del deber de cuidado, en cada situación concreta.

Ahora bien, pasemos al punto señalado por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en la última parte de su párrafo tercero alude a que -no exista acreditada a favor del indiciado alguna excluyente de culpabilidad- como uno de los elementos a acredita a nivel de probable responsabilidad.

Aquí, en principio, deviene la necesidad de examinar qué elementos conforman la culpabilidad, según establece el artículo 15 del Código Penal Federal respectivamente, pues ante su ausencia, nos encontraremos ante una excluyente de culpabilidad, estos elementos son:

- La imputabilidad (fracción VII),
- el conocimiento de la antijuridicidad (fracción VIII) y
- la exigibilidad de un comportamiento distinto (fracción IX).

Por lo que hace al primero de los elementos mencionados, la imputabilidad por disposición legal, ha de examinarse en sus dos

etapas, al señalarse en la fracción en cita que -al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender (momento cognitivo) el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo a esa comprensión (momento volitivo), en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado-, por ende la capacidad de culpabilidad se forma cuando el autor comprende lo ilícito y orienta su voluntad en ese sentido.¹⁶⁸

Esto implica que en el caso, se acredite la imputabilidad vista como capacidad de culpabilidad, por lo que se identifica conforme al esquema finalista y se aleja del causalista, en que la imputabilidad era capacidad de responsabilidad individual.

Otra cuestión que resulta importante resaltar es que bajo el esquema causalista, la imputabilidad es vista como un presupuesto de la culpabilidad, en tanto que en el finalismo es un elemento de esta, situación ésta última, que sigue imperando. No hay imputabilidad en el supuesto de que el sujeto padezca el trastorno mental por habérselo provocado el mismo, ya sea dolosa o culposamente, pues en ese caso nos encontraremos ante lo que se ha denominado una acción libre en su causa, y el autor responderá por el resultado siempre y cuando lo hubiese previsto y fuere previsible, tal y como lo establece la última parte del párrafo primero fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal.

Dentro del planteamiento que nos ocupa, cabe mencionar como el segundo de los elementos integrantes de la culpabilidad a *la*

¹⁶⁸ En el capítulo III se aprecia que ambos elementos forman parte de la imputabilidad según el esquema finalista.

posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado, que es mencionada en la fracción VIII del citado artículo 15 del Código Penal Federal, no es otra cosa que el conocimiento de la antijuridicidad, de que el hecho concreto es contrario a la norma.

El conocimiento de la antijuridicidad se excluye en el caso del error invencible de prohibición, que ataca la conciencia y certeza de la antijuridicidad, al señalar que -el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o por que crea que esta justificada su conducta.- En caso de que el error fuera vencible, el artículo 66 del Código Penal Federal contempla una penalidad disminuida, al señalarse una pena de hasta una tercera parte del delito de que se trate.

Dicho numeral, también contempla la hipótesis del error invencible de tipo, al señalar que -el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal-, en este caso se ataca el dolo, en cuanto integrante de la culpabilidad, pues éste implica el conocimiento de las circunstancias fácticas de la tipicidad, por lo que el error de tipo, es también una excluyente de culpabilidad; en este rubro es importante señalar que actualmente el Código Penal, maneja el error de tipo y el error de prohibición, a diferencia del causalismo en el que se habla de error de hecho y de derecho. No obstante, en el finalismo, el error de tipo invencible elimina al dolo como elemento del tipo penal, situación que no ocurre actualmente, pues el estudio del dolo se realiza a nivel de responsabilidad.

A efecto de ejemplificar, se alude a una ejecutoria, en la que opera un error de tipo en relación a una calidad específica en el sujeto pasivo, en el delito de violación equiparada, en base a la calidad específica de la pasivo de ser menor de edad, que señala:

*“VIOLACIÓN POR EQUIPARACIÓN. EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD POR INCULPABLE IGNORANCIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). La circunstancia de que el procesado creyera fundadamente que la ofendida en el delito de violación por equiparación fuera varios años mayor a los catorce que la legislación sustantiva penal del Estado de Nuevo León señala como máxima para la pasivo del delito, creencia obtenida principalmente por que físicamente ella aparentaba esa mayoría de edad, sin que él tuviera referencia alguna que lo hiciera suponer lo contrario, lo coloca en el caso de la excluyente de responsabilidad de inculpable ignorancia a que se refiere el artículo 12, fracción VI, del Código Penal del Estado de Nuevo León, que consiste en "ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar". La excluyente de responsabilidad referida, se sustenta en el principio adoptado por la ley penal, de que en los delitos que sólo admiten como forma de comisión la intencionalidad, la ausencia de dolo en el agente activo hacen que su conducta no sea culpable y, por ende, excluye su responsabilidad penal”.*¹⁶⁹

Por último, a este respecto, es importante destacar que si el error de tipo es vencible, deja subsistente la responsabilidad a título culposo, como se dispone en el artículo 66 del Código Penal Federal, en relación a la fracción VIII del artículo 15 del citado ordenamiento.

¹⁶⁹ Amparo directo 3686/80. Víctor Manuel Castillo Ortega. 13 de noviembre de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Víctor Ceja Villaseñor. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1980, Segunda parte, primera sala, Tesis 91, p. 47. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima época, volumen 139-144, segunda parte, p. 150. Tesis Aislada.

Como el tercero de los elementos que conforman a la culpabilidad, encontramos la exigibilidad de un comportamiento distinto al realizado, a que alude la fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal, es decir que no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, en virtud de no haber podido determinar su actuar, como ocurre en los casos de coacción psicológica y temor fundado o vis compulsiva.

2. El cuerpo del delito como un híbrido entre los anteriores conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal, en el procedimiento penal federal.

Después del análisis hasta aquí efectuado, se estima válido calificar a esta nueva figura de cuerpo del delito como un híbrido,¹⁷⁰ de los anteriores conceptos de cuerpo del delito –causalista- y elementos del tipo penal- finalista-, pues el estudio de los elementos que lo conforman, se efectúan de una forma mixta, como se ha analizado en líneas anteriores, pues mientras en el causalismo el cuerpo del delito se integra por elementos objetivos y normativos (y excepcionalmente subjetivos), el dolo y la culpa se analizan en la culpabilidad, en tanto para el finalismo, el tipo penal se integra de elementos objetivos, normativos y subjetivos, incluidos el dolo y la culpa y en la culpabilidad se toma en cuenta la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

¹⁷⁰ Del latín *hybrida*, se denomina así al producto de dos elementos de diferente naturaleza. Cfr. *Gran diccionario enciclopédico Espasa*, tomo 8, 1989, p. 2470; Milner, Richard. *Diccionario de la Evolución*, Barcelona, 1995.

La estructura adoptada en las reformas de 1999 en el vigente artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, alude primero a los elementos objetivos y descriptivos, que sí deben ser acreditados por el Ministerio Público al ejercitar acción penal como parte del cuerpo del delito, concordando con el enfoque causalista; además dicha autoridad, debe *–expresar–* la forma de realización de la conducta, así como los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera y las otras circunstancias que la ley prevea, de acuerdo a lo establecido en el artículo 134 del citado ordenamiento, en este sentido, tales elementos corresponden a la teoría finalista, pero en ella se analizan como elementos del tipo penal (actualmente se precisa expresar estos elementos y antes de las reformas debían ser acreditados); en tanto para la probable responsabilidad, se establece que se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca la 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; variándose aquí el grado de exigencia probatoria en cuanto a la forma de participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo ya ahora sólo precisa ser deducida de los medios probatorios existentes.

En este caso, la conformación híbrida, finalmente repercute a un nivel práctico en el procedimiento penal, pues al momento de aplicar la ley, se adopta una u otra corriente dependiendo de quién la interprete, llegándose a diferentes conclusiones, tales como incluir o no al dolo y a la culpa en la culpabilidad, o sólo en la responsabilidad o si al

expresarse los elementos subjetivos deben ser analizados o no, por ejemplo en los casos de tentativa. Por lo que el problema no radica sólo en que corriente teórica se siga, sino que implicaciones, procesalmente hablando, tiene a un nivel probatorio, al momento de invadir la esfera del derecho a la libertad de las personas, con el libramiento de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión, porque en la medida en que se reducen tanto los extremos de prueba, como el grado de exigencia probatoria a la autoridad, se disminuye la garantía al derecho a la libertad para las personas.

Otro problema radica en que, hoy por hoy, si bien una gran parte de los penalistas que adoptaron la corriente finalista, continúan manejándola en sus resoluciones, también otra gran parte de los funcionarios que laboraban durante el predominio de la teoría causalista siguen usándola, lo que permite a la autoridad resolver conforme a la teoría que más le parezca se restringe, también la seguridad jurídica, no por el uso de una corriente u otra, sino por lo que se exige acreditar según uno u otro criterio.

3. Análisis de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el nuevo marco legal de cuerpo del delito y su vinculación con el problema de la seguridad jurídica.

Como un último punto, se procede a análisis de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión bajo el nuevo marco legal de cuerpo del delito, efectuándose un estudio comparativo en relación a las exigencias contenidas tanto a

nivel constitucional, como en la legislación federal secundaria, antes y luego de 1993, así como después de 1999.

Para estos efectos, primeramente se analiza lo preceptuado en el artículo 16 constitucional, del que se desprenden los siguientes requisitos, que se enlistan para facilitar el estudio, mismos que son:

- Que debe ser librada por la autoridad judicial,
- que ha de estar precedida de denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito,
- que dicho delito este sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y,
- que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Por lo que hace al primero de los requisitos, relativo a que la orden de aprehensión debe ser librada por la autoridad judicial, esta es una exigencia que se conserva desde la promulgación de la constitución de 1917. En lo tocante al segundo de los requerimientos, únicamente varía en lo concerniente a la figura de la acusación, que existía antes y después de 1993, en tanto que en 1999 se suprime, conservándose sólo el requisito de que la orden de aprehensión ha de estar precedida de denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, así como modificándose la terminología empleada respecto del *hecho determinado la ley castigue con pena corporal*, pues ya para 1993, se alude a que el delito sea sancionado cuando menos con *pena privativa de libertad*. Siendo la distinción fundamental para el análisis que nos ocupa, que antes de 1993 el numeral en comento sólo pedía *la declaración bajo protesta, de persona digna de fe u por otros datos*

que hicieran probable la responsabilidad del inculpado para el libramiento de la orden de aprehensión; en cambio, con las reformas de 1993 se avanzó grandemente en lo tocante a tutelar el derecho a la libertad, al exigir la existencia de datos que acreditaran tanto los elementos integrantes del tipo penal, como la probable responsabilidad.

Esto fundamentalmente por que antes de las reformas si bien se acreditaba la probable responsabilidad, el dilema era ¿no resulta arbitrario privar de su libertad a una persona si no se acredita la existencia del delito? Si, porque el hablar de un hecho determinado, no es lo mismo que probar plenamente la existencia de cada uno de los elementos que integran una figura delictiva, situación que se subsanó con la exigencia constitucional de acreditar los elementos integrantes del tipo penal.

No obstante, con las reformas de 1999 se perdió parte de lo avanzado, al remplazarse el concepto de elementos del tipo, con todos los alcances que implica dicha expresión, por el de cuerpo del delito.

Esquemáticamente podría representarse de la siguiente manera:

ORDEN DE APREHENSIÓN

ANTES DE 1993	DESPUÉS DE 1993	DESPUÉS DE 1999
-----	Elementos de tipo.	Cuerpo del delito.
Probable	Probable	Probable
responsabilidad	responsabilidad.	responsabilidad.

Así mismo, en lo concerniente a los requisitos establecidos por el artículo 19 constitucional para la emisión de un auto de formal prisión, podemos señalar los siguientes:

- Ha de ser expedido por la autoridad judicial antes de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición,
- En el, se deben expresar:
 - El delito que se impute al acusado,
 - el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución,
 - 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.

En lo tocante al primero de los requisitos, antes de 1993, no se hacía referencia expresa a la autoridad judicial, sin embargo la interpretación era en ese sentido, pues de desprendía de forma tácita la referencia a ella, al aludirse al auto de formal prisión. Por lo que hace al término de setenta y dos horas para su emisión, esto varía en cuanto a la terminología, por que antes de 1993, se hablaba de tres días.

Ahora bien, en lo tocante al requerimiento exigido antes de 1993 en el sentido de que en el auto de formal prisión se expresara: *el delito que se le 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*, fue radicalmente modificado con la reforma que nos ocupa, exigiéndose

entonces, *datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le impute al detenido.*

Dicha reforma, envolvía una serie de implicaciones procesales, sobretodo en cuanto a las exigencias probatorias para el Ministerio Público. La primera de ellas, básicamente consiste en que con la reforma se exigió acreditar los elementos del tipo penal y, acreditar significa probar plenamente todos y cada uno de los elementos. La segunda de estas implicaciones consiste en que esta prueba debe llevarse acabo *–antes–* de imponer a una persona un acto que implica la restricción de su libertad personal.

Estas dos exigencias, se consideraron excesivas por el órgano encargado de la procuración de justicia, cuyos funcionarios continuamente se lamentaban de las reformas, argumentando que en un término de 48 horas no se podían integrar dichos elementos.

De ahí que, finalmente el 08 de marzo de 1999, por medio de un decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, se reformó entre otros, el artículo 19 constitucional que ahora alude nuevamente al *cuerpo del delito*, argumentándose que, con ello, se atendía *el legítimo y urgente reclamo ciudadano de seguridad pública*; pero olvidándose al mismo tiempo que se restringía la garantía de seguridad jurídica de las personas de no ser sometidas por el aparato penal, sin que la existencia de todos y cada uno de los elemento del tipo delictivo en cuestión quedasen, *primero*, debidamente comprobados.

Este ultimo párrafo destaca, en esencia, uno de los problemas más graves que presenta la reforma, pues con ella, el momento procesal de

realizar la prueba plena de todos y cada uno de los elementos que se conocen como integrantes del *tipo penal*,¹⁷¹ lo es hasta sentencia, es decir, después de haber sometido a una persona a las molestias que implica ser objeto de una orden de aprehensión, de un auto de formal prisión y por ende, a un proceso, y no al contrario, probándolo primero y luego imponiendo la molestia a la persona.

En efecto, si lo analizamos, con las reformas el Ministerio Público tiene exigencias mínimas, consistentes en aportar elementos probatorios que acrediten el cuerpo del delito, integrado de elementos objetivos y normativos, a probar sólo de modo indiciario la responsabilidad de la persona a la que se consigna, en el momento de ejercitar acción penal, debiendo sólo expresar la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera y las demás circunstancias que la ley prevea.

Asimismo, como no se establece en el citado numeral si la autoridad judicial tiene obligación de examinar y ni siquiera de mencionar dichos elementos en el auto de formal prisión, el juez podría, muy bien, analizarlos hasta sentencia. Esto puede desprenderse del citado artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en su párrafo segundo establece que:

¹⁷¹ Se utilizó la palabra tipo penal, como era entendida antes de la reforma, ya que, a nivel de sentencia, hay que acreditar cada uno de los elementos que lo conforman, aunque se aluda a él separadamente como cuerpo del delito, forma de intervención y dolo o culpa.

“No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal,¹⁷² el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpaado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo”.

Por ende, al hacer referencia a la palabra *después*, se entiende que no hay obligación a examinarlas en el auto de término constitucional, dejando, con ello, sin sentido la última parte del párrafo, pues para que le sirva a alguien acreditar una excluyente de delito ante el Ministerio Público, si el Juzgador no va a examinarla en el auto de Plazo constitucional.

Otro problema que aparece relacionado con el anterior, es que no puede alegarse la existencia de dicha excluyente a través de un incidente de libertad por desvanecimiento de datos, pues el artículo 422 del Código Penal Federal, establece solo dos hipótesis de procedencia: *“I.- Cuando en cualquier Estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezca plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, o II.- Cuando en cualquier Estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerados en el auto de formal prisión*

¹⁷² Artículo 15. *“El delito se excluye cuando: II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate”.*

para tener al detenido como presunto responsable". En los dos casos se habla de datos considerados en el auto de formal prisión y como la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos y demás circunstancias que la ley pueda prever, están considerados en el auto de término constitucional, su inexistencia tampoco puede atacarse por esa vía, por lo que ante su inexistencia, no le queda más remedio al procesado que esperar hasta que sean analizados en sentencia, situación que puede llevar meses e incluso años.

Escenarios como el examinado, hacen parecer que el Estado, para facilitar su actuación, quiere tener a las personas detenidas primero y después averiguar si hubo o no delito, pasando por alto que el proceso no debería ser para probar los elementos del tipo delictivo, sino para robustecer la hipótesis acusatoria, fundamentalmente en lo tocante a la responsabilidad del procesado, pero primordialmente es para darle oportunidad a este de defenderse de la acusación que se le hace, tal y como lo refiere Ferrajoli, al señalar que:

"El presupuesto de la pena, debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito, no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial, según la fórmula nulla poena et nulla culpa sine indicio. Al propio tiempo, para que el juicio no sea apodíctico, sino que se base en el control empírico, es preciso también que las hipótesis acusatorias, como exige la segunda condición, sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas

por pruebas y contrapruebas según la máxima nullum indicium sine probatione".¹⁷³

La mayor aflicción surge precisamente del enmascaramiento que se hace de las razones de Estado, que se muestran como requerimientos populares, blandiendo el estandarte de la defensa de la seguridad pública, situación que no se justifica, ni siquiera en el discurso del propio Estado, el cual a nivel jurisprudencial ha sostenido que la realización de la seguridad pública presupone el respeto de las garantías individuales, en tesis apreciable bajo el rubro: "*Seguridad pública. Su realización presupone el respeto al derecho y en especial de las garantías individuales*", en el que se sostiene:

"Sería inadmisibles en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución previene para corregir esas desviaciones. Consecuentemente, por el bien de la comunidad a la que se debe otorgar la seguridad pública, debe concluirse que resulta inadmisibles constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo".¹⁷⁴

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, nota 3, p. 37.

¹⁷⁴ Este, es visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época. Tomo III, marzo de 1996. Tesis: P. XXVI/96. p. 471. Tesis Aislada. Acción de inconstitucionalidad 1/96. Leonel Godoy Rangel y otros. 5 de marzo de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de marzo en curso, aprobó, con el número XXVI/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a once de marzo de mil novecientos noventa y seis. El texto íntegro dice así: "*Seguridad pública. Su realización presupone el respeto al derecho y en especial de las garantías*

Para analizar las implicaciones de esta nueva conceptualización concretamente en lo concerniente a la sustitución de la figura elementos del tipo penal, por la de cuerpo del delito, me permito, hacer uso de los mismos argumentos que fueron empleados en julio de 1993 por los legisladores, a lo largo de la exposición de motivos de la iniciativa de reformas al precepto constitucional en la que se

individuales. El análisis sistemático de los artículos 16, 21, 29, 89, fracción VI, 129 y 133, de la Constitución, así como 2o., 3o., 5o., 9o., 10, 13 y 15, de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; 1o., 2o., 3o., 10 y 11, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y 1o., 2o., 9o. y 10, de la Ley Orgánica de la Armada de México, se deduce que el Estado mexicano, a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, con la seguridad pública, deben coadyuvar a lograr los objetivos de ésta, traducidos en libertad, orden y paz pública, como condiciones imprescindibles para gozar de las garantías que la Constitución reconoce a los gobernados. El examen de los diferentes preceptos citados, con los demás elementos que permiten fijar su alcance, lleva a concluir que, jurídicamente, los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no sólo no se oponen sino se condicionan reciprocamente. No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías; de ahí que el Constituyente Originario y el Poder Reformador de la Constitución, hayan dado las bases para que equilibradamente y siempre en el estricto marco del derecho se puedan prevenir, remediar y eliminar o, al menos disminuir, significativamente, situaciones de violencia que como hechos notorios se ejercen en contra de las personas en su vida, libertad, posesiones, propiedades y derechos. Por ello, sería inadmisibles en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución previene para corregir esas desviaciones. Consecuentemente, por el bien de la comunidad a la que se debe otorgar la seguridad pública, debe concluirse que resulta inadmisibles constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo. Por tanto, debe establecerse el equilibrio entre ambos objetivos: defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas. Ello implica el rechazo a interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados o en multiplicación de las arbitrariedades de los gobernantes, en detrimento de la esfera de derecho de los gobernados”.

incorporó el concepto de elementos del tipo y se abandonó el de cuerpo del delito, en donde se señaló:¹⁷⁵

“Las iniciativas materia del presente dictamen tiene como objetivos, buscar el perfeccionamiento de nuestras garantías individuales, la consecuente salvaguarda de los derechos humanos en materia de procedimientos penales considerando los ámbitos legítimos de actuación de la autoridad, tanto en etapa indagatoria y persecutoria de los delitos como en la etapa propiamente jurisdiccional de todo el procedimiento de este orden...”

Es decir, cuando en 1993 se introdujo a nivel constitucional el término *elementos del tipo penal*, se habló del *perfeccionamiento* de garantías individuales y salvaguarda de los derechos humanos. De ahí, la pregunta obligada es: ¿al sustituirse dicho término por el de *cuerpo del delito* no se debilita lo que antes se perfeccionó? Haciendo uso estricto de los argumentos empleados en aquel entonces por nuestros diputados, la respuesta sería afirmativa.

Ahora bien, si con esta reforma se debilita nuestras garantías individuales y se hace vulnerable nuestro derecho a la libertad, podemos apreciar con facilidad cual es el objetivo que con ellas buscó colmar: ampliar el ámbito “*legítimo*” de actuación de la autoridad.

Más, como no se puede justificar una reforma diciendo que las garantías estorban a la autoridad del Estado, pues limitan su actuar arbitrario, se alude a esa reforma, a través de un discurso en el que, primero se habla de que la delincuencia ha venido aumentando a índices alarmantes u que se necesita combatir la impunidad; para

¹⁷⁵ *Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión*. Año II, número 03, 1993, p. 16.

posteriormente justificar el debilitamiento de las garantías individuales. De esta forma, se esgrime por los órganos encargados de procurar justicia que no se puede investigar y perseguir delitos de forma efectiva, a causa de los *-innumerables requisitos-* para lograr la aprehensión y formal procesamiento de un individuo.

De ahí que, en la exposición de motivos de la iniciativa se señale: *“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. Con lo se hace aparecer al derecho a la libertad como un obstáculo a la acción de la justicia, como si el aumento de la inseguridad y la impunidad fueran causadas por el cambio de concepto de cuerpo del delito al de elementos del tipo, al señalar: “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”.*¹⁷⁶

De este modo se propone como la salida viable a los problemas de impunidad y delincuencia la reforma, al indicar: *“La iniciativa que sometemos a la consideración de esta soberanía, propone flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener*

¹⁷⁶ “Iniciativa del ejecutivo”, *Diario de los Debates, Cámara de Senadores*, diciembre de 1997, p.4.

*una orden de aprehensión;*¹⁷⁷ pero argumentando, de forma contradictoria, que se conserva “*plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados por las garantías individuales*”.¹⁷⁸

Ciertamente no hay que olvidar que las garantías son límites reales al poder del Estado, y como tales, en la medida en que se reduzcan, nosotros, los propios ciudadanos nos hacemos más vulnerables frente a éste, que puede impunemente afectar nuestro derecho a la libertad, de forma completamente legal, pues la ley que se valida so pretexto de buscar la seguridad pública, tiene exigencias mínimas. Esto vale la pena reflexionarse, porque efectivamente, una orden de aprehensión o un auto de formal prisión emitidos en los términos estudiados, son legales pues están apegados a la constitución y a la legislación secundaria que se modificaron para volverlos legales, sin embargo, queda la posibilidad de cuestionar su legitimidad, *pues la misma fuerza que legitima para exigir la obediencia, asegura la potestad de los ciudadanos y ciudadanas -todavía más, de los sujetos humanos concretos- a cuestionar y reclamar una ilegitimidad frente a la aplicación de la mera legalidad*¹⁷⁹ Es más, a reclamar la presencia de un Estado de derecho, en oposición a un Estado autoritario.

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ SOLÓRZANO ALFARO, Norman José. *Notas para una crítica del principio de legalidad*. Revista Crítica Jurídica. No. 19, jul.- dic. 2001, p. 61.

CONCLUSIONES

Consideramos haber demostrado suficientemente lo que habíamos definido como hipótesis central de este trabajo, en concordancia tanto con el objetivo general como con los objetivos específicos propuestos, por lo que podemos concluir:

a) Con respecto al objetivo específico primero:

1. No basta con declarar la existencia del derecho a la seguridad jurídica, se necesita la existencia de garantías que posibiliten la máxima eficacia de ese derecho.
2. En el caso de los artículos 16 y 19 constitucionales se consagra la garantía de seguridad jurídica de no ser sujeto a una orden de aprehensión ni a un auto de formal prisión si no se reúnen las condiciones que dichos preceptos establecen, siendo una de estas condiciones la de acreditar el cuerpo del delito (o en su momento histórico los elementos del tipo penal).
3. Entre más concretas sean las condiciones que puntualiza la ley para la afectación de los derechos, más adecuada será su salvaguarda.
4. A un nivel objetivo, se estima a la seguridad jurídica como el conjunto de condiciones que, en un Estado de derecho, aseguran el goce y ejercicio de los derechos de las personas, que no pueden verse afectados sin que se observen dichas condiciones.

5. Desde este punto de vista, *a un nivel estructural*, la seguridad jurídica se concreta en condiciones de formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico a efecto de evitar discrecionalidad y a *un nivel funcional*, en exigencias de cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación.
 6. Desde un *punto de vista subjetivo*, se concibe a la seguridad jurídica como la certeza del individuo de que sus derechos no pueden ser afectados validamente por ningún acto del poder público, sin que se acaten las condiciones que la propia ley señala.
 7. A estos dos niveles, se aprecia que la seguridad jurídica efectiva, se ve inserta en un Estado de derecho, pero no únicamente como un Estado sometido a leyes, sino a leyes que protejan ampliamente a las personas y sus derechos, respecto a los abusos de poder; pues, así como el Estado es garante, también es trasgresor.
 8. Se precisa de un equilibrio entre el ejercicio del poder del Estado y la auto limitación de ese poder, a efecto de evitar el autoritarismo y lograr el fortalecimiento del Estado de derecho.
- b) En relación al objetivo específico segundo:**
1. Antes de las reformas al artículo 16 constitucional, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, no operaba la exigencia de acreditar el cuerpo del delito -ni los elementos del tipo penal- para que la autoridad judicial afectara

la libertad de una persona con motivo del libramiento de una orden de aprehensión, pues si bien aludía a *un hecho determinado que la ley castigara con pena corporal*, no requería que este hecho estuviese probado.

2. Las limitadas exigencias para el libramiento de una orden de aprehensión, antes de 1993, generaba inseguridad jurídica, fundamentalmente respecto al derecho a la libertad, que no se veía adecuadamente tutelado por la correspondiente garantía, no obstante que el derecho positivo legitimara, mediante la legalidad la afectación de la libertad de un particular, bajo el supuesto de la orden de aprehensión.
3. Previamente a las reformas constitucionales de 1993, para la emisión de un auto de formal prisión, se requería comprobar el cuerpo del delito, que, al no estar normativamente definido, jurisprudencialmente fue precisado como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura descrita concretamente por la ley penal, coincidiendo con una tendencia causalista.
4. Aún cuando en 1984 se reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, estableciéndose que el cuerpo del delito se tendría por comprobado cuando se acreditara la existencia de los elementos que integraran la descripción de la conducta o los hechos delictuosos, predominó la postura de que estos elementos, por ser integrantes de la conducta eran meramente objetivos, no obstante comenzaron a

aplicarse criterios alternativos de interpretación, frente a la ambigüedad del término.

5. Con ello, objetivamente, la seguridad jurídica se veía afectada *a un nivel estructural*, respecto a las condiciones de formulación de la norma, que daba pie a diversas interpretaciones.
6. Esto, a *un nivel funcional* permitía a los órganos encargados de su aplicación interpretar el significado de “elementos que integraran la descripción de la conducta o los hechos delictuosos”.
7. Desde un punto de vista *subjetivo* tampoco existía certeza en los destinatarios de que sus derechos no fuesen afectados por la aplicación de dicha norma.

c) En vinculación a lo mencionado en el tercer objetivo específico:

1. Es posible afirmar que con la aplicación de la figura de elementos del tipo penal, se fortalecieron las garantías de seguridad jurídica, al implementarse la exigencia constitucional de acreditar los elementos del tipo penal, para que la autoridad judicial pudiera afectar la libertad de una persona con motivo del libramiento de una orden de aprehensión; elementos que fueron precisados en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que rigió del 1 de febrero de 1994 al 18 de mayo de 1999, en el que se estableció la exigencia de acreditar la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido, la forma de intervención de los sujetos

activos, la realización dolosa o culposa de la acción u omisión; si el tipo lo requiere: las calidades del sujeto activo y pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos normativos; los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley previera.

2. Con ello se definió de forma clara cuáles elementos debían acreditarse, coincidiendo estructuralmente la conformación de los elementos del tipo penal, con la sistemática finalista.
 3. El fortalecimiento de la seguridad jurídica se verificó *desde un enfoque objetivo y a un nivel estructural*, al cubrir una exigencia de mayor precisión en el contenido de la norma, en tanto que a *un nivel funcional* implicó mayor garantía a los derechos de las personas y un límite efectivo al ejercicio poder de los órganos estatales.
 4. En tanto, *desde un punto de vista subjetivo*, representó una mayor certeza del individuo de que sus derechos no podrían ser afectados validamente por ningún acto del poder público, sin que se acatasen las condiciones que la propia ley estableció.
- d) En lo tocante al objetivo específico cuarto, es posible señalar:
1. Actualmente, tanto a nivel constitucional y por tanto en el procedimiento penal federal, opera la exigencia de acreditar el cuerpo del delito para la afectación de la libertad de las personas a través de la expedición de una orden de aprehensión o un auto

de formal prisión, reduciéndose los requisitos de fondo a acreditar al Ministerio Público para la emisión de dichos actos de autoridad, permitiendo así a los órganos estatales una mayor facilidad para invadir la esfera de libertad de los particulares.

2. Si bien la figura procesal de cuerpo del delito, no es idéntica a la que imperaba antes del 3 de septiembre de 1993 *-al haber sido definida a nivel procesal en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales 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, pues su connotación fue adicionada por lo dispuesto en el artículo 134 del ordenamiento procesal en cita, en el que se estableció que el ministerio público al ejercitar acción penal ante los tribunales, ha de expresar la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos, cuando la descripción típica lo requiera y las otras circunstancias que la ley prevea, de tal suerte que el actual cuerpo del delito es un híbrido de los anteriores conceptos de cuerpo del delito y elementos del tipo penal-* en su contenido se precisan de menores requisitos, con lo que la garantía individual de seguridad jurídica se debilitó.
3. El debilitamiento de la seguridad jurídica, *desde un enfoque objetivo y a un nivel estructural* se verificó, al reducir exigencias probatorias en el contenido de la norma que regula la emisión de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión; mientras que *a un nivel funcional*, representó menor

garantía a los derechos de las personas, al no limitar de forma efectiva el ejercicio de poder de los órganos estatales en relación a los particulares. En tanto, *desde un punto de vista subjetivo*, genera incertidumbre para las personas, en lo tocante al respeto a sus derechos, que no están siendo efectivamente garantizados.

4. De ahí que al limitar en un ordenamiento legal la seguridad jurídica de las personas, que es uno de los derechos que mejor debe estar garantizado en un Estado democrático de derecho, vuelve más extensa la distancia estructural entre dicho ordenamiento y tal modelo de Estado.

PROPUESTAS

Del análisis hasta aquí realizado, básicamente se ha derivado dos propuestas, que se exponen enseguida:

1. Se plantea que, para lograr la democratización del sistema penal, se busque renovar los mecanismos institucionales de intervención en los conflictos penales, dentro de un marco garantizador de los derechos humanos con el fin de aliviar la impunidad, pero no con mayor autoritarismo.
2. Acudir a la teoría como un soporte del derecho, en la creación legislativa, en donde se devalúa el modelo finalista como el más adecuado para garantizar la seguridad jurídica de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- BERUMEN CAMPOS, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México*. 1ª ed., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2000.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal penal*. Ed. Boch, Barcelona, 1973.
- BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Porrúa, México, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HIRMAZÁBAL MALAREÉ Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Volumen II, Ed. Trotta, España, 1999.
- CORREAS, Oscar, *Crítica a la ideología jurídica. Ensayo socioeconómico*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Doctrinales, primera edición, México, 1993.
- DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo, causalismo, finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*. Porrúa, México, 2001.
- _____ *Fundamentos de política criminal y derecho penal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, no. 1, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta, Madrid. 1999.
- _____ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 4ª. Edición, Editorial Trotta. Valladolid. 2000.

- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Editorial Debate, Madrid, 1984.
- FOUCAULT, Michel. “Poder derecho y verdad”, *Revista: Delito y sociedad*, julio-septiembre, volumen 33, número 150, 1993.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel, *Seguridad pública en México*, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1994.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *Programa de derecho procesal penal*. Porrúa, México, tercera edición, 1998.
- JIMÉNEZ DE AZUA, Luis. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- LARA PONTE, Rodolfo. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. Porrúa, México, 1997.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Sentís Melendo, Santiago, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1952.
- MEZGER, Edmundo. *Derecho penal parte general*. Cárdenas Editores, México, segunda edición, 1990.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal (parte general)*. 4ª ed. Barcelona, España. PPU. 1996.
- MONARQUE UREÑA, Rodolfo, *Lineamientos elementales de la teoría general del delito*. Editorial Porrúa, México, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “*Teoría general del delito*”. Tirant lo Blanch, España, segunda edición, 1989.

- NAVARRETE M. Tarciso, ABASCAL C. Salvador y LABORIE E., Alejandro. *Los derechos humanos al alcance de todos*. Ed. Diana, México, 2000.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal*. Porrúa, México, 1999.
- _____. *Teoría del delito. Sistemas causalista y finalista*. Porrúa, México, 1995.
- _____. *Teoría del delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista*. Porrúa, México, 2001.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*. Decimoctava edición, Porrúa, México, 1999.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. *Imputabilidad*. Editorial Temis, Colombia, 1989.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina de la acción finalista*. 2ª ed. Universidad de Valencia, Secretariado de publicaciones, Valencia, España, 1978.
- ROXIN, Claus. *El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo. Dogmática penal y política criminal*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima, Perú. Ed. Idemsa. 1998.
- _____. *Finalidad e imputación objetiva*. CPC, no. 40, Madrid, España, Edersa, 1990.

SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2000.

_____, GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, DIETER GORENK Claus. *Control social en México D.F. Criminalización primaria, secundaria y Derechos Humanos*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1998.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. EDIAR, Argentina, 1973.

_____, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Porrúa, México, 2001.

HEMEROGRAFÍA:

ARGUEDAS SALAZAR. Olman. “Garantías constitucionales en el proceso”. *Revista ciencia jurídica*. Año 5, tomo II, no. 9, julio-diciembre, Los Mochis, Sinaloa, México, 1986.

BARATTA, Alessandro. “Defensa de los derechos humanos garantizados por la Constitución”. *Revista judicial*, Costa Rica, año XV, no 50 junio, 1990.

CARRANCO ZÚÑIGA, Joel y RODRÍGUEZ MINAYA, Juan Ramón. “Elementos del tipo o cuerpo del delito. Una discusión aún vigente en algunos Estados de la República”. *Revista Lex*:

Difusión y análisis. Torreón Coah., México, tercera época, año VI, no. 70 abril, 2001.

CARMONA CASTILLO, Gerardo A. “La reforma constitucional en materia penal y la noción de cuerpo del delito”. *Revista concordancias*, año 4, no 6, Chilpancingo Guerrero, México, 1999.

CORREAS, Oscar, “Legalidad, seguridad y derechos humanos”. *Revista derechos y libertades*. Año V, no. 8, enero-junio, Madrid, España, 2000.

DE SOLA DUEÑAS, Ángel. “Política social y política criminal”. *Pensamiento criminológico*. Comp. Roberto Bergali, Volumen II, Estado y control, Ed. Temis, Colombia, 1983.

Diario de Debates. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
Año II, no. 27, 1993.

Diario de Debates. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
Año II, no. 3, 1993.

Diario de Debates. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
Año III No 11, 1993.

Diario de los Debates. Cámara de Senadores. Diciembre, 1997.

Diario Oficial de la Federación. 3 de septiembre de 1993, con fe de erratas del 6 de septiembre de 1993.

Diario Oficial de la Federación. 10 de enero de 1994.

Diario Oficial de la Federación. 8 de marzo de 1999.

Diario Oficial de la Federación. 18 de mayo de 1999.

- GONZÁLEZ MENDIVIL, Oscar. “La reforma constitucional y los elementos del tipo penal”. *Revista jurídica de postgrado*. no. 2, abril, Oaxaca, México, año 1.
- GUTIÉRREZ CRUZ. “El cuerpo del delito”. *Revista michoacana de derecho penal*. Números 26 y 27, Morelia Michoacán, México, 1992.
- HERNÁNDEZ, Tosca. “El Derecho en la dinámica del orden—obediencia de los sistemas de significación social”. *Universidad Central de Venezuela, s.a.*
- HOUED V., Mario. “Algunos aspectos importantes en el estudio y aplicación de la teoría del delito”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 10, diciembre, número 15, 1998.
- LÓPEZ MUÑOZ, Hanz Eduardo. “Repercusiones de las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales”. *Video Conferencia*, Sistema de Administración Tributaria y Sistema Nacional de Seguridad Pública, 1999.
- LUNA CASTRO, José Nieves. “La antijuridicidad y los elementos subjetivos del injusto, conforme a la doctrina tradicional y su evolución histórica”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2000.
- MANCERA ESPINOZA, Miguel Ángel. “El tipo penal”. *Criminalia*, año LXIII, no. 1, enero-abril, México, 1977.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Comentarios, reformas al Código Penal”. *Criminalia*. Año LX, no.1, enero-abril, Porrúa, 1994.

_____ “Sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal mexicana”. *Criminalia*. Año LVII, no. 3, México, septiembre-diciembre, Porrúa, México, 1992.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y de la justicia”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, España, número 15, 2ª época, 2000.

PEGORARO, Juan S. “Una reflexión sobre la inseguridad”. *Revista electrónica argumentos del IIGG, s.a.*

RODRÍGUEZ CAMPOS, Carlos. Monsreal Campos, Liborio, Coaut. “Cambio de nomenclatura de cuerpo del delito por elementos del tipo penal y de presunta responsabilidad por probable responsabilidad”. *Revista Facultad de Derecho*. Mérida, Yucatán, no. 18, mayo-agosto, México, 1995.

SÁNCHEZ PARODI, Horacio M. “La seguridad jurídica y el orden constitucional histórico”. *Foro político. Revista del Instituto de Ciencias Políticas*. Vol. XXIV, diciembre, Buenos Aires, Argentina, 1998.

SOLÓRZANO ALFARO, Norman José. “Notas para una crítica del principio de legalidad”. *Revista crítica jurídica*, no. 19, jul-dic. 2001.

INTERNET:

Actualizaciones de la base de datos de IUS
http://www.scjn.gob.mx/consultas/inicial_Consultas.Asp

MADRAZO, Jorge. Palabras pronunciadas en el *Foro nacional en materia de seguridad pública, procuración y administración de justicia*. Monterrey Nuevo León el 23 de febrero de 1998. Derecho penalonline. Un espacio para el intercambio de ideas sobre derecho penal y criminología. De Argentina para Latinoamérica. <http://www.derechopenalonline.com/nuevo.htm>

Suprema corte de justicia de la Nación, selección de búsqueda en jurisprudencia y tesis aisladas, <http://www.scjn.gob.mx/inicial.Asp>

Suprema corte de justicia de la Nación. Consulta de leyes
http://www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial_Consultas.Asp

DICCIONARIOS:

ADAME GODDARD, Jorge. "Seguridad jurídica". *Diccionario jurídico mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, tomo IV, México, Ed. Porrúa, 1988.

CARPIZO, Jorge. "Garantías individuales". *Diccionario jurídico mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II. Porrúa, México, 1987.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. "Garantías Individuales". *Diccionario de derecho procesal penal*. Tomo I. Porrúa. México, segunda edición. 1989.

MILNER, Richard. *Gran diccionario enciclopédico Espasa*, tomo 8, 1989, p. 2470; *Diccionario de la Evolución*, Barcelona, 1995.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. “Garantías individuales”. *Diccionario para juristas*, Ediciones Mayo, México, 1981.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Purrúa, México, 1993.

Código Penal Federal. Colección penal, Delma, México, 2001.

Código Federal de Procedimientos Penales, Colección penal, Delma, México, 2001.

Código Penal Federal. Purrúa, México, 2004.