



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN  
DOCTORADO EN DERECHO

## LA INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO COMO GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL Y DEL DISTRITO FEDERAL

# T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE :  
**DOCTOR EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**CARDOSO CASTILLO JUAN MARIO**

TUTOR:  
DR. ELIAS POLANCO BRAGA





Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## *AGRADECIMIENTOS*

*A MI FAMILIA* que en todo momento me brindó su apoyo y comprensión para cursar los estudios de posgrado.

*A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO* por darme las herramientas necesarias para luchar día con día en la vida.

*A MI TUTOR DE TESIS DR. ELIAS POLANCO BRAGA* por brindarme su tiempo y sus conocimientos en la elaboración del presente trabajo de investigación.

*A LA DOCTORA VERÓNICA ROMÁN QUIROZ* por las atinadas sugerencias para el mejoramiento del trabajo, así como por su apoyo incondicional para mi superación académica.

*AL DR. MAURICIO MORENO VARGAS* por brindarme su amistad y su sapiencia.

*AL DR. PEDRO UGALDE SEGUNDO* por sus consejos y su apoyo para la culminación de la presente tesis.

*AL DR. NOE LOPEZ MENDOZA* por su comprensión y por sus sugerencias para el mejoramiento de las ideas expresadas en el trabajo de investigación.

*AL DR. ALEJANDRO HERNÁNDEZ MERCADO* por su disponibilidad siempre amable que tuvo hacia el suscrito en aras de mejorar el trabajo recepcional.

*AL DR. JULIO CÉSAR KALA* por las atenciones recibidas y por sus acertados comentarios para enriquecer las ideas del trabajo de tesis.

*A TODOS ELLOS MUCHAS GRACIAS.*

# **TABLA DE CONTENIDO**

## **LA INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO COMO GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL**

### **I.- TABLA DE ABREVIATURAS**

### **II.- TABLA DE CONTENIDO**

### **III.- INTRODUCCIÓN**

## **CAPÍTULO PRIMERO.**

### **MARCO CONCEPTUAL**

#### 1.1. Conceptos teóricos

1.1.1. Concepto de delito - - - - - 2

1.1.2. Concepto de tipo - - - - - 8

1.1.3. Concepto de tipicidad - - - - - 17

1.1.4. Concepto de atipicidad - - - - - -27

#### 1.2. Conceptos Procesales

1.2.1. Concepto de procedimiento - - - - - -30

#### 1.3. Conceptos constitucionales

1.3.1. Concepto de garantía - - - - - -32

1.3.2. Concepto de bien jurídico - - - - - -35

## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **PRINCIPIOS RECTORES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL**

2.1. El principio de legalidad - - - - -	40
2.2. El principio de seguridad jurídica - - - - -	51
2.3. El principio de irretroactividad de las leyes - - - - -	60
2.4. El principio de intervención mínima - - - - -	72

## **CAPÍTULO TERCERO.**

### **ESTUDIO DEL CUERPO DEL DELITO Y EL TIPO PENAL**

3.1. El estudio del cuerpo del delito - - - - -	79
3.1.2. El cuerpo del delito y la jurisprudencia - - - - -	92
3.1.3. El cuerpo del delito y las normas penales - - - - -	97
3.2. Los elementos del tipo penal - - - - -	111
3.2.1. Los elementos normativos - - - - -	118
3.2.2. Los elementos subjetivos- - - - -	126
3.2.3. Los elementos objetivos - - - - -	134
3.2.4. Los elementos que componen el tipo - - - - -	138
3.2.4.1. La acción u omisión - - - - -	144
3.2.4.2. La forma de intervención - - - - -	154
3.2.4.3. El dolo y la culpa - - - - -	167
3.2.4.4. La calidad del sujeto activo y pasivo - - - - -	181

3.2.4.5. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión - - - - -	185
3.2.4.6. El objeto material - - - - -	193
3.2.4.7. Los medios utilizados - - - - -	194
3.2.4.8. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión - - - - -	-200
3.2.4.9. Las demás circunstancias que la ley prevea - - - - -	203

## **CAPÍTULO CUARTO.**

### **CONSIDERACIONES GENERALES DE LA PRUEBA**

4.1. Los medios de prueba para comprobar el cuerpo del delito - - - - -	208
4.2. Principios generales de la prueba - - - - -	-214
4.3. Sistemas probatorios - - - - -	219
4.4. El objeto de la prueba - - - - -	-225
4.5. El órgano de la prueba - - - - -	229
4.6. La carga de la prueba - - - - -	231
4.7. El valor de la prueba - - - - -	234
4.8. Los grados del conocimiento - - - - -	240

## **CAPÍTULO QUINTO.**

### **LA INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO COMO GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.**

5.1. La averiguación previa - - - - -	248
5.1.1. La recepción - - - - -	250
5.1.2. La investigación - - - - -	253
5.1.3. La determinación - - - - -	271
5.1.4. La consignación - - - - -	277
5.1.5. La acreditación del cuerpo del delito en la averiguación previa- - - - -	383
5.2. La preinstrucción - - - - -	290
5.2.1. La orden de aprehensión - - - - -	294
5.2.2. La declaración preparatoria - - - - -	297
5.3. El auto de formal prisión - - - - -	303
5.4. La instrucción - - - - -	308
5.5. El juicio - - - - -	317
5.6. La sentencia - - - - -	332
5.7. El ejemplo del enriquecimiento ilícito - - - - -	333
5.7.1. La acción y la omisión - - - - -	348
5.7.2. La lesión o bien la puesta en peligro del bien jurídico - - - - -	350
5.7.3. La forma de intervención del sujeto activo - - - - -	351
5.7.4. El dolo y la culpa - - - - -	353
5.7.5. La calidad del sujeto activo y pasivo - - - - -	356
5.7.6. El resultado - - - - -	358

5.7.7. La atribuibilidad a la acción u omisión - - - - -	358
5.7.8. El objeto material - - - - -	360
5.7.9. Los medios utilizados - - - - -	360
5.7.10. Las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión - - - - -	361
CONCLUSIONES - - - - -	365
PROPUESTAS - - - - -	374
FUENTES DE INVESTIGACIÓN - - - - -	380

## TABLA DE ABREVIATURAS

A.D.		Amparo Directo
CEPOLCRIM		Centro de Estudios de Política Criminal
<i>Cfr.</i>	Confere	consúltese la obra
CPF		Código Penal Federal
CPDF		Nuevo Código Penal para el Distrito Federal
CPPDF		Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
CFPP		Código Federal de Procedimientos Penales
Der.		Derecho
Etc.		Etcétera
<i>Ib.</i>	Ibidem	mismo autor y obra, diferente
<i>Id.</i>	Idem	mismo autor, obra y páginaPágina
INACIPE		Instituto Nacional de Ciencias Penales
<i>op. cit.</i>	opus citatus	obra citada
pág.		Página

págs.

páginas

p.e.

por ejemplo

PGR

Procuraduría General de  
la República

Sic.

Léase como está escrito

## INTRODUCCIÓN

Integrar el cuerpo del delito desde un punto de vista general, pareciera simple, sin embargo, consideramos que verlo de esa forma afecta al gobernado en su seguridad jurídica, en la praxis existe un completo desorden para integrar el cuerpo del delito, de tal suerte que el Ministerio Público en la averiguación previa es solamente un órgano integrador de expedientes, perdiéndose la importante labor de investigación que tiene encomendada por nuestra Constitución.

Hipótesis.- a) Si el encargado de perseguir al delito y al delincuente es el Ministerio Público, entonces, también tendrá la carga de la prueba en todos los delitos, es decir, que tendrá la obligación de acreditar ante el órgano jurisdiccional de que existe el delito y que la persona consignada es con certeza responsable de haber cometido el delito.

b) El sistema probatorio más adecuado para comprobar el cuerpo del delito de enriquecimiento ilícito es el tasado, por lo tanto deben de hacerse modificaciones a la ley adjetiva penal.

c) Si el Ministerio Público realiza verdaderamente la actividad investigadora, entonces, el proceso podrá ser en forma verbal y más rápido

d) Si la política criminal se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entonces, el gobierno tendrá más certeza de que bajará el índice delictivo. Una adecuada política criminal, requiere de reformas en el Código Penal para el Distrito Federal, en el Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal y en la Ley de

## II

Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal por otra parte también se requieren reformas en el Código Penal Federal, en el Código Federal de Procedimientos Penales.

e) Si están mal redactados los tipos penales, entonces, el cuerpo del delito no podrá comprobarse debidamente o bien se hará en contravención a las garantías individuales de los ciudadanos.

f) Si se aplica la ley en una forma discriminatoria, entonces, habrá impunidad.

g) Si el tipo penal de enriquecimiento ilícito es atentatorio de nuestra Constitución, entonces, será necesario derogarlo del Código Penal para el Distrito Federal.

Entre los objetivos de nuestra investigación es estudiar los requisitos para comprobar el cuerpo del delito, tal y como se exigía para comprobar los elementos del tipo penal, debido a que ello implica mayor seguridad jurídica para el gobernado.

1.- Indagar sobre los tipos penales, los cuales deben de estar adecuadamente redactados.

2.- Analizar la excesiva participación del Estado para penalizar conductas que desde nuestro punto de vista no tienen porque ser sancionadas penalmente.

3.- Determinar el papel que juega la política criminal en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### III

Creemos que se alcanzaron los objetivos en forma general, tal y como se comprueba, con las siguientes propuestas de solución:

Es necesario y adecuado ampliar los requisitos para comprobar el cuerpo del delito, porque ello implica mayor seguridad jurídica para el gobernado, además de aumentar el presupuesto para las instituciones encargadas de procurar y de administrar justicia ya que es necesario capacitar a su personal, realizar una exhaustiva selección de personal, dotarlos de mobiliario adecuado a sus funciones, aumentar el personal así como aumentarles el salario con la finalidad de evitar en lo más posible la corrupción, entre otras cosas.

Es necesario que el Estado no intervenga en materia penal, sino solamente en aquellos casos que se justifiquen, por ejemplo en aquellos tipos penales como el hostigamiento sexual, amenazas, violación de correspondencia, etc.

Se logró acreditar que el Ministerio Público no realiza actividades de investigador, sino solamente es un integrador del expediente de la averiguación previa, por su parte la policía judicial debe ser una policía investigadora, con la finalidad de que en esa etapa realmente se investigue para dar cumplimiento a lo establecido por nuestra Constitución.

La política criminal debe de quedar establecida en nuestra Constitución, con la finalidad de que no sea una moda sexenal y al arbitrio del gobierno en el poder.

Los tipos penales deben de estar adecuadamente redactados, con la finalidad de dejarle al órgano jurisdiccional menos facultades interpretativas.

#### IV

En la elaboración del presente trabajo, empleamos el método jurídico, que es una mezcla de los métodos deductivo, analítico, sintético, histórico explicativo.

Asimismo el método jurídico realiza una interpretación gramatical, teleológica, histórica y jurisprudencial de las instituciones jurídicas tratadas en el presente trabajo de investigación.

El método deductivo va de lo general a lo particular. Es aquel que parte de datos generales aceptados como valederos, para deducir, por medio de razonamiento lógico, varias suposiciones. Muchos trabajos de investigación, como lo es la presente tesis se realizan con el apoyo en la llamada doctrina o dogmática, es decir, en los estudios realizados por especialistas en determinada área de las ciencias, dichos estudios se encuentran en libros, artículos, etc., señalados en el trabajo para posteriormente dar las opiniones personales.

El método analítico también utilizado en la tesis, proviene del verbo analizar que significa desarticular, separar, clasificar. El método analítico consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus elementos para poder observar las causas, la naturaleza y los efectos. Se usó en las primeras etapas de la investigación, como fue en la elección del tema, la elaboración del plan de trabajo y la recopilación de material.

El método sintético es el método de razonamiento que tiende a reconstruir un todo mediante los elementos distinguidos por el análisis. Es en consecuencia, una exposición breve y metódica, un resumen. El análisis proporciona el material requerido por la síntesis. Se usó para construir el trabajo final sobre el cual se asienta la estructura.

El método histórico se utilizó en la presente tesis de investigación, debido a que se recurrió a la historia para ver la forma y condiciones de cómo evolucionaron las instituciones para llegar a la forma actual. De esta forma se interpreta y comprenden mejor los hechos o sucesos.

En la presente investigación se empleó la técnica documental, también llamada por algunos a autores como dogmática o doctrinal, la cual consiste en la búsqueda de información contenida en documentos.

En el capítulo primero, hacemos referencia a los conceptos de delito, tipo, tipicidad, atipicidad, proceso, procedimiento, garantía y bien jurídico. Analizamos estos conceptos en virtud que son los más importantes a tratar en el presente trabajo, así tendremos que desde el punto de vista iusnaturalista el gobernado no tiene por qué cumplir la ley, si ésta es contraria a los derechos que como ser humano tiene, no obstante que se encuentre establecida en una ley.

En el capítulo segundo se tratan los principios rectores del procedimiento penal como el de legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad de las leyes, intervención mínima; Analizamos el principio de legalidad porque algunos tipos penales van en contra de las garantías individuales consagradas en nuestra Constitución, debido a que invierten la carga de la prueba.

En el capítulo tercero denominado “estudio del cuerpo del delito y el tipo penal” en forma pormenorizada se trata el cuerpo del delito, así como lo establecido por la Corte en relación a su conceptualización y demostración por parte del Ministerio Público, también se

analizan los elementos del tipo penal entre los que tenemos la acción u omisión, la forma de intervención, el dolo y la culpa, la calidad del sujeto activo y pasivo, el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

El capítulo cuarto lo hemos denominado “consideraciones generales de la prueba” en donde se estudian los principios generales, los sistemas probatorios, la carga y el valor de la prueba, entre otros temas polémicos. Es obligado desde nuestro punto de vista explicar las teorías probatorias, debido a la gran importancia que tiene para acreditar el cuerpo del delito.

En el capítulo quinto denominado “la integración del cuerpo del delito como garantía de seguridad jurídica en el procedimiento penal” se explora la forma de integrar el cuerpo del delito en las diversas etapas del procedimiento, empezando desde luego en la averiguación previa, siguiendo con la preinstrucción tomando instituciones jurídicas como la orden de aprehensión, la declaración preparatoria y el auto de formal prisión. Siguiendo con la instrucción en donde señalamos que es la etapa comprendida para el ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes. Para posteriormente explicar el juicio que es la etapa en donde el juzgador está en posibilidades de decir su veredicto, finalizando la presente investigación con el análisis jurídico del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

# CAPÍTULO PRIMERO.

## MARCO CONCEPTUAL

En el presente capítulo se analizan los conceptos más importantes en su aspecto dogmático, procedimental, y constitucional al precisar el significado de: delito, tipo tipicidad, atipicidad, procedimiento, garantía, bien jurídico.

### 1.1. CONCEPTOS TEÓRICOS

En primer término es importante resaltar los conceptos generales más importantes que se habrán de utilizar en la presente tesis, tratando de citar a los más destacados doctrinarios que han estudiado al Derecho Penal desde un punto de vista dogmático y por qué no también práctico, cabe hacer mención que no tratamos de establecer verdades absolutas, sino simplemente puntos de vista que pueden provocar disertaciones y que al final del camino es lo que da la riqueza a las investigaciones, es importante resaltar que en el presente capítulo las aportaciones personales son tomadas de algunos autores citados en las fuentes.

#### 1.1.1. Concepto de delito

Para Carrara el delito “es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CARRARA, Francesco, “Programa de Derecho Criminal”, Temis, vol. I, Bogotá, 1971, pág. 60.

El concepto antes señalado es el establecido por la escuela clásica, consecuencia lógica del iusnaturalismo que imperó durante mucho tiempo en Europa, el concepto del maestro Carrara menciona criterios para la valoración de la ley sancionadora, mediante deducciones lógicas emanadas de Dios, siendo más filosófica que dogmática dicha corriente, sin embargo siendo minuciosos en las palabras utilizadas por el citado tratadista, utiliza palabras de carácter metajurídicas que se prestan al debate y a la discusión, como por ejemplo las palabras “moralmente imputable”, “políticamente dañoso”, para nosotros la moralidad imputable la marca el propio Estado, basado desde luego en la moralidad general o al menos mayoritaria de una determinada sociedad democrática, cuando no es así la moralidad la marca el gobernante en el poder, atendiendo a intereses personales o de grupo que pueden coincidir con los intereses sociales, la denominación de políticamente dañoso, se refiere al daño ocasionado a la comunidad, éste concepto no es apto para considerarlo en el presente trabajo, debido a lo subjetivo de sus planteamientos; esto no quiere decir que estemos en contra de determinada corriente filosófica.

El maestro Castellanos Tena por su parte establece que el delito es un hecho de carácter hereditario y social, señalando que “triunfante el positivismo, pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o un hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.”<sup>2</sup>

El concepto anterior nos induce a creer que el delito se hereda de persona a persona, como si el delito se heredara de padres a hijos, en donde las familias poseyeran al delito como el

---

<sup>2</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, “**Lineamientos elementales de Derecho Penal**”, 3ª edición, Porrúa, México, 2000, pág. 34.

ADN y no pudieran sustraerse a la fatalidad del crimen, esto aunado a que los positivistas creían adivinar por el simple hecho de observar a una persona quién era delincuente y quién no, de tal suerte que una persona de baja estatura, fornida, de cara redonda, labios gruesos era catalogada como criminal (aunque no lo fuera) para hacer tal discriminación desde luego que no se tomaron en consideración los caracteres raciales que existen en las diversas partes del mundo; no obstante lo anterior en nuestra opinión lo que influye en la comisión de hechos delictivos es el ambiente social en donde se desenvuelven las personas, como por ejemplo el tipo de colonia en donde se vive, los amigos que se frecuentan, el uso de bebidas embriagantes o el uso de drogas, influyendo desde luego esos factores para la comisión de delitos.

Para Garófalo el delito es “una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad según la medida media en que se encuentran las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad ...”.<sup>3</sup>

El concepto antes mencionado, no es idóneo para los fines de nuestro trabajo ya que no señala lo que significan las “razas superiores humanas” porque desde nuestro punto de vista todas las razas humanas son superiores, no existen grupos étnicos inferiores, lo que podríamos señalar es que existen diferencias en cuanto a sus características físicas, en cuanto a las riquezas que poseen, en cuanto a su educación, es más en cuanto a su forma de gobernarse, pero de eso a que sean inferiores por el hecho de que sean diferentes a las

---

<sup>3</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “**Lecciones de Derecho penal**”, 2ª edición, Oxford, México, 1999, pág.129.

llamadas sociedades “civilizadas” es totalmente diferente; sin embargo existen otros tipos de deferencias que son más notorias entre las sociedades orientales y las occidentales, ya que en ésta última no está permitido casarse en varias ocasiones al mismo tiempo, en otras sociedades como la musulmana es perfectamente legal el tener varias esposas, siempre y cuando se tengan los recursos económicos para sostenerlas, por ese hecho no es que las sociedades musulmanas sean inferiores por ese tipo de costumbres, sino que a esa conducta se le da diferente valoración a las contempladas en las sociedades occidentales.

El concepto antes mencionado es el primero que dieron los positivistas para definir al delito, elementos que sirvieron de base para que otros estudiosos como Vaccaro, Ferri, Colajanni, Durkheim dieran nuevos conceptos basados precisamente en el concepto establecido por Garófalo, como lo señala el maestro Jiménez de Asúa en su libro de Lecciones de Derecho Penal señalando expresamente que “... todos los conceptos giran en torno al núcleo de lo que Garófalo enseñó y aún con nuevos nombres, que invocamos hoy los juristas.”<sup>4</sup>

En relación al concepto dogmático de delito, el maestro Rodolfo Monarque señala que “en primer lugar se debe de realizar una enumeración de los elementos del delito, pretendiendo con ello, realizar un mejor análisis del mismo, en ese sentido diversos estudios del derecho penal se han preocupado por definir al delito enumerando sus elementos esenciales. A partir de esa circunstancia han nacido diversas corrientes en función del número de componentes

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, pág. 131.

que cada uno le atribuye al delito, dándoles el nombre de biatómicas, triatómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc.”<sup>5</sup>

De lo señalado sólo hay una postura digna de tomarse en consideración, y ésta es la que indica que el delito para su estudio debe de descomponerse en partes y según el número de ellas será la denominación que se le dé; para el estudio del delito desde un punto de vista meramente estructural consideramos al delito como una conducta típica, antijurídica, y culpable.

Para el maestro Jiménez de Asúa el delito es un “acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputables a un hombre y sometido a una sanción penal...”.<sup>6</sup>

El afamado tratadista antes señalado, menciona que el delito para su estudio debe de dividirse en 7 elementos, como es la actividad, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas y la punibilidad; no obstante lo anterior consideramos que la imputabilidad debe de estudiarse dentro de la culpabilidad de acuerdo a lo establecido por la teoría finalista, y las condiciones objetivas ni la punibilidad son elementos del delito, sino consecuencias del mismo.

---

<sup>5</sup> MONARQUE UREÑA, Rodolfo, “**Lineamientos elementales de la teoría del delito**”, Porrúa, México, 2000, pág. 3.

<sup>6</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op.cit.*, pág. 134.

En relación al concepto legal de delito el nuevo Código Penal para el Distrito Federal no lo señala; sin embargo se desprende del artículo que consagra el principio de legalidad al señalar que “a nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para que cada una de ellas señale la ley y la pena o medida de seguridad se encuentre igualmente establecidas en ésta.”

En los Estados de la República Mexicana los Códigos Penales llevaban los mismos lineamientos que el Código Penal para el Distrito Federal de 1931, sin embargo el nuevo Código penal para el Distrito Federal entró en vigor el día 12 de Noviembre del 2002, dando paso a las nuevas las ideas establecidas por un grupo de tratadistas encabezados por el Dr. Moisés Moreno Hernández. Por su parte el Código Penal para el Estado de Chihuahua señala en su artículo 6 que el “delito puede ser cometido por acción o por omisión”. Los Códigos Penales de los Estados de Tabasco y Sonora lo definen en el artículo 5º como “acto u omisión que sancionan las leyes penales” sin embargo la ley sustantiva penal para el Estado de Michoacán no establece ninguna definición, como los demás Códigos de la República antes mencionados.

Desde nuestro punto de vista el delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, es de acción u omisión porque solamente se conocen esas dos formas de cometer delitos, es decir, es de acción cuando el agente lleva a cabo una conducta activa que lleva como resultado la violación de una normatividad, es de omisión cuando el agente no lleva a cabo ninguna conducta tendiente a evitar la trasgresión legal teniendo la obligación de evitarlo o bien no observa los cuidados necesarios para evitar su violación. Los autores dividen a la

omisión en propia e impropia, la primera castiga el no hacer la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario un resultado formal, en la omisión impropia, también denominados de comisión por omisión, en donde se castiga la no realización de la acción esperada y exigida por la ley debiendo de producir un resultado material. Es típica por que necesariamente dicha acción u omisión debe estar establecida en la ley como delito, adecuándose dicha acción u omisión a lo establecido en la normatividad. Es antijurídica porque no existe ninguna causa de justificación para haber llevado a cabo la conducta o la omisión respectiva catalogada como delito, como por ejemplo la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, impedimento legítimo o el consentimiento del interesado. Es culpable porque la persona que cometió un injusto penal se le reprocha su conducta contraria a la ley.

### **1.1.2. Concepto de tipo**

Es de vital importancia dar un concepto de tipo para nuestra investigación, ya que de ello dependerá que se den adecuadas soluciones al problema planteado sobre los tipos que van en contra de la propia Carta Magna, que lejos de acarrearos seguridad jurídica a los gobernados, crean con ello caos legislativo y desde luego injusticias que se cometen durante el juicio, provocado por tipos que exigen que el propio ciudadano debe de comprobar su inocencia, como es el caso del delito de enriquecimiento ilícito o de la transferencia de recursos de procedencia ilícita, en donde el Ministerio Público debe de demostrar que los recursos con los cuales se hacen las transferencias tienen un origen ilícito.

Para el jurista Muñoz Conde “el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.”<sup>7</sup>

En nuestra opinión la descripción de la conducta que realiza el legislador en la ley, no es prohibitiva debido a que el Código Penal no contempla prohibiciones como sucede en los mandamientos de la iglesia católica como el “no robarás”, “no mataras”, sino que por el contrario señala disposiciones meramente descriptivas como por ejemplo el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal dispone que “al que prive de la vida a otro, se le impondrá de 8 a 20 años de prisión”, es decir, simplemente enuncia la conducta y señala a su vez su sanción respectiva.

Existe consenso en admitir que el origen histórico del concepto de tipo corresponde a Beling, quien reelaboró un esquema antes formulado por Binding, para poder interpretar lo dispuesto por el artículo 59 del entonces Código Penal Alemán de 1871.

Binding había distinguido dos aspectos esenciales de la ley penal, el precepto; es decir, la norma que establece la sanción que comprende los elementos determinantes de la punibilidad. Esto lo condujo a concluir que el delincuente no obra contra la ley, sino contra la norma que lógicamente le procede. El delincuente hace exactamente lo que dice la ley (mata a otro), pero al obrar en esa forma viola la norma que prohíbe matar. Por lo mismo, lo violado es la norma y no la ley penal.

---

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “**Teoría general del delito**”, Temis, Bogotá, 1990, pág. 40.

Basado en este precedente teórico, Beling “afirmó que en toda acción contraria a Derecho, existe conceptualmente un análisis que hasta entonces era denominado bajo el común denominador de antijuridicidad.”<sup>8</sup>

Para poder verificar si una acción es contraria a la norma, previamente es preciso constatar si coincide con lo que dice la ley, y es precisamente esa característica de la acción de poder ser subsumida en la descripción legal a lo que Beling llamó tipicidad. La distinción entre tipo y antijuridicidad así presentada, fue utilizada por Beling para resolver problemas de la teoría del error, pues si bien ambas características condicionan la pena, pueden diferenciarse según sea necesario que el autor le hubiere o no conocido. Beling distinguió entonces dos condiciones de punibilidad: a) aquellas que necesitan ser conocidas por el autor para fundamentar la imposición de una pena, que son precisamente las que pertenecen al tipo y por lo mismo deben de ser captadas por el dolo. Lógicamente respecto a ellas un error resulta relevante dando origen al error de tipo; b) aquellas otras respecto de las cuales un error resulta irrelevante, pues no necesitan ser conocidas por el delincuente, éstas últimas quedan fuera del ámbito del tipo y por ello no necesitan ser captadas por el dolo. La teoría de Beling permitió precisar en un primer momento el concepto de tipo al limitarlo a uno sólo de los presupuestos de la pena, dando origen al esquema que para la sistematización del delito ofreció el positivismo y que hoy se conoce como teoría clásica.

La evolución ulterior de la teoría del delito en general y del tipo en particular, se tradujo en un abandono progresivo de la delimitación conceptual propuesta por Beling, los

---

<sup>8</sup> cita en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op.cit.*, pág. 235.

problemas que gravitaron fueron múltiples y complejos, por lo que sólo aludiremos a los más relevantes, hubo en primer lugar la necesidad de adecuar el esquema original antes descrito, al ponerse de manifiesto que no necesariamente todos los tipos penales presentan una estructura meramente descriptiva, algunos textos legales describen la prohibición incorporando elementos que exigen valoraciones normativas o culturales (elementos normativos del tipo), en tanto otros exigen que el autor oriente su comportamiento en función de una especial finalidad (elementos subjetivos del tipo), ejemplo de los primero es que la cosa sea ajena, en el tipo de robo y de lo segundo en el propósito de satisfacer un deseo erótico sexual en el abuso sexual. La innovación más relevante de consecuencias más perdurables fue realizada por el finalismo, fundamentalmente por la reformulación del concepto y la reubicación sistemática del dolo en el ámbito del tipo.<sup>9</sup>

En efecto los tipos penales modernos pueden poseer elementos objetivos, subjetivos y/o normativos, como es el caso del fraude que contiene los tres elementos, sin embargo existen tipos penales que no requieren de todos esos elementos para comprobar el cuerpo del delito, ciertos tipos penales, no obstante que señalan esos elementos, no reúnen los requisitos más indispensables para poder proporcionar un mínimo de garantías a los gobernados, debido a que el Ministerio Público es el único que tiene el deber de acreditar que una persona ha violentado la normatividad penal y no al contrario que sea el propio ciudadano quien tenga que acreditar su inocencia ante los tribunales, dicha obligación del representante social se encuentra establecida en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es por ello que el tipo penal debe de estar redactado en una forma clara y

---

<sup>9</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *op.cit.*, págs. 234-248.

sencilla, la redacción deberá de ser más apegada a nuestra Carta Magna debido a que ningún tipo penal o norma deberá de estar por encima de ella.

En la literatura jurídico-penal contemporánea se ofrecen más de un concepto de tipo, cada uno de los cuales difiere en su contenido, así como en la función que se le adjudica:

A.-La noción de tipo garantía es utilizada para relacionar la idea de tipicidad con el principio jurídico *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en cuya virtud sólo pueden ser sancionadas aquellas conductas que han sido previamente previstas por la ley encaminadas con pena, la fuente normativa de éste principio de legalidad se encuentra previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es éste el concepto más amplio de tipo, pues necesariamente la garantía de legalidad se proyecta sobre todos los presupuestos de la pena, consiguientemente éste concepto de tipo es muy parecido al concepto de delito.

B.-La noción de tipo sistemático ha sido consecuencia de la elaboración que la doctrina ha formulado en el seno de la teoría del delito, aludiendo a una sola de las características que la acción debe de presentar para que se pueda aplicar una pena, se trata de un concepto más restringido, pues sólo alude a un elemento del delito y no comprende a los demás presupuestos de la pena.

C.- La noción de tipo error es aún más restringida, pues se limita a comprender los elementos externos que deben de ser captados por el dolo y respecto de los cuales un error es relevante, cuando se dice que el autor obró con dolo en la medida en que tuvo

conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo se está haciendo referencia a éste último concepto.

En relación a la estructura del tipo penal, como las que se formulan a continuación están referidas únicamente al denominado tipo sistemático, como consecuencia de los aportes del finalismo en cuya virtud se puso de manifiesto que el juicio de subsunción que caracteriza la adecuación típica no puede quedar reducido al análisis de la parte externa del comportamiento. Corresponde distinguir en el tipo sistemático los delitos dolosos, entre tipo objetivo y tipo subjetivo, el tipo objetivo comprendería todos los elementos descriptivos y normativos previstos en la descripción legal, el subjetivo estaría integrado por el dolo o la culpa y en su caso por los llamados elementos subjetivos específicos del tipo. El tipo objetivo incluye a los elementos descriptivos que son aquéllos que pueden ser captados por medio de los sentidos y normativos respecto de los cuales es necesaria una valoración jurídica o cultural. El más importante de los elementos descriptivos del tipo objetivo es la acción, usualmente denominada núcleo del tipo y frecuentemente expresada por medio de un verbo consignado por el legislador.<sup>10</sup>

Cabe hacer mención en este apartado que la lucha de las teorías causalista y finalista en nuestro país ha dejado muchas controversias, mientras que en otros países ya se ha superado esa etapa, como es el caso de los países europeos, pero principalmente en Alemania, que es la cuna del Derecho Penal, a toda esa confusión le podemos agregar las constantes reformas hechas por el legislador a las leyes penales que responden más a

---

<sup>10</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op.cit.*, págs. 256-258.

situaciones de sobrepoblación y vicios dentro de las cárceles, que a cuestiones meramente jurídicas, por otro lado la presión de la sociedad en contra del gobierno a efecto de que aumenten las penas de los delitos; se hace patente en esos cambios constantes, que lejos de favorecer un estado de seguridad jurídica para el gobernando lo afecta en sus derechos.

Ahora bien la inclusión del dolo y la culpa en el tipo por parte de los finalistas ha originado muchas opiniones encontradas, unos señalan que es buena dicha inclusión porque se le da mayor seguridad jurídica al gobernado, debido a que para dictarse una resolución de procesamiento, el juez debería en primer término asegurarse que la acción fue cometida a título doloso o culposo, cosa que para muchos juristas esto equivaldría a dictarse una “sentencia” antes de que pudiera comenzar el juicio; sin embargo para la teoría causalista el dolo y la culpa la incluyen en la culpabilidad, cosa que es verdaderamente trascendental ya que el Ministerio Público ni el juez tendrían la obligación de comprobar los requisitos establecidos por los elementos del tipo que posteriormente se analizarán con detenimiento.

Siguiendo con el concepto de tipo para el maestro vienés Hans Welzel “el tipo es la descripción concreta de una conducta prohibida (del contenido de la materia de la norma), siendo una figura puramente conceptual.”<sup>11</sup>

El tipo penal es una figura meramente conceptual debido a que describe conductas que deben de ser sancionadas, el tipo como tal es simplemente una descripción, que debe de

---

<sup>11</sup> WELZEL, Hans, “**Derecho Penal alemán**”, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, 4ª edición, Editorial jurídica de Chile, Chile, 1993, pág. 60.

establecer con precisión la conducta que se deba de considerar como contraria a los intereses sociales.

Para el tratadista Alemán Reinhart Maurach, “el tipo es la determinante descripción de una determinada conducta humana antijurídica.”<sup>12</sup>

El maestro antes mencionado ya incluye en el tipo penal la antijuridicidad en el concepto de tipo, es necesario resaltar que no es necesario realizar conceptos muy amplios para poder profundizar en las cosas, para muchos autores modernos hablar de tipo y de antijuricidad es hablar de un bloque que no se puede separar, ya que el uno lleva arrastrando necesariamente al otro, es por ello que hablan del “injusto”.

Desde el punto de vista del jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni el tipo penal “es un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).”<sup>13</sup>

Efectivamente el legislador como parte representativa del Estado, únicamente debe de tipificar como delitos aquellas conductas humanas que hagan insostenible la vida en sociedad, es decir que atenten gravemente en contra de los intereses de la sociedad.

---

<sup>12</sup> MAURACH, Reinhart, “**tratado de Derecho Penal**”, tomo I, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 267.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “**Manual de Derecho Penal, parte general**”, 2ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2002, pág. 391.

En relación a las características del tipo penal, el tratadista argentino señala que “ a) El tipo pertenece a la ley, por que es la ley donde hayamos los tipos penales: en la parte especial del Código penal y en las leyes especiales. b) El tipo es lógicamente necesario, por que sin el tipo nos podríamos averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad que en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal alguna. C) El tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y entre ellos de especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.”<sup>14</sup>

En México existen tipos penales que no poseen verbo y que por tal motivo se deja una brecha por el legislador para que se cometan todo tipo de injusticias, debido a que el Ministerio Público investigador podría consignar hechos que no estén contemplados como delitos, es decir el verbo que sirve para connotar una acción no existe jurídicamente, violándose con ello la garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos; sin embargo también es necesario señalar que existen tipos penales que desde un punto de vista dogmático no protegen ningún bien jurídico, como el caso del ya derogado delito de vagancia y malvivencia, en donde “la única finalidad era la de proveer de mano de obra barata a la industria del enequen en el Estado mexicano de Yucatán”<sup>15</sup> y así podríamos dar otros ejemplos de tipos penales que violentan la legalidad, no obstante que se encuentren establecidos en alguna ley secundaria, afectándose desde luego la garantía de seguridad jurídica de los gobernados; otros de los tipos penales en igualdad de circunstancias son los tipos penales en “blanco”.

---

<sup>14</sup> *Idem.*

<sup>15</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, pág. 68.

El maestro Víctor Carranca Bourget hace alusión a los tipos penales en blanco señalando que “son aquellos a través de los cuales se delegan funciones legislativas de definición en favor del poder ejecutivo, el cual se encarga de complementar los tipos penales”.<sup>16</sup>

Con este tipo de técnica legislativa en muchas ocasiones, se incluyen hipótesis que rebasan la necesidad de ser consideradas como delictivas, debido a que quedan fuera del control legislativo “así sucedía por ejemplo en nuestro país en materia de psicotrópicos, hasta antes de la reforma a la ley general de salud del día 10 de Diciembre de 1987, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el día 23 del mismo mes y año, en vigor a partir del día siguiente, ya que al ejecutivo federal correspondía publicar las listas de sustancias consideradas como psicotrópicos a las que había que acudir.”<sup>17</sup>

En conclusión, el tipo penal es la descripción clara y precisa de una conducta, en donde el legislador determina qué hechos son constitutivos de delito, en plena concordancia con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### **1.1.3 El concepto de tipicidad**

El destacado tratadista Carlos Vidal señala que “en la búsqueda del principal fundamento sobre el concepto de la tipicidad, nos encontramos también con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, sobre todo si con certeza sabemos que es una derivación de lo entendido por tipo, pues no existiendo éste jamás se llega a la tipicidad y mucho menos al delito... destacando de manera principal la existencia de una conducta, actualizando y

---

<sup>16</sup> CARRANCÁ BOURGET, Víctor, “**La defensa de los derechos ciudadanos**”, Aspa, México, 1992, pág. 37.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 39.

concretizando la abstracción del tipo, es decir, la tipicidad encargada de individualizar a través de un hecho particular la generalidad prevista en la ley penal.”<sup>18</sup>

No estamos de acuerdo en que la tipicidad sea la encargada de individualizar un hecho particular, ya que dicha individualización no es acorde a la conducta desarrollada por el agente activo del delito, es decir que en todo caso la individualización de la conducta la debe de realizar el órgano jurisdiccional para imponer la pena establecida en la ley sustantiva penal; sin embargo para el maestro Castellanos Tena la tipicidad es “ la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.”<sup>19</sup>

Nos comenta el doctrinario Javier Alba que la tipicidad “requiere para su adecuación formal a la descripción, pero considerando que dicho comportamiento se adecue a la previa descripción realizada por el presupuesto legislativo, es decir estudiarse la verdadera desaprobación hecha por el legislador de una determinada conducta por medio del análisis de todos los componentes del tipo.”<sup>20</sup>

En este sentido el juzgador al momento de dictar un auto o en su defecto una sentencia definitiva, debe de estudiar el caso concreto a efecto de que se pueda determinar si el tipo considera a la conducta como delictiva y si existen las suficientes pruebas como para tenerle por acreditada.

---

<sup>18</sup> VIDAL RIVEROLL, Carlos, “ **El tipo y la tipicidad**”, UNAM, México, 1980, pág.77.

<sup>19</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.* pág. 77.

<sup>20</sup> ALBA, Javier, “ **La culpabilidad y la tipicidad**”, Temis, España, 1990, pág. 34.

Para el maestro Javier Alba “jurídicamente, para que se presente la hipótesis del tipo delictivo, no se requiere mediante la acción llegar al extremo y alcance del propio tipo en cuanto al análisis posterior de la antijuridicidad y la culpabilidad, sino que basta con que simplemente encuadre en él; la frustración nos permite ver agotarse la acción, más no el resultado (es en este caso donde generalmente existe tipicidad). La tipicidad no significa necesariamente oposición de una conducta con el Derecho, sino el primer paso y fundamento para proceder al estudio de la antijuridicidad y la culpabilidad.”<sup>21</sup>

Estamos de acuerdo en que es suficiente que para que exista tipicidad solamente es necesario que la conducta de un individuo encuadre en el tipo penal, para enseguida entrar en el estudio de los demás elementos del delito como es la antijuridicidad y la culpabilidad.

Si la conducta no se adecua a la norma penal, por lo tanto no existirá delito, siendo por lo tanto ocioso e inútil estudiar la antijuridicidad y culpabilidad de una conducta; en lo que no estamos de acuerdo con el autor antes señalado es en relación a que la tipicidad no es necesario que la conducta sea contraria a Derecho, desde nuestro punto de vista esa situación es un elemento imprescindible, por que si no es así, entonces estaríamos hablando en todo caso de una conducta reprochable socialmente o moralmente, pero que de ninguna manera es contraria a Derecho y por lo tanto no sería delito, siendo por lo tanto intrascendente para el propio Derecho.

La tipicidad “puede conocerse con la simple comparación de congruencia entre la conducta y el tipo, realizando únicamente el juicio cognoscitivo y no el preponderantemente

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, pág. 54.

valorativo requerido en la antijuricidad. El estudio de la tipicidad nos permite no sólo conocer la narración descriptiva señalada por el tipo, sino además el alcance de su significado con todas las exigencias.”<sup>22</sup>

En efecto para que se dé la tipicidad, solamente es necesario que la conducta encuadre en el tipo penal respectivo, sin realizar ningún otro estudio de carácter valorativo, es decir, que para la tipicidad no interesa que la conducta sea realizada bajo una legítima defensa, un estado de necesidad o una obediencia jerárquica ya que dichas cuestiones son funciones exclusivas de la antijuricidad o en su defecto de su exclusión.

Siguiendo al mismo autor “... mientras la tipicidad congruente se hace presente mediante la combinación de la conducta humana con la fórmula abstracta del tipo, la antijuricidad es la oposición desde un punto de vista preponderantemente valorativo de la conducta al derecho (violación de las normas de cultura)...”.<sup>23</sup>

Las funciones de la tipicidad, son diferentes a las establecidas para la antijuridicidad y la culpabilidad, de ello se desprende que la tipicidad para nosotros es simplemente el encuadramiento de la conducta al tipo penal establecido en la norma.

Sin embargo, lejos de esta definición el concepto de tipicidad tiene muchos alcances, la tipicidad vemos que su inmediata fundamentación se encuentra también en el principio *nulla crimen nulla poena sine lege*, cuyo estricto significado nos dice que no existirá delito

---

<sup>22</sup> VIDAL RIVEROLL, Carlos, *op.cit.*, pág.100.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 145.

sino es contenido en una ley y no se aplicará pena alguna, sino corresponde a un delito determinado. Cabe considerar que la exacta aplicación de la ley, derivada de esta expresión, principio y exigencia legal de todos los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal, no permite la vaguedad y oscuridad, sino por el contrario, nos induce a la certidumbre, claridad y precisión.

El investigador Alexander Graf zu Dohna menciona que “no obstante que al señalar el significado del principio base del tipo y de la tipicidad, se habla de la aplicación necesaria de la pena al sujeto que ha cometido determinado delito, en algunos casos el propio Estado excluye de la pena a ciertos comportamientos delictivos, por lo que la presencia de la sanción sirve de garantía jurídica, al permitir el ejercicio del *ius puniendi*, sin abandonar las excepciones. El espíritu del principio mencionado es encontrar la seguridad de que, previamente a la consideración de una conducta como delictuosa, la ley, en forma abstracta, se ha encargado de regularla anticipadamente.”<sup>24</sup>

En efecto la base tanto del tipo como de la tipicidad es el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, en donde la conducta del propio Estado ha de sujetarse a las leyes penales es verdad que para que exista tipicidad en primer término debe de haber tipo penal, y que previamente la conducta esté sancionada con una pena privativa de libertad, alternativa o no privativa de libertad, porque si no existe dicha pena señalada en la legislación, carecerá de legitimación jurídica para aplicarse, es decir, en otras palabras si no se contempla una pena para un tipo determinado, entonces no podrá existir la tipicidad, ya que la pena desde

---

<sup>24</sup> GRAF ZU DOHNA, Alexander, “**La ilicitud**”, traducción de Faustino Ballvé, Jurídica de Chile, 1982, pág. 54.

nuestro punto de vista y como lo señala el maestro Graf zu Dohna es parte importante del propio tipo penal.

Jorge Frías Caballero señala que “se ha comentado por algunos juristas que la tipicidad y el tipo no son privativos del Derecho Penal, sino más bien de una manifestación del Derecho en general. No debemos de considerar como adecuada tal afirmación pues la respuesta se encuentra, dada su importancia y trascendencia, en el Derecho vigente, a través de una ley promulgada, que parte del Derecho constitucional, rama fundamental y luego se apoya en las demás leyes de inferior jerarquía, que en su conjunto proporcionan un estudio dogmático que ayudan a desvirtuar tal aseveración.”<sup>25</sup>

Para nosotros la norma básica es desde luego la Constitución, pero de eso a que la propia Carta Magna establezca tipos penales no estamos de acuerdo, ya que es ésta la que otorga facultades al legislador ordinario para que determine mediante las leyes secundarias los tipos penales.

Nos parece importante la diferencia que hace el ilustre tratadista Manzini respecto del tipo y la tipicidad, señalando que “el tipo se considera como un concepto está, pues conserva el mismo estado ante quienes lo interpretan, la tipicidad es un concepto dinámico y funcional, por suponer la existencia de una conducta ajustada a un tipo al que se liga por un nexo personal y temporal dependencia.”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> *Cfr.* FRIAS CABALLERO, Jorge, “**Tipo y tipicidad en el sistema del Derecho Penal argentino**”, Ediar sucesores, Argentina, 1990, pág. 496.

<sup>26</sup> Citado por JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, “**La tipicidad**”, Porrúa, México, 1983, pág. 32.

El tipo siempre permanece en la letra de la ley, inmutable hasta que el legislador decide derogarla o abrogarla, debiéndose de aplicar por igual a todas las personas que se encuentren en el supuesto.

Para el maestro Jiménez de Asúa la tipicidad es "...la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción."<sup>27</sup>

Es obvio que para que exista la tipicidad debe de corresponder la conducta realizada por el agente y lo establecido en la ley, ya que de lo contrario estaríamos hablando de una conducta atípica, es decir, de una conducta que no está descrita en la norma como nociva para la sociedad, siendo por lo tanto irrelevante dicha conducta para el Derecho penal.

Por su parte el destacado tratadista Javier Alba señala que "la tipicidad de una conducta requiere su adecuación formal a la descripción, pero considerando que dicho comportamiento se adecuó a la previa descripción realizada por el presupuesto legislativo, es decir estudiarse la verdadera desaprobación hecha por el legislador de una determinada conducta por medio del análisis de todos los elementos componentes del tipo."<sup>28</sup>

En la opinión de González Bustamante "la tipicidad no es el cuerpo ni la figura del delito, como se sostiene inadecuadamente por que ello daría lugar a equivocadas interpretaciones, tampoco podríamos decir que exista un tipo de hecho y un tipo legal, ni que la tipicidad se aprecie por lo objetivo. Para que la conducta humana sea delictuosa, es necesario que sea

---

<sup>27</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op.cit.*, pág. 322.

<sup>28</sup> ALBA, Javier, *op.cit.*, pág. 391.

típica, es decir, que encuadre en su totalidad en el tipo legal; la conducta reputada injusta a la manera de una lente de cámara fotográfica, debe de quedar totalmente reflejada en el tipo penal con todos sus detalles y circunstancias; sólo así puede señalarse la probabilidad de que exista delito.”<sup>29</sup>

Este último concepto nos ilustra en una forma práctica sobre lo que es la tipicidad, es muy difícil, que en el campo del Derecho la conducta realizada se refleje en su totalidad como en el mundo material, debido a que lo que se busca en el proceso es saber la verdad jurídica de los hechos, que puede ser diferente a la verdad real, si se reflejará en su totalidad el hecho delictivo en las páginas de un expediente, entonces los jueces serían casi perfectos al momento de dictar una sentencia, porque no cabría ninguna duda de que todas las personas que se encuentran en los reclusorios fueran los responsables de actos criminales, sin embargo lo anterior no refleja la verdad, empezando porque las personas encargadas de procurar y administrar justicia son personas que bien pueden equivocarse (cosa que llega a suceder con bastante frecuencia).

En relación a la función de la tipicidad es triple como lo señala el maestro Fontán Balestra “a) Prejurídica.- Que es la condicionante de las legislaciones, cumpliendo el fin de garantía y seguridad jurídica, luchando por la aplicación de penas únicamente a hechos previstos con anterioridad por la ley como delitos.

---

<sup>29</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, “Esquema del delito”, revista Criminalia, año XVII, No. 9, México, Septiembre de 1951, pág. 490.

“b) Cualificativa.- En relación a los demás elementos del delito, delimitando y otorgando a cada uno su función. En la acción vemos por un lado, al legislador describiendo delitos en los tipos legales y por el otro a las conductas humanas adecuándose a dichas previsiones, ya sea con el tamis de plena consumación o en su caso con el de figuras incompletas ó accesorias a la ejecución, como acontece en la tentativa, la participación o la investigación, en la culpabilidad se percibe la necesidad de relacionar la manifestación objetiva con el aspecto interno y anímico del sujeto. En cuanto a la antijuricidad, basta analizar el tipo existente, mediante un juicio valorativo que muestre la contradicción con el Derecho (para realizar este estudio debe asegurarse previamente la presencia del tipo).

“c) De determinación.- No dejando inexactitud, oscuridad y vaguedad, sino por el contrario, precisión respecto de las conductas humanas sometidas al Derecho Penal.”<sup>30</sup>

Las funciones dadas al tipo y mostradas por el maestro Balestra son de vital importancia debido en primer lugar a que se relaciona la descripción hecha por el legislador con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, es decir que debe de estar establecido en la ley previamente la conducta para que exista delito. Otra de las funciones según el autor antes señalado es que el legislador por un lado describe las conductas y en caso de llegarse a encuadrar se realiza por ese hecho la tipicidad. La más importante de las funciones de la tipicidad es que no debe de dejarse en duda si la conducta descrita por el tipo es delito, debido a que se estaría violentando la seguridad jurídica de los gobernados.

---

<sup>30</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, “**Derecho Penal; introducción y parte general**”, 13ª edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 1995, pág. 357.

Generalmente se ha dado a la tipicidad un valor procesal, pues, por medio del análisis de un caso concreto en el procedimiento penal, se estudia en primer término el encuadramiento de una conducta al tipo penal y como consecuencia de ello, si la respuesta es positiva, se dirige a la investigación a comprobar la oposición al Derecho y a la rebeldía psíquica de la persona que se sospeche que haya cometido algún ilícito.

Sobre el valor procesal de la tipicidad, Jiménez de Asúa opina “el juzgador debe de limitarse inicialmente a probar la existencia del tipo como descriptivo, y a conocer con imparcialidad todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho, posteriormente la participación personal, dolosa o culposa del procesado, absteniéndose en la primera fase de valorar conforme al Derecho, sino hasta llegar a la segunda etapa, culminando con el juicio de culpabilidad del sujeto. Si el hecho no se ajusta a un tipo penal, el juez no puede seguir adelante.”<sup>31</sup>

El problema que representa el hecho de no valorar una conducta en la primera fase como lo llama el maestro Jiménez de Asúa, es que una persona puede llegar a ser procesada por simples sospechas, llegando a sufrir difíciles situaciones una persona “normal” en caso de que llegue a experimentar el ingreso a un reclusorio, como son el gran hacinamiento, los vicios, las peleas, etc., cosa que para una persona que no está acostumbrada a este tipo de ambiente es traumante la vivencia, si el delito no es grave tendrá menos secuelas su experiencia, pero si el delito por el que se le acusa es grave seguramente será sometido a todo tipo de vejaciones, el peor de los casos es que una persona inocente pase hasta un año en prisión para que finalmente se le absuelva en el mejor de los casos. Nosotros pensamos

---

<sup>31</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op.cit.*, pág. 64.

que en aras de la seguridad jurídica de los gobernados es necesario que previamente antes de pasar la a segunda fase se valore la conducta de la persona, sin que esto quiera decir que por ese simple hecho se le dé el sustento de una sentencia.

#### **1.1.4 Concepto de atipicidad**

El elemento negativo de la tipicidad ha sido denominado como atipicidad, cuyo significado puede obtenerse de la separación del prefijo “a” y el concepto tipicidad, razón por la cual viene a entenderse como falta de encuadramiento de una conducta al tipo descrito por la ley, comentando el maestro Castellanos Tena que “en el fondo, en la atipicidad hay ausencia de tipo, habida cuenta que si un hecho concreto no encuadra exactamente en la descripción de la ley, respecto al hecho en cuestión no existe delito.”<sup>32</sup>

Este concepto es parcialmente aceptado por nosotros si se emplea en términos generales, porque hablar propiamente de la atipicidad quiere significar el no encuadramiento de una conducta humana al tipo existente en el Derecho Penal vigente, por la falta de algún requisito exigido por el tipo.

En cambio, la ausencia del tipo se refiere a que el legislador no regula una conducta como delictiva, siendo por lo tanto irrelevante el estudio del acto u omisión, porque no es dañina para la sociedad según el criterio del legislador.

---

<sup>32</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op.cit.*, pág. 198.

Expresa el maestro Jiménez de Asúa que “cuando el hecho no encaja en alguna de las figuras delictivas descritas por el legislador, es porque resulta atípico, que motiva un sin valor para el Derecho Penal ya constituido, en cuanto posible análisis posterior de la antijuridicidad. La falta de alguno de los elementos del tipo, produce la atipicidad. De la misma forma en que la tipicidad no significa necesariamente antijuridicidad, la ausencia de tipicidad no significa ausencia de antijuridicidad.”<sup>33</sup>

Sin embargo el destacado tratadista Porte Petit señala que “según sea el contenido del tipo, asimismo será la extensión de la misma, por cuyo motivo será suficiente colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos formativos del tipo, para suponer todas las hipótesis de la ausencia de tipicidad.”<sup>34</sup>

Dentro de las múltiples causas de atipicidad, vamos a referirnos en vía de ejemplos a los más frecuentes:

Por falta del sujeto.- ya sea del activo o del pasivo, como se ve en los delitos de peculado, concusión, homicidio en razón del parentesco.

a) Por falta de objeto.- Es decir, cuando se carece del objeto (bien jurídico protegido, persona, o cosa sobre quien o que recae la conducta), no es posible que exista tipicidad, por ejemplo pretender privar de la vida a quien ya está muerto o pretender robarse una cosa que es propia.

---

<sup>33</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op.cit.*, pág. 340.

<sup>34</sup> PORTE PETIT, Celestino, “**Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal**”, 17ª edición, México, 1984, pág. 61.

b) Por falta de referencias temporales y especiales.- Se manifiesta por no darse el acto en determinado lugar o tiempo, como por ejemplo el delito de traición a la patria hallándose el país en guerra.

c) Por falta del medio previsto por la ley.- Puede conocerse cuando un determinado acto no se realiza a través de las formas descritas por la ley, con carácter excepcional para determinados delitos, como sucede con el fraude que necesita el medio del engaño, en la violación mediante violencia física o moral.

d) Por falta de elementos subjetivos.- Se presenta este aspecto si el presupuesto del tipo requiere un determinado *animus* del sujeto o referencias a su voluntad e intención, así tenemos que en la injuria es la de hacer una ofensa, en el delito de atentados al pudor sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula.

En conclusión podemos señalar que la atipicidad es la falta de los requisitos establecidos en cada tipo penal y que por tal motivo no se puede llegar a considerar como una conducta delictiva o lesiva para la sociedad.

## **1.2. Conceptos procesales**

En el presente apartado nos aremos referencia al concepto procesal más importante que utilizaremos en el presente trabajo de investigación, como lo es el concepto de procedimiento, debido a que en ocasiones se confunde con el concepto de proceso.

### 1.2.1. Concepto de procedimiento

Es importante diferenciar el concepto de procedimiento penal del procedimiento civil, al respecto estudiaremos la opinión de tratadistas especialistas en el campo del proceso penal, que se han distinguido en la materia por sus razonamientos.

El diccionario jurídico señala que la palabra procedimiento “proviene de la raíz latina *procedo, processi*, proceder, adelantarse, avanzar. En general, el procedimiento es la manera de hacer una cosa o de realizar un acto. Procedimiento corresponde a *procedure* en inglés, *procederé* en francés, *procedura* en italiano y *verfahren* en alemán.”<sup>35</sup>

Para Juan Palomar procedimiento es “... la fase procesal autónoma y delimitada respecto del juicio con que se entronca...”.<sup>36</sup>

Si tomamos en consideración el concepto antes señalado, tenemos que el procedimiento es una parte del proceso, esto en el proceso civil desde luego que es válido, sin embargo en materia penal es incorrecto, tal como lo refiere el ilustre procesalista Jorge Alberto Silva quien nos dice que “... dentro de la corriente muy difundida en la generalidad del foro y de los procedimentalistas en México, se ha sostenido que el proceso es una parte del procedimiento, que todo proceso es un procedimiento, pero que no todo procedimiento es un proceso.”<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, “**Diccionario Jurídico Mexicano**”, 7ª edición, tomo p-z, Porrúa, México, 1999, pág. 2568.

<sup>36</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *op.cit.* pág., 1082.

<sup>37</sup> “**Derecho procesal penal**”, 2ª edición, Harla, México, 1994, pág. 11.

De igual forma para nosotros el procedimiento en materia penal es el continente, que empieza cuando se tiene noticia criminal por parte de la autoridad competente de un hecho delictivo, hasta que ha causado estado por medio de una resolución de amparo emitida por la autoridad federal.

Otro destacado procesalista mexicano señala que el procedimiento “desde un punto de vista lógico es una sucesión de fenómenos vinculados entre sí, a través de las relaciones de causalidad y finalidad; jurídicamente es una sucesión de actos que se refieren a la investigación de los delitos, de sus autores y a la instrucción del proceso. Todos estos actos están debidamente encadenados conforme a un orden regulado en su contenido y efectos por el ordenamiento jurídico correspondiente van determinando el avance procedimental de acuerdo con las normas y exigencias que en el caso concreto amerite, para de ahí dar nacimiento a otros mas, que faciliten el logro de un fin determinado.”<sup>38</sup>

Nuestro concepto de procedimiento y siguiendo al ilustre maestro Jorge Alberto Silva Silva, lo podemos definir como el conjunto de etapas que se inicia con la averiguación previa, hasta que se emita una resolución por una autoridad federal. El proceso es entonces la etapa procedimental que se inicia con el auto de procesamiento y termina hasta que el juzgador cierra instrucción, dando paso a la emisión de conclusiones tanto del representante social como de la defensa, es decir, que el proceso es una pequeña parte del procedimiento donde se ofrecen, se aceptan y se desahogan las pruebas existentes tanto a favor como en contra del sujeto activo del delito.

---

<sup>38</sup> COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, “**Derecho mexicano de procedimientos penales**”, 12ª edición, Porrúa, México, 1990, pág. 52.

### 1.3. Conceptos Constitucionales

Hablar de los conceptos constitucionales que se tratan en la presente investigación, es mencionar aquellos presupuestos que están por encima de otros ordenamientos así se trate de leyes federales o locales, como por ejemplo el concepto de garantía y el de bien jurídico.

#### 1.3.1. Concepto de garantía

No cabe duda que el gobernado cuenta en la mayoría de los países democráticos con garantías, las cuales se diferencian de los derechos, ya que el Estado crea mecanismos tendientes para hacer efectivos los derechos establecidos en los Códigos, reglamentos, leyes federales y locales, siendo que éstos por sí solos no son instrumentos para que obliguen a la autoridad a cumplirlos a favor del ciudadano.

Para el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua la garantía es la “cosa que asegura y protege contra un riesgo o necesidad. Derechos que garantiza la constitución a los individuos de un Estado.”<sup>39</sup>

Según el maestro Juan Palomar en su obra Diccionario para Juristas señala que la garantía “es la acción y efecto de afianzar lo estipulado...”<sup>40</sup>

Podemos comentar que la cosa que asegura y protege a los ciudadanos contra los riesgos y afectaciones que se pudieran ocasionar por parte del Estado, pueden ser combatidos por

---

<sup>39</sup> 3ª edición, Larousse, México, 1995, pág. 316.

<sup>40</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan, “**Diccionario para juristas**”, 2ª edición, Mayo ediciones, México, 1981, pág. 630.

medio del juicio de amparo, el cual es el instrumento legal que impone límites a los actos de autoridad.

En forma general la autoridad debe estar ceñida por la ley, quien en todo momento deberá de respetarla en todos y cada uno de sus actos, en caso contrario, el propio Estado ha creado un mecanismo que sirve de “garantía” de respeto a la norma jurídica, pudiendo en todo caso el particular o persona jurídica acudir ante los tribunales federales para solicitar que cesen las violaciones a sus derechos.

Lo ideal sería que la ley fuese clara y precisa en su redacción, desde luego también en cuanto a su finalidad, sin embargo en muchos de los casos, no lo es, dando oportunidad a que la autoridad la interprete de una forma errónea, dando como resultado afectaciones en los derechos de los ciudadanos.

Desde el punto de vista de Burgoa Orihuela “la palabra garantía proviene del término anglosajón *warranty* ó *warrantie*, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues en sentido lato aseguramiento o afianzamiento que puede denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguardia o apoyo, jurídicamente el vocablo y el concepto garantía se originaron en el Derecho privado, teniendo en él las acepciones anotadas.”<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “**Las garantías individuales**” 28ª edición, Porrúa, México, 1996, pág. 163.

Estamos de acuerdo con el maestro Ignacio Burgoa debido a que el origen de la palabra garantía se dio en el Derecho privado, sin embargo para objeto del presente trabajo nos es muy importante su aplicación en el Derecho público y mas específicamente en el campo de las garantías individuales, que nos va a dar la pauta para demostrar que algunos de los tipos penales existentes en la legislación tanto federal como en el fuero común, no son ninguna garantía para el ciudadano, en virtud de que existen tipos penales que son abiertos y otros tantos van incluso en contra de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como se demostrará en el transcurso del presente trabajo.

Para el jurista Eduardo Andrade las garantías son “las normas que establecen límites a la acción del gobierno frente a los gobernados, también llamados derechos públicos subjetivos o derechos fundamentales, se caracterizan por obligar a los órganos constitucionales a no interferir en ciertas acciones derivadas de la libertad humana, mas que en los casos expresamente permitidos y con las condiciones y requisitos fijados al respecto.”<sup>42</sup>

En efecto al hablar en el presente trabajo de garantías, estaremos haciendo referencia a los derechos o instrumentos que tiene el gobernado no solamente ante la autoridad federal, sino ante las demás autoridades. Cabe hacer mención que algunas leyes secundarias provocan o violentan directamente los derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, originados por una redacción inadecuada, o por la “legislitis” (creación de leyes al vapor y en gran cantidad ).

---

<sup>42</sup> ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, “**El Significado actual de la Constitución**”, UNAM, México, 1998, pág. 17.

Burgoa Orihuela asegura que la garantía es “...todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho, aún cuando no sea de las individuales.”<sup>43</sup>

La garantía es el derecho que se encuentra consagrado en la Constitución y que debe de ser establecido por una ley reglamentaria a efecto de que en caso de violentarse se pueda coaccionar al propio Estado para que se abstenga de perturbar la tranquilidad del ciudadano.

### **1.3.2. Concepto de bien jurídico**

Para el maestro Antonio González “el legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuales son los objetos a proteger, puede determinar que sean, la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc., la forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que puede ser civil o penal...”.<sup>44</sup>

En efecto el legislador es quien determina los bienes jurídicos que la norma penal debe de proteger y es precisamente el legislador quien puede suprimir de un solo plumazo tipos penales que a su juicio no afecten a la sociedad o bien pueden aumentar penalidades para proteger a la sociedad de conductas nocivas, pero ésto no significa que el legislador haciendo una inadecuada interpretación de sus facultades, establezca de una forma irresponsable tipos penales sin ninguna afectación a los intereses de la sociedad.

---

<sup>43</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. cit.*, pág. 162.

<sup>44</sup> Consultar la voz de GONZÁLEZ RUÍZ, Samuel Antonio, “ **Diccionario jurídico mexicano**”, 7ª edición, tomo A-CH, Porrúa, México, 1994, pág. 338.

El gobierno en la actualidad ha implementado en su política criminal, el aumento en las penas de los delitos, con ello tratan de frenar la delincuencia, desde nuestro punto de vista es una forma inadecuada de tratar de controlar a la delincuencia, el Estado mexicano debe de poner atención a las causas que originan los delitos como la injusta distribución de la riqueza, el desempleo, la desintegración familiar, la educación, las drogas y el alcoholismo entre otras causas, y no aumentar penalidades que originan más sobrepoblación en los reclusorios, lo que a su vez trae como consecuencia más desintegración social, tráfico de drogas, prostitución, homicidios, robos, perfeccionamiento y aprendizaje de técnicas para cometer delitos, enfermedades venéreas y otros problemas que llevaban aparejados estos tipos de centros de reclusión. Sin embargo el gobernado debe de tener la seguridad jurídica de que solamente en los casos que realmente existan elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad se hará acreedor a la prisión preventiva. El Estado es el responsable directo de la protección de las vidas, del patrimonio de las personas, de la libertad de los ciudadanos, bienes que no hace falta discutir sobre su valor, pero lo que sí sería conveniente analizar es la desproporcionalidad de las penas, pues en ocasiones se castiga severamente al ladrón callejero y se trata con benevolencia al ladrón de cuello blanco, propiciando con ello impunidad, a decir del maestro Aarnio Aulis el "... ciudadano individual tiene que ser protegido no sólo contra los otros ciudadanos, sino contra el propio Estado." <sup>45</sup> Entonces desde el punto de vista del autor la protección que proporciona el Estado al ciudadano debe de ser considerado como un bien, una prerrogativa, un privilegio que tiene todo hombre por el simple hecho de haber nacido, punto de vista que se acerca al naturalismo.

---

<sup>45</sup> AULIS, Aarnio, "**Derecho, racionalidad y comunicación social**", 2a. edición, Fontamara, México, 2000, pág. 38.

El bien proviene del “latín bene, entre sus acepciones están: utilidad, beneficio, hacienda, caudal...”<sup>46</sup>

Para el diccionario jurídico bien es “aquello que contiene en sí mismo el complemento de la perfección en su propio género, o lo que mueve a la voluntad o lo atrae. También es considerado como el beneficio, utilidad (de ahí que se espera un bien para todos)...”<sup>47</sup>

Estamos de acuerdo con el concepto porque trata al bien jurídico como un beneficio para todos, de ahí la protección a la sociedad por parte del Estado que debe velar por la sobrevivencia de la sociedad; sin embargo en la praxis se observa que hay ciertos delitos que dejan dudas sobre si efectivamente protegen bienes jurídicos.

En opinión del maestro Eugenio Trueba “nunca serán suficientemente rechazadas aquellas posturas que sobreponen lo colectivo sobre lo personal, la sociedad no es sustancia independiente de la individual y el hablar del bien social como algo diverso al bien de sus integrantes, es algo sin sentido. La única razón de la sociedad reside en su condición de instrumento insustituible para mejorar la vida de quienes la forman, la estructuran y le dan realidad, es una persona el fin de la sociedad y no al revés, ningún nacionalismo, ningún racismo, ningún estatismo puede colocarse por arriba del hombre.”<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pág. 54.

<sup>47</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *op.cit.*, Pág. 175.

<sup>48</sup> TRUEBA OLIVARES, Eugenio, “**El hombre, la moral y el Derecho**”, 2ª edición, Orlando Cárdenas, México, 1986, pág. 145.

Estamos ante una interacción entre la sociedad y el hombre en su esfera particular, ya que el fin de uno es la del otro, el individualismo extremoso embrutece y envilece al hombre; sin embargo el colectivismo por su parte cuando llega a extremos peligrosos se olvida de la persona.

Muñoz Conde señala que los bienes jurídicos son “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrelación y el desarrollo de su personalidad en la vida social.”<sup>49</sup>

Los bienes que se protegen en la mayoría de las sociedades son la integridad corporal, el patrimonio, el honor, el homicidio, el hurto y la violación, variando de país a país la valoración de su gravedad, por ejemplo en las sociedades musulmanas es permitida la bigamia como una conducta normal y exclusiva de los varones, mientras que en los sociedades occidentales no es aceptada dicha conducta.

Franz Von Liszt señala que “... el bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad, el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección al Derecho eleva al interés vital a bien jurídico.”<sup>50</sup>

En conclusión el bien jurídico, son todos aquellos valores establecidos por la sociedad, que el legislador plasma en la norma penal y que afectan en forma directa o indirectamente a la

---

<sup>49</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *op.cit.*, pág. 245.

<sup>50</sup> LISZT, Franz Von, “**Tratado de Derecho Penal**”, 2ª edición, tomo I, Reus, Argentina, 1987, pág. 256.

sociedad, teniendo como finalidad la sana convivencia de los hombres dentro de la esfera social, cuidando desde luego el progreso de los gobernados como meta principal

## CAPITULO SEGUNDO.

### PRINCIPIOS RECTORES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

#### 2.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad se encuentra consagrado como derecho fundamental en el orden jurídico mexicano, cuyos antecedentes inmediatos provienen de la Constitución de 1857, la cual a su vez se inspiró en la institución del “debido proceso legal” (due process of law) contemplada por la enmienda y posteriormente por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en su apartado XIV, sección 1ª.

Según el profesor Jesús Orozco “el principio de legalidad alude a la conformidad o regularidad de los actos de autoridad o de la norma inferior con respecto a la norma superior que le sirve de fundamento de validez, por lo que opera en todos los niveles o grados de la estructura jerárquica del orden jurídico. De este modo no es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material y las normas individuales –decisión administrativa y sentencia- o en la relación en estos actos de aplicación y las normas legales y reglamentarias, en donde se puede postular la legalidad o regularidad y las garantías propias para asegurarla, sino también en las relaciones entre el reglamento y la ley y la Constitución; las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.”<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Véase la voz de OROZCO HENRIQUEZ, Jesús, “Diccionario jurídico mexicano”, *op.cit.*, pág. 2536.

En efecto creemos que la validez de una norma jurídica radica en su fundamento constitucional, de tal suerte que si una norma no esta basada en la Constitución, los preceptos de la norma secundaria que vayan en contra de la Carta Magna no serán válidos jurídicamente.

Lo ideal sería que todas las normas jurídicas estuvieran en concordancia con lo que establece la Constitución; sin embargo hemos observado que en muchas ocasiones no es así, ya que en las leyes secundarias existen contradicciones, lagunas, obscuridades que le dejan al juzgador la libre interpretación de sus preceptos, pudiéndose interpretar de una forma errónea, perjudicando con ello la esfera jurídica de los ciudadanos.

En otras ocasiones las normas están viciadas de origen, al ser mal redactadas por el legislador y qué decir de aquellos tipos penales que van en contra de principios generales del Derecho y de la propia Constitución, como por ejemplo el tipo penal de enriquecimiento ilícito establecido en el artículo 224 primer párrafo del Código Penal Federal que establece que “se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.”

Por su parte el artículo 275 del Código Penal para el Distrito Federal, señala que “comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utilice su puesto, cargo o comisión

para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia” en este sentido creemos que el servidor público no tiene por que comprobar nada, debido a que constitucionalmente a quien le compete la función de perseguir el delito y al delincuente es al Ministerio Público, es él quien tiene la obligación de comprobar que el funcionario incrementó su patrimonio de una forma ilícita, pero no al revés, que el ciudadano acusado tenga que demostrar que el dinero o las propiedades que posee son de procedencia lícita.

El destacado tratadista Ihering señala que a “través de nuestras instituciones circula por todas partes una corriente de desconfianza hacia el pleno poder que nos inspira terror y no encuentra reposo sino cuando el abuso se hace imposible, la ausencia de personalidad, el respeto exagerado a la regla muerta, son un rasgo del carácter de nuestra época, son los que se muestran no sólo en el Derecho público, sino en todas las relaciones. Veamos por ejemplo, la situación de los funcionarios públicos, éstos yacen encorbados bajo el pesado fardo de las leyes, ordenanzas e instituciones que guía sus menores pasos, como si fueran ciegos de nacimiento...”.<sup>52</sup> La ciudadanía tiene una gran desconfianza no solamente respecto a los funcionarios que se encargan de procurar y de administrar la justicia, sino incluso de las personas que se encargan de hacer las leyes, hace falta en nuestra sociedad confianza en los servidores públicos, cosa que no se logra de la noche a la mañana, sino que es un proceso paulatino y lento, los propios ciudadanos deben de votar por gente capaz, que tenga un *curriculum* limpio, debido a que en la mayoría de los casos es gente muy antigua la gente que proponen los partidos políticos, gente que ya está amafiada y con antecedentes deshonestos en la función del servicio público.

---

<sup>52</sup> IHERING, Rudolf Von, “**El espíritu del Derecho Romano**”, 2ª edición, tomo II, Oxford, México, 2000, pág. 324

Es bien cierto que los abogados en algunas ocasiones tienen una forma de respeto irrestricto a lo que dice la norma, aunque sea a todas luces injusta y tienda a contradecir normas jerárquicamente superiores, como es el caso del citado artículo 224 del Código Penal Federal y 275 del Código Penal para el Distrito Federal. Cada nueva legislatura aumenta o quita tipos penales a su arbitrio como es el caso del ya derogado delito de robo específico establecido en el artículo 371 párrafo tercero del antiguo Código Penal para el Distrito Federal, es decir que los gobernantes utilizan las normas para tratar de disminuir el alto índice delictivo que aqueja a nuestra sociedad; sin embargo dicha medida desde nuestro punto de vista no alivia en nada nuestra realidad, puesto que no atacan aspectos que tiendan a resolver de fondo los problemas sociales.

Günter Stratenwerth menciona que el principio de legalidad se “encuentra por primera vez en Cicerón, quien sostiene que un comportamiento pasado, que no hubiese por sí mismo, ni legalmente delictual y reprochable no puede merecer ninguna consecuencia jurídica negativa. De acuerdo con ello resulta admisible sancionar con posterioridad un comportamiento prohibido por la ética social, pero no establecer por medio de una sanción ulterior la prohibición de un comportamiento que no tenía ese carácter.”<sup>53</sup>

Entendemos que el principio de legalidad comprende, además el principio jurídico *nullum crimen poena sine lege*, es decir que no existe crimen sin delito, ni pena sin ley que lo determine, es un principio de legalidad absoluta, además de ser coincidente con otro de los principios que más adelante se analizarán, como el principio de irretroactividad de las leyes. Cuando una persona considera que es afectada en sus derechos, tiene como

---

<sup>53</sup> STRATENWERTH, Günter, “**Derecho Penal, parte general**”, Edersa, España, 1982, pág. 30.

instrumento el juicio de amparo, cosa que en nada ayuda a los demás ciudadanos debido a que como es sabido los efectos del amparo son particulares; si realmente las autoridades quisieran resolver el problema de la delincuencia atacarían los factores que originan el delito y no como se hace en la actualidad en donde se aumentan las penalidades indiscriminadamente para tratar de reducir el índice delictivo que con la amenaza de un castigo severo.

Ángel Martínez menciona que la legalidad es ontológicamente necesaria, porque se debe de ajustar a las exigencias de la lógica y se nutre de las sugerencias de la equidad, sugerencias y exigencias que se enlazan y se vinculan, debe decirse que la ley jamás aprisiona la libertad de apreciación del juez, porque haría difícil la exégesis para su aplicación, el juez no está sobre la ley pero tampoco por debajo de ella, porque haría que la autonomía se disgregara.<sup>54</sup> Pensamos que la legalidad debe de estar plasmada en la norma, porque a partir de la misma el aplicador del Derecho debe de adecuar sus actos a la ley, porque de lo contrario se le darían demasiadas facultades de interpretación, se pueden cometer anomalías tales como interpretaciones erróneas, excesos, mientras menos sean las facultades de interpretación del juzgador, mayor será la seguridad jurídica del gobernado que se vea implicado en un procedimiento penal. La legalidad implica que se actúa conforme lo marca la norma, cómo podemos establecer que se actúa legalmente cuando no existe ley, pero en el peor de los casos que exista, pero que ésta se redacte en una forma que sea oscura, imprecisa, carente de lógica o de equidad.

---

<sup>54</sup> Cfr. MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, “**El proceso penal y su exigencia intrínseca**”, Porrúa, México, 2003, pág.30 y 31.

El doctrinario Gerardo Laveaga señala a la educación como una forma de elevar los valores políticos de la sociedad, al respecto menciona que "... los grupos dominantes que han tenido mejor éxito en mantener la organización estatal, se han preocupado porque los gobernados conozcan las normas jurídicas en mayor o menor grado. La identidad de elementos como la lengua, la religión, las costumbres facilitan en ocasiones este esfuerzo; en otras las diferencias lo han dificultado hasta imposibilitado. Convertir a un pueblo en Estado, ha exigido un proceso educativo mediante el cual no sólo se enseña la lengua, la religión y las costumbres sino los valores políticos y las estructuras que mediante premios y castigos los hacen prevalecer...".<sup>55</sup> De hecho en nuestra sociedad lo que más daño le ha hecho al pueblo, es precisamente que no existen suficientes escuelas para cubrir las necesidades más elementales de educación, a la clase dominante económicamente le conviene formar técnicos para poderlos emplear en las compañías maquiladoras, es decir que solamente necesitan de mano de obra barata y calificada sin que les interese la educación de los ciudadanos.

Los preceptos normativos de carácter penal deben de ser conocidos por la mayoría de la población, para ello es necesario en primer lugar que los padres, sacerdotes, maestros escolares enseñen a nuestros niños a respetar las leyes , debido a que los infantes de hoy serán los jueces y magistrados del mañana, que determinarán y resolverán los conflictos que se presenten; pero si el juzgador desde la infancia no se le educó a conducirse conforme a las normas establecidas por la sociedad, entonces en muchos de los casos se verá tentado a desviar sus determinaciones por cuestiones extrajurídicas.

---

<sup>55</sup> LAVEAGA, Gerardo, "**La cultura de la legalidad**", UNAM, México, 1999, pág. 52.

En nuestra sociedad también es necesario que en las escuelas primarias y secundarias se lea la Constitución, con la finalidad de enseñarles en primer lugar el respeto por nuestras leyes y en segundo lugar el conocimiento de las mismas, también esos niños y esas niñas en el futuro podrán ser diputados o senadores y porque no hasta presidentes de la República, honestos y responsables, conocedores de nuestras normas; es necesario trabajar desde este momento para que podamos ver los resultados a mediano plazo, mucha gente quisiera ver los resultados inmediatos de las políticas criminales, pero esto no es posible debido a que cada gobierno que entra al poder no le da continuidad a la política criminal implementada por sus antecesores.

El principio de legalidad por sí mismo encierra múltiples problemas, debido a que no solamente implica el conducirse conforme lo marca la ley, la simple redacción de un tipo penal mal redactado lo hace oscuro e impreciso y afecta el principio de legalidad. Al respecto el maestro Giuseppe Bettiol señala que es “...muy importante en razón a la determinación de los tipos penales que puede en algunos casos comprometer la misma seguridad jurídica, es decir, el problema de cómo el legislador determina los tipos penales, no estamos sólo ante un problema técnico sino de uno de naturaleza política verdadera y propia. Se dice que los tipos penales describen los tipos de delitos, pero el problema gravita en torno a los verbos como el de ocasionar, en los delitos de homicidio y el de robo ya que los elementos enunciados por el legislador como determinantes para el fin de indicar un tipo delictivo son de tal naturaleza que postulan sólo una constatación por parte del magistrado intérprete.”<sup>56</sup> Para nosotros el problema planteado por el tratadista en comentario

---

<sup>56</sup> BETTIOL, Giuseppe, “**Instituciones de Derecho Penal y Procesal**”, 2ª edición, Bosch, España, 1977, pág. 100.

es más político que de sintaxis, debido a que en muchas ocasiones los legisladores son personas que tienen un grado escolar muy bajo aunado a que no se rodean de gente conocedora para plantear adecuadamente un tipo penal, cabe hacer mención que las comisiones técnicas no han estado a la altura de los problemas que se presentan para la redacción de las leyes, es decir “algo” está fallando. Sabemos que es muy importante el aspecto político en la legislación de leyes debido a que gravitan importantes intereses no solamente el político, sino económicos y sociales entre otros; los cuales quedan encubiertos para la gente común y corriente.

Giuseppe señala que el juzgador en estos casos debe de realizar una valoración de carácter jurídico, señalando expresamente que “... estamos frente a una valoración que debe de ser hecha y expresada en base a determinadas exigencias de carácter jurídico...”.<sup>57</sup>

Siguiendo al maestro Bettiol los elementos descriptivos deben de prevalecer sobre los normativos, señala expresamente que “... el Código Penal italiano aún cuando es de origen autoritario está abierto a los poderes discrecionales del magistrado, es también verdad que el problema de los elementos normativos del tipo maduró en Alemania sobre un Código de corte liberal. Lo que podemos decir es que una codificación que pretenda tutelar al máximo la libertad del individuo, los elementos descriptivos deben de prevalecer sobre los normativos a fin de que no sea dejado todo a una decisión concreta del magistrado.”<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, pág. 103.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 106.

La adecuada descripción de cada uno de los tipos penales hace que el juzgador se conduzca con más equidad, en lo particular nosotros somos de la idea de no dejar ninguna fisura en la ley para que “nunca” se tuviera que interpretar; sin embargo creemos que tal situación sería muy difícil aplicarlo debido a que se podría caer en el extremo de codificar todo, el extremo por sí mismo es dañino para la sociedad, porque si existieran jueces humanistas, honestos, conocedores de las virtudes y del Derecho, sería más importante tener leyes defectuosas para que el juzgador resolviera los casos con equidad, sin embargo no es así ya que en México están muy desprestigiadas las instituciones de procuración y administración de justicia, por los constantes escándalos de corrupción, de lentitud y de ineficacia, por ello que es necesario no solamente la actualización de nuestras leyes, sino además es importante tener funcionarios conocedores del Derecho y con un amplio sentido humano, estimulándolos con mejores salarios y prestaciones, así como condiciones materiales y humanas para el desempeño de su labor que eleven la calidad del servicio que prestan a la ciudadanía.

El Código Canónico de 1929, en su artículo 25 establece que “siempre que las normas penales de la legislación del reino de Italia aplicables en forma supletoria resulten por cualquier motivo inaplicables y a falta de toda disposición penal especial, y sin embargo se cometa un hecho que ofenda los principios de la religión o de la moral, el orden público y la seguridad de las cosas y de las personas, el juez aparte de las previsiones y penas espirituales del Derecho Canónico, puede aplicarle al culpable una pena de multa de hasta 9,000 liras o arresto hasta de 6 meses.”<sup>59</sup> El principio de legalidad y de seguridad jurídica

---

<sup>59</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge E. “**El proceso penal**”, 3ª edición, tomo III, Edino, Colombia, 1990, pág. 83.

en el Código Canónico es inexistente debido a que no obstante que no exista una norma aplicable al caso concreto se castiga dicha conducta, cuando vaya en contra de la moral, del orden público contraviniendo con ello el principio jurídico *nullum crimen nulla poena, sine lege*, en donde se señala precisamente que para imponer una pena, debe de estar previamente establecida en la ley, y si no es de esa forma la conducta no debe de ser considerada como delictiva; sin embargo en el Código Canónico el juez puede imponer penas, cuando considere que se afecte a la religión o a la moralidad, cosa totalmente arbitraria.

Según el maestro Sergio García Ramírez la legalidad es un instrumento para que el juzgador no determine resoluciones arbitrarias, ni ninguna otra autoridad, al respecto menciona que "... la legalidad cuenta con dilatadas proyecciones en la esfera penal, donde el desbordamiento de la actividad pública, por el camino del arbitrio, que es continente del capricho, causaría -de hecho ha causado- graves daños a los gobernados en su persona, en su fama y en su patrimonio. La legalidad dogma del Derecho Penal liberal posee su más aparatosa conquista, en el principio no hay delito sin tipo...".<sup>60</sup> Como ya se ha dicho anteriormente lo más peligroso para la sociedad es dejarle al juzgador la libertad de interpretar una norma penal, debido principalmente a que el juzgador puede aplicar la ley a su arbitrio, existiendo el peligro de que se afecte a los ciudadanos en su derechos, este peligro se debe de reducir al mínimo haciendo leyes claras y precisas, sin dejar que el juzgador realice la actividad de legislador.

---

<sup>60</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "**Curso de Derecho Procesal Penal**", 2ª edición, Porrúa, México, 1997, pág. 10.

Cabe hacer mención que aquellos tipos penales que no protegen bienes jurídicos, los tipos sin verbo o en blanco, también los que son ambiguos, son tipos penales que contrarían el principio de legalidad y de seguridad jurídica; el de legalidad porque no obstante que sea Derecho positivo, es decir, emanado de la actividad legislativa, contraría el espíritu de la Carta Magna y a los principios del Derecho penal en general.

Para el mismo tratadista "... el Estado tiene derecho a castigar solamente en los casos y en la forma expresamente determinada por el Derecho objetivo. De este límite surge pues, el Derecho subjetivo de los ciudadanos: Derecho subjetivo de libertad que está tutelado implícitamente por la misma norma de Derecho penal y explícitamente por otras normas jurídicas (Derecho Constitucional) y que consiste en el derecho de no ser castigado fuera de los casos expresamente previstos por normas emanadas de los órganos competentes."<sup>61</sup> En efecto, el Derecho subjetivo de los ciudadanos lo determina el Derecho objetivo, siendo la emanación de esos derechos diferentes según sea el régimen político de la sociedad, ya que hemos observado que en los regímenes totalitarios el Derecho es utilizado como un instrumento para mantener a las clases económicamente débiles controladas; sin embargo en los países democráticos las leyes penales son promulgadas para beneficio, estabilidad y convivencia sana de los integrantes de una sociedad, y tienen especial interés de no imponer penas a quien no haya realizado una conducta socialmente dañosa, porque de lo contrario sería volver al autoritarismo.

Siguiendo al maestro Sergio García, para realizar justicia se pueden emplear dos vías, la civil y la penal que tienden a realizar dos funciones diferentes, menciona en su libro

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, pág. 11.

denominado curso de Derecho Procesal Penal que la "... justicia estatal tiene el deber de mantener el orden jurídico, tanto al través de la jurisdicción civil, en que se realizará la justicia correctiva, como por medio de la penal en que se desenvuelve la distributiva, se impone la penalidad por medio de un proceso, porque aquella es la manifestación de la justicia y el proceso es el camino de la misma justicia." <sup>62</sup> Estamos de acuerdo con el maestro Sergio García en el sentido de que el proceso es el camino de la justicia; sin embargo no creemos adecuado utilizar la palabra justicia, debido a que es un concepto de carácter subjetivo que tiene diversas acepciones, en primer lugar lo que es justo para una persona, no lo es para otra; Es por ello que en el presente trabajo se hablará de verdad, ya que el proceso es el instrumento adecuado para saber la verdad histórica de los hechos, imponiéndose al final de éste una sentencia, en donde saldrá a relucir la verdad jurídica, que puede incluso ser contraria a la verdad real, en este caso el juzgador no va a sentenciar sobre delitos que no estén puestos a su consideración, sino que dictaminará únicamente sobre lo que conste en el expediente.

## **2.2. El principio de seguridad jurídica**

El objetivo de la seguridad jurídica, como meta del Derecho se entiende a partir de concebir al Derecho como un instrumento orientado a posibilitar y fomentar la existencia humana, esto significa la posibilidad de cada individuo para elegir lo que quiere ser y llevarlo a cabo, ésto naturalmente sólo es comprensible en la vida en convivencia. El individuo no puede vivir solo, su desarrollo deberá de manifestarse dentro de un ámbito social, por eso

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, pág. 17.

existir es coexistir , siendo necesario que exista un cierto orden que debe de ser vinculante en sentido ético social, el desarrollo de éste exige la introducción de un orden coactivo que haga vinculante la voluntad social, es decir, es necesario que se definan las conductas socialmente deseadas a través de los tipos penales y que a su vez, éstas sean conminadas con la amenaza de la punibilidad, en síntesis es necesario que cada miembro de la sociedad civil tenga la certeza de que los demás se abstendrán de realizar conductas que afecten su posibilidad de existencia, tal afectación aparece representada por la lesión a los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad, que por lo mismo se constituyen en el objeto del orden jurídico.<sup>63</sup>

Es muy importante que la ley promueva la integración social por medio del establecimiento de tipos penales acordes con los principios generales del Derecho y desde luego con la propia Constitución; pero si es la propia ley que es oscura, imprecisa y mal redactada, entonces por lo tanto la propia ley penal fomenta la desintegración social, máxime cuando no hay una definición de las conductas socialmente deseadas o cuando no se tiene la certeza de que un tipo penal proteja efectivamente algún bien jurídico.

Lo que le interesa a la sociedad es asegurar el cumplimiento de conductas que son valiosas para la vida social, o sea conductas que implican la realización parcial, pero efectiva. Se determinan de manera objetiva las conductas cuyo cumplimiento es necesario asegurar, si falla o falta ese criterio, se corre el riesgo de asegurar el cumplimiento de conductas cuya realización más bien infunde temor que paz, como lo menciona el tratadista Juan Torres “ la

---

<sup>63</sup> Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo, “**Derecho Penal mexicano**”, 2ª edición, Porrúa, México, 1998, págs. 115-118.

seguridad jurídica en sentido objetivo, significa la protección, en sí de los bienes jurídicos. La seguridad jurídica en sentido subjetivo, significa la tranquilidad y la certeza de comunidad acerca de su posibilidad para disfrutar y disponer de esos bienes jurídicos, lo anterior naturalmente implica un ámbito diferente del concepto anterior, si bien estrechamente relacionado, que se traduce en un aspecto subjetivo de la propia seguridad jurídica.”<sup>64</sup> En efecto el aspecto objetivo de la seguridad jurídica es precisamente la protección a los bienes socialmente valiosos, como por ejemplo la vida, la libertad, la seguridad, el patrimonio de las personas, que evidentemente trae tranquilidad y paz a los ciudadanos (aspecto subjetivo) ambos aspectos de las seguridad jurídica son importantes; sin embargo para efectos del presente trabajo tomaremos especial interés en la seguridad jurídica objetiva. Cuando alguno de los tipos penales no es claro ni preciso, el gobernado no cuenta con la tranquilidad que el Estado debe de proporcionarle, para que el ciudadano pueda realizarse como padre de familia, como trabajador, como estudiante, etc. es necesaria la seguridad jurídica subjetiva en virtud de que no es palpable en el mundo material, es decir, son cuestiones internas del individuo, afectando su desenvolvimiento en la sociedad.

Es también muy importante para el maestro Malo Camacho darle al gobernado la protección a sus bienes jurídicos, siendo igualmente importante proporcionarle tranquilidad, señala en su obra denominada Derecho Penal Mexicano que “... en relación al contenido y alcance de la seguridad jurídica vale tener presente que unido al concepto de la efectiva protección de los bienes jurídicos (concepto objetivo) es necesario que paralelamente se dé el sentimiento de seguridad jurídica en los miembros de la comunidad acerca de la efectiva protección de sus bienes (concepto subjetivo). La comisión de un

---

<sup>64</sup> TORRES TORRES, Juan, “**La legalidad**”, 3ª edición, Temis, Argentina, 1980, pág. 70.

delito en ese orden de ideas afecta siempre de una doble manera. Por una parte la lesión del bien jurídico penalmente tutelado, que implica el sentido objetivo de la afectación al sentido subjetivo de esa misma seguridad jurídica, que se traduce en la alarma social que produce siempre el delito.”<sup>65</sup> La seguridad jurídica objetiva y subjetiva son conceptos esenciales en todo tipo penal, siendo la segunda una consecuencia directa de la primera, ya que desde el punto de vista formal no puede existir la seguridad jurídica subjetiva, si previamente no existe realmente una protección a los valores sociales que el legislador haya establecido en algún tipo penal, es decir, una de las finalidades también del tipo es crear confianza, que tendrá como consecuencia inmediata la aplicación de la normatividad penal, no es suficiente “proteger” algún bien jurídico en la ley, sino que es necesario su correcta aplicación a todas las personas que encuadren su conducta a algún tipo penal, sin ningún tipo de distinciones.

En algunos tipos penales como en los delitos de desobediencia y el abuso de tipos de peligro abstracto como la posesión o distribución de pornografía, se deja en duda el bien jurídico que supuestamente protegen estos tipos penales, al respecto el maestro Carrancá Bourget señala “... un sinnúmero de tipos penales consagran conductas que no afectan o ponen en peligro bienes jurídicos tutelados por la carencia e idoneidad en la conducta para provocar dicha lesión o peligro o, por el dudoso contenido del bien jurídico que en ocasiones lo constituyen pautas éticas o normas morales...”.<sup>66</sup> Los delitos señalados por el doctrinario obedecen más a pautas morales de cierto sector de la sociedad, que a afectaciones de particulares o de la propia comunidad, sin embargo corremos el peligro, en

---

<sup>65</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.* pág. 120.

<sup>66</sup> CARRANCÁ BOURGET, Victor, *op.cit.* pág. 38.

el supuesto caso de que se siga legislando al vapor y sin tomar en consideración a la gente especialista en cada materia, de caer aún más en la legislitis en donde estemos los gobernados en un mar de leyes, que regulen toda conducta que se crea afecte a la sociedad, el problema de nuestra sociedad, es hacer leyes adecuadas a la problemática actual, leyes bien redactadas y sin dejar a dudas la conducta nociva que el legislador trate de sancionar.

En los países europeos principalmente, no se establece como tipo penal el enriquecimiento ilícito; sin embargo tienen diferentes delitos que sancionan las corruptelas de sus funcionarios, al respecto el tratadista Raúl Cárdenas Rioseco señala que “... en el enriquecimiento ilícito tampoco se estableció claramente, cuál es el bien jurídico que se pretendió tutelar y, en consecuencia, en la definición del tipo penal, falta claridad y precisión respecto de la conducta que debía de prohibirse al funcionario público para sancionarlo penalmente, independientemente de que la inclusión de este delito, en el título décimo del Código Penal Federal, sea superflua, ya que con las otras figuras que ahí se contemplan, se cubren todos los posibles comportamientos del servidor público desleal, tal como sucede en la mayoría de los países de cultura occidental, que no contemplan el enriquecimiento ilícito.”<sup>67</sup> De igual forma se puede hacer lo mismo que en los países europeos donde no se contempla este tipo de delito, es más en nuestro país y específicamente en el Distrito Federal, así como en materia federal existen capítulos relativos a los delitos cometidos por servidores públicos, en los cuales se penalizan conductas desleales de los funcionarios públicos, por lo que en nuestra opinión no tiene razón de ser el tipo penal de enriquecimiento ilícito.

---

<sup>67</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, “**Enriquecimiento ilícito**”, Porrúa, México, 2001, pág. 178.

Ya desde la época de los romanos se castigaba a los empleados públicos que se veían relacionados en actos de corrupción, pero jamás se castigó al funcionario por hacerse rico durante su administración, en cuyo caso el Estado tendría la obligación de demostrar la deslealtad del funcionario; sin embargo en México sucede todo lo contrario, ya que es el servidor público quien tiene que comprobar el origen de sus riquezas, hechos que pudieran catalogarse como inmorales, en caso de que el empleado no demuestre el origen de sus bienes; sin embargo en el aspecto jurídico es el Ministerio Público quien tiene la obligación de demostrar la ilicitud del enriquecimiento, esto de acuerdo a lo establecido por el artículo 21 constitucional, por lo que la representación social tiene como función de acuerdo a la Carta Magna de perseguir el delito y al delincuente, funciones que en cualquier país democrático deben de respetarse.

Para el maestro García Máynez, “el orden positivo, como tal, es un complejo de exigencias emanadas de los que tienen el poder. Aún cuando tales exigencias sean formuladas como verdaderas normas, sólo constituyen juicios enunciativos que establecen en qué condiciones habrán de aplicarse determinadas penas a quienes no acaten los mandamientos de la autoridad. El llamado derecho positivo es en consecuencia una congerie de enunciaciones sobre la aplicación condicionada del poder del más fuerte, es poder puro y simple. No encierra ningún deber, ninguna obligación...”.<sup>68</sup> Cabe hacer mención que el tratadista sigue un naturalismo puro, que encierra la facultad para el ciudadano de no obedecer una norma, cuando vaya en contra de las leyes naturales, en este caso como el tipo penal no es la

---

<sup>68</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, “**Introducción al estudio del Derecho**”, 50ª edición, México, 1999, pág. 261.

consecuencia de un razonamiento adecuado para el bienestar del hombre, sino que es puro acto de autoridad, entonces el ciudadano puede abstenerse de acatar dicho ordenamiento.

Es bueno para el Estado que cada acto de autoridad esté debidamente legitimado, asimismo cada una de nuestras leyes, cada tipo penal debe de estar legitimado por la razón, por la coherencia con todas las demás normas, pero sobre todo con la Constitución que es la norma suprema que rige los lineamientos a seguir por las normas secundarias, de lo contrario el mismo Estado provoca irritación y malestar entre los ciudadanos, naciendo la legitimación también de los gobernados para oponerse a los actos de autoridad. Para nosotros la creación de tipos penales que no establecen verbos, o los tipos penales en blanco, son leyes que atentan contra de la seguridad jurídica de los gobernados constituyendo su promulgación un abuso de poder.

Sin embargo para el Doctor Eduardo Azua Reyes, señala que más que seguridad jurídica en las normas penales se requiere certeza, debido a que son palabras con un significado diverso, al respecto menciona que “la seguridad jurídica y la certeza son dos palabras que en el estudio del Derecho se emplean con frecuencia para hacer referencia a la misma idea. Posiblemente la primera de ellas ha corrido con mejor suerte, sin embargo creemos que en la mayoría de los casos resulta incorrecto su empleo...”.<sup>69</sup>

Ampliando la idea anterior el maestro Arturo Cortés también hace mención a las diferencias existentes entre seguridad jurídica y certeza, señalando que “un individuo se

---

<sup>69</sup> AZÚA REYES, Eduardo, “**Los principios generales del Derecho**”, 2ª edición, Temis, México, 1998, pág. 154.

halla en estado de certeza cuando sabe el contenido de la ley, sabe lo que le es permitido y lo que no. Un individuo en cambio se encuentra en estado de seguridad, no sólo cuando conoce los preceptos legales, sino cuando puede afirmar que el Estado lo respalda, con la fuerza pública si es necesario y que sus derechos se transformarán en realidades.”<sup>70</sup> Es más amplio el concepto de seguridad jurídica, de acuerdo con las ideas antes señaladas ya que contempla no solamente el conocimiento de la ley (certeza) sino además se tiene el respaldo del propio Estado para hacer respetar la normatividad existente. Para efectos del presente trabajo se seguirá utilizando el concepto de seguridad jurídica, porque ello entraña desde nuestro parecer la certeza.

Existen diversos requisitos que debe de reunir la seguridad jurídica en una norma “a)Que el Derecho sea positivo, que se halle estatuido en las leyes y que no se remita a los juicios de valor del juez mediante criterios generales, como por ejemplo la buena fe; b)Que los hechos en que se base el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean practicables; c)Que ese Derecho positivo no sea expuesto a cambios demasiado frecuentes.”<sup>71</sup> En relación al primer requisito creemos que es necesario, que en efecto, el Derecho positivo esté plasmado precisamente en las leyes, sino es así entonces se le estaría dando facultades al juzgador para que determinara a su arbitrio, no pasa desapercibido para nosotros que si se señalaran todas las conductas en forma excesivamente detallada en las leyes, sin darle en lo más mínimo facultades al juez para individualizar una pena, entonces el juez sería simplemente una máquina en donde la aplicación de la justicia sería fría y por lo tanto injusta o inequitativa, esto no es nuestra intención en el presente trabajo, sino que

---

<sup>70</sup> CORTÉS MENDOZA, Arturo, “**La certeza jurídica**”, 3ª edición, Temis, Argentina, 1988, pág. 300.

<sup>71</sup> AZÚA REYES, Eduardo, *op.cit.*, pág. 80.

por medio de la ley se restrinjan las facultades interpretativas del juzgador al mínimo con la meta de que no pueda aplicar criterios personales, ya que existen tantos criterios personales como personas. El segundo de los requisitos de la seguridad jurídica se basa en el margen de error al momento de aplicar la ley a un caso concreto planteado al juzgador, pensamos que si no es correcta la redacción de los tipos penales establecidos en el Código Penal y la gran parte de los llamados delitos especiales, al momento de aplicarlos a un ciudadano se estarían cometiendo absurdos, como en el caso del enriquecimiento ilícito, donde se tiene la finalidad de disminuir la corrupción, sin embargo al momento de su aplicación se estarían trasgrediendo normas superiores como lo es la Constitución.

El principio de inocencia y el principio de equidad que deben de prevalecer en toda investigación ministerial o judicial se estarían violentando en el caso del tipo penal de enriquecimiento ilícito. Los cambios en el Derecho son necesarios, por que a cada momento cambia la sociedad; sin embargo cuando el legislador hace cambios demasiado frecuentes en las leyes, ésto provoca incertidumbre en la psique del gobernado, porque no sabe en que momento van a cambiar los normas, es decir no sabe a ciencia cierta qué conductas se van a castigar el día de mañana y cuáles no. En la práctica cotidiana vemos como a cada momento se cambian las leyes penales de acuerdo al criterio de la gente que se encuentra en el poder, ya sea que se aumenten penas, se legislen nuevos tipos penales, o bien se redacten de diferente forma.

### 2.3. El principio de irretroactividad de las leyes

Los primeros antecedentes del principio de irretroactividad de las leyes se encuentran en el Derecho Romano de Justiniano. En donde los textos que integran el *Corpus Iuris Civiles* contienen algunas disposiciones que tienen relación con el problema de la aplicación retroactiva de las normas jurídicas. La más significativa de éstas disposiciones se consigna en las *Novellae* y es la siguiente: “*absurdum esset, id quod recte factum est, ab eo quod nondum erat, postea subverti*” que significa que sería absurdo que situaciones jurídicas, válidamente creadas, pudiesen ser anuladas por normas que se dictasen posteriormente. En los ordenamientos que constituyeron el Derecho medieval español se prohibió de diversas maneras la retroactividad de las leyes, como por ejemplo en el Fuero Juzgo se señalaba que las leyes solamente debían de comprender los pleitos o negocios futuros y no los que hubiesen acaecido, por su parte el Fuero Real establecía que el delincuente debía de recibir la pena existente en el tiempo de su culpa, y de ninguna manera aquella que se hubiere dictado posteriormente, asimismo en las siete partidas se prescribe que los contratos y los delitos debían de juzgarse con arreglo a las leyes vigentes en el tiempo de su celebración o de su comisión.<sup>72</sup>

Ahora bien se observa que todas estas normas tienen gran semejanza con las actuales disposiciones constitucionales sobre la materia, especialmente con aquellas que se refieren a la irretroactividad de la ley como garantía individual del acusado en los juicios del orden penal. Para la filosofía liberal que se desarrolla a finales del siglo XVIII, el principio de

---

<sup>72</sup> Cfr. *Ibidem*, págs. 174-176.

irretroactividad de la ley es uno de los fundamentos básicos de todo sistema normativo pues resulta indispensable para garantizar la seguridad jurídica de los individuos.

Para Benjamín Constant señaló en relación a la retroactividad de las leyes, que es el mayor atentado que la ley puede cometer al pacto social, porque existe una anulación de las condiciones en virtud de las cuales la sociedad tiene derecho a exigir obediencia al individuo, por ello le roba las garantías que le otorgaba a cambio de esa obediencia que es un sacrificio, la retroactividad arrebatada a la ley su carácter, la ley que tiene efectos retroactivos no es una ley. Los ideales liberales anteriormente expuestos quedan plasmados en la Constitución Federal de Norteamérica de 1787 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que se dictó en Francia en 1789, que en su artículo VIII de la mencionada Declaración expresa claramente el principio de irretroactividad de la ley en materia penal en los siguientes términos: la ley no debe establecer sino las penas estrictamente necesarias y ninguno podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada. Asimismo en los Códigos Civiles de los países europeos y latinoamericanos que se redactaron a lo largo del siglo XIX, impera la regla de que las leyes no pueden tener efectos en relación al pasado, en México, el principio quedó consagrado por primera vez en el artículo 19 del Acta Constitutiva de la Federación, que se promulgó el 31 de Enero de 1824, posteriormente pasó al artículo 14 de la Constitución de 1857.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup>Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel, “**Sistema de consecuencias jurídicas del delito**”, UNAM, México, 2002, pág. 37.

En nuestro sistema de Derecho la “irretroactividad de las leyes se consagra en el párrafo primero del artículo 14 constitucional y significa que ninguna ley podrá autorizar que se examine la licitud de los actos pretéritos o se afecten derechos adquiridos.”<sup>74</sup> En efecto nuestra Carta Magna establece la irretroactividad de las leyes, en su artículo 14, como una garantía que tenemos los gobernados de que no se nos va a aplicar una ley anterior, sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en jurisprudencia definida, la excepción al principio de irretroactividad en materia procesal penal, en este caso sí se aplican retroactivamente las leyes, aún en perjuicio de los procesados, cosa que desde nuestro punto de vista es incorrecto. Creemos que la razón de este criterio jurisprudencial emitido por nuestro más alto tribunal, se debió principalmente a que constantemente los políticos o gente acomodada económicamente cometían ilícitos y al pagar simplemente una caución obtenían de inmediato su libertad provisional, ello provocó la indignación de la sociedad por la tremenda impunidad que existía; sin embargo al tener la ley la característica de general, se afectó a un gran número de ciudadanos que no eran ni políticos ni gente acomodada.<sup>75</sup>

En opinión del maestro Malo Camacho, “el estudio de la irretroactividad de la ley implica el estudio de su aplicación frente a una sucesión de leyes penales, ámbito en el cual son susceptibles de presentarse tres situaciones diferentes: la ley que crea un tipo no previsto por una ley anterior; la ley que suprime un tipo que la ley anterior regulaba; la ley que modifica a la ley anterior.”<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, “**Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal**”, 2ª edición, Porrúa, México, 1989, pág. 43.

<sup>75</sup> Cfr. MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *op. cit.*, págs. 123-125.

<sup>76</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *op.cit.*, pág. 197.

En el primero de los casos al crearse un nuevo tipo penal, se requiere forzosamente la vigencia de una norma anterior para que pueda ser aplicada, siendo entonces que sin esta vigencia no puede aplicarse a conductas anteriores, si se llegara a aplicar la ley el criterio sería anticonstitucional; en el segundo de los supuestos creemos que si la ley nueva suprime tipos penales, entonces si se debe de aplicar retroactivamente la ley, en virtud de que causa beneficios a los que están sentenciados; en el tercero de los casos la ley nueva modifica a la ley anterior, esto desde luego que no implica mayores esfuerzos debido a que debe de aplicarse la ley nueva en todo lo que beneficie al procesado, más si le perjudica no debe de aplicarse la nueva ley, la fórmula radica en el momento que se cometio el delito.

Desde nuestro punto de vista se debe de establecer en nuestra Carta Magna la política criminal que se debe de seguir no únicamente en el Distrito Federal, sino en toda la República, ya que en la actualidad es por tiempo determinado (sexenal). Reaccionando el gobierno ante el alto índice delictivo de acuerdo al partido político que se encuentre en el poder, de tal suerte que existen muchas discrepancias entre el Jefe del Gobierno del Distrito Federal y el Ejecutivo Federal, así como entre éste y los demás Gobernadores de los Estados del interior de la República, es decir, la política criminal no es homogénea para todo el país.

El maestro Malo Camacho señala que "...en relación con los delitos instantáneos, continuos o permanentes, no parece presentarse ningún problema simplemente la creación del tipo nuevo hace surgir una situación jurídica que es relevante para el Derecho Penal y que anteriormente eran inexistentes, por lo mismo, en la medida en que no tiene efecto hacia el pasado, no puede tener relación con situaciones precedentes, sólo la tendría en el

caso de que la conducta delictiva implicara la presencia de algún delito instantáneo, continuo o continuado y que la creación del nuevo tipo, viniera a afectar la situación de aquellos, pero en tal caso, no estaríamos hablando de la problemática relacionada con la creación del nuevo tipo, sino que se estaría haciendo referencia al nuevo tipo que afecta la conducta perpetrada bajo la vigencia de la regulación anterior.”<sup>77</sup> Para nosotros el nuevo tipo nada tiene que ver con la conducta perpetrada bajo la vigencia de la regulación anterior, debido a que la creación de nuevos delitos no debe afectar en lo más mínimo las conductas realizadas, hasta antes de la promulgación del nuevo tipo penal.

Para González Quintanilla “desde el punto de visto político-criminal la irretroactividad se justifica por que un sanción establecida con posterioridad al hecho no podría operar ni como retribución, que supone la violación culpable de una ley y ésta no existirá entonces, ni como prevención ya que no es posible evitar la comisión del hecho efectuado en el pasado.”<sup>78</sup>

Consideramos que desde ningún punto de vista es justificable la retroactividad de las leyes en perjuicio de las personas, sin embargo se ha estilado que algunos gobiernos con el pretexto de bajar el índice delictivo, violentan los principios jurídicos, como si estuviéramos todavía en la época del naciismo. Es por ello que, la política criminal debe de adaptarse estrictamente a la normatividad legal y en segundo lugar debe de tener continuidad, así como aplicabilidad en todo el país, de lo contrario solamente se estarán

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, pág. 199.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, “**Derecho Penal mexicano**”, 3a edición, Porrúa, México, 1996, pág. 62.

dando paleativos a las crecientes demandas ciudadanas de disminuir las conductas delictivas.

Siguiendo con González Quintanilla, menciona que “quizas para el Estado fuera conveniente dar extensión a sus nuevos preceptos, pero cuando se encuentran a veces de por medio los intereses y la tranquilidad de los ciudadanos que, habiendo obrado de acuerdo con la ley que regía en un momento dado, perderían toda seguridad y toda firmeza jurídica si las consecuencias de aquellos actos fueran juzgadas y establecidas conforme a nuevas disposiciones, por eso el artículo 14 constitucional ofrece una fórmula conciliatoria que permite hacer uso de las nuevas leyes aún para resolver problemas anteriores...”.<sup>79</sup>

Al respecto podemos comentar que efectivamente con la tranquilidad social no se juega, ni se puede estar experimentando cada vez que entra un gobierno nuevo al poder, es por ello que proponemos que la política criminal sea establecida, no por los gobiernos, sino por la Constitución con la finalidad de darle sustentabilidad jurídica y continuidad; el artículo 14 constitucional es claro en relación a la aplicación de la ley retroactiva en perjuicio de persona alguna. En materia civil, el artículo 14 Constitucional, permite conciliar los intereses privados al momento en que el juzgador resuelve un caso en particular; sin embargo en materia penal no puede resolverse un caso concreto bajo los mismos supuestos de otras materia.

---

<sup>79</sup> *Idem.*

Al respecto, el maestro Fernando Arilla Bas, señala que “...el artículo 14 constitucional establece de manera expresa la prohibición de la retroactividad de la ley en perjuicio de alguna persona, esta prohibición se extiende a las leyes procesales...”.<sup>80</sup>

En relación a la irretroactividad de las leyes penales en España, el Código Penal de aquel país establece que “las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse aquellas hubiere recaído sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo su condena.”<sup>81</sup> En este sentido existe concordancia con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al aplicar sólo la irretroactividad en caso de que le favorezca al sujeto la nueva creación de una determinada ley.

El tratadista Jiménez de Asúa en su libro de lecciones de Derecho Penal, establece que al momento en que se promulga un nuevo tipo penal pueden presentarse varios problemas por él analizados, señalando que “cuando se crea un nuevo tipo, rige la máxima *tempus regit actum*, siendo la irretroactividad absoluta aceptándola hasta positivistas en menoscabo del apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

“La abolición de tipos delictivos. La irretroactividad es completa ya que la norma de cultura ya no considera como punible el hecho que antes estimó como delictivo.

“Nuevas disposiciones modificativas, pueden serlo de los principios generales (eximentes, atenuantes, agravantes, etc.) del tipo y de su consecuencia (pena mayor o menor). Aquí es

---

<sup>80</sup> ARILLA BAS, Fernando, “**El procedimiento penal en México**”, 20ª edición, Porrúa, México, 2000, pág. 14.

<sup>81</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op.cit.*, pág. 98.

donde opera la máxima de no extractividad de la ley más restrictiva de la libertad, sin embargo no quedan vencidas todas las dificultades porque, al aplicarla, surge la cuestión de cuándo la ley es más favorable.”<sup>82</sup>

En el primer supuesto de acuerdo a la transcripción antes referida es absoluta en virtud de que en el momento en que se crea un nuevo tipo penal, no es posible su aplicación a conductas anteriores a su promulgación debido al principio jurídico que no hay crimen, ni pena sin ley. Estamos de acuerdo con esta aseveración debido a que por el contrario sería ir en contra de la propia lógica, al penalizar conductas si no existe una ley exactamente aplicable. En los países totalitarios como en las dictaduras se crean tipos penales y se aplica de igual forma a las conductas realizadas antes y después de promulgadas las leyes, sin que el ciudadano tenga la certeza jurídica de las conductas que son tipificadas como delitos, sin embargo en los países democráticos el ciudadano tiene la certeza de que la ley nueva no le afectará negativamente en las conductas anteriores a la promulgación de la ley.

En el segundo de los supuestos señalados, en donde la norma de cultura ya no considera como punible el hecho que antes estimó como delictivo, en relación a este punto creemos acertada la opinión ya que se debe de dejar en libertad absoluta al reo que esté cumpliendo con su pena debido a que la conducta antes delictiva ya no es considerada conducta nociva para la sociedad.

En el tercer supuesto pueden ser modificadas parcialmente las leyes penales, ya sea para agravar o atenuar un determinado tipo delictivo, si lo atenúa debe de aplicarse

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, pág. 99.

retroactivamente porque le beneficia, pero en caso de que se agrave no podrá aplicarse retroactivamente, porque así lo dispone nuestra Carta Magna y porque de aplicarse sería contrario al principio de seguridad jurídica. Si al órgano jurisdiccional se le diera la facultad de poder aplicar retroactivamente una ley a su arbitrio, se podría utilizar como un arma política para combatir a los ciudadanos indeseables que estuvieran en contra del régimen político, casi en todas las sociedades se trata de inutilizar políticamente a los contrincantes, bien otorgándoles puestos públicos dentro de la administración, o bien desterrándolos en formas muy sutiles como por ejemplo nombrarlos embajadores o bien puede crearse nuevos tipos penales con dedicatoria especial hacia ciertas personas para librarse jurídicamente de su persona.

Cuando un Código Penal es abrogado, la mayoría de la gente se entera de dichas modificaciones, sin embargo en los delitos denominados especiales, es menos probable que el ciudadano común y corriente sepa con certeza las conductas consideradas como delictivas, siendo por lo tanto más fácil derogar una ley especial que derogar un código; no obstante lo anterior consideramos que al estar diseminados los tipos penales en diferentes leyes es atentatorio en contra de la seguridad jurídica de las personas, al respecto el maestro Miguel Acosta Romero señala que “los delitos especiales son aquellas disposiciones normativas penales que no forman parte del Código Penal y que tipifican un determinado delito o bien pueden ser aquellas disposiciones en las que el sujeto activo o el autor del delito se encuentra en un plano diferente en relación a cualquier otro sujeto del delito, es decir, se requiere una calidad específica, señalada por el legislador, siendo éste el único que

puede cometer el mismo.”<sup>83</sup> Para el objeto del presente trabajo se determinará como delito especial a todo aquel tipo penal que no se establezca en el Código Penal.

Para Jiménez de Asúa, las leyes especiales son tipos penales que se encuentran en los tratados internacionales, señalando que “...si un tratado de extradición enumera un delito que después una ley interna estima que el autor que lo comete no debe de ser objeto de entrega será ésta la ley que valga, con todos los efectos retroactivos, sobre el convenio que así taxativamente modifica, en cuanto a sus efectos internos.”<sup>84</sup>

Por regla general siempre se debe de aplicar la ley especial sobre la ley general, sin embargo cuando la ley especial es más perjudicial porque establece mayores penalidades que la ley general, entonces se debe de aplicar la ley más benigna al caso concreto. Estamos de acuerdo con el maestro Jiménez de Asúa en relación a que cuando un tratado internacional de extradición se realiza con otro país y en alguno de ellos se derogue algún tipo penal, es decir que ya no se castigue determinada conducta, entonces no podrá ser extraditado un ciudadano en virtud de que la Constitución, en su artículo 15, menciona que “no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos, convenios o tratados en virtud de los que alteren las garantías y derechos establecidos por ésta Constitución para el hombre y el ciudadano” con esto entendemos que la propia Constitución no autoriza la celebración de tratados que alteren las garantías individuales de nuestro país y si la garantía de legalidad establecida en

---

<sup>83</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, “**Delitos especiales**”, 6ª edición, Porrúa, México, 2001, pág. 12.

<sup>84</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op.cit.*, pág. 99.

el artículo 14, tercer párrafo, de la constitución menciona que “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata” entonces los tratados que estén en contra de esas disposiciones no deberán de tener ningún valor jurídico, no se podrá extraditar a una persona cuando en nuestro país no se tenga como punible una determinada conducta, no obstante que en otros países dicha conducta sea considerada como delictiva, ya que ningún código ni ley especial pueden ir en contra de la Carta Magna.

Sin embargo no siempre es tan claro cuando una ley debe de aplicarse retroactivamente, el maestro García Maynez señala que “...la doctrina universal ha planteado la cuestión en ciertos casos desde hace tiempo, qué se resuelve cuando tratándose de penas de la misma naturaleza, la nueva ley rebaja el máximo, pero eleva el mínimo o al revés, ¿en el caso de penas de diferente naturaleza se ha de estar a la gravedad relativa de ellas o se ha de recurrir al principio de su valor relativo de conversión?...”.<sup>85</sup>

No se puede determinar subjetivamente la ley más benigna para todos los casos, es por ello que dependiendo del caso concreto podríamos determinar si puede aplicarse retroactivamente una ley, señalando más adelante el autor antes citado que “...corresponde únicamente al juzgador decidir cuándo la nueva ley debe de aplicarse retroactivamente, sin que el indiciado tenga intervención de ninguna especie en dicha decisión por ser ésta de orden público.”<sup>86</sup> No estamos de acuerdo debido a que si bien es cierto la aplicación de las

---

<sup>85</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op.cit.*, pág. 158.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pág. 160.

normas penales es de orden público, también lo es que los juzgadores están sujetos a errores. Los aplicadores del Derecho bien pueden realizar sus funciones de oficio, sin que ello sea impedimento para que pueda el indiciado pedir la aplicación de la ley.

Existe una fuerte polémica en relación a si las leyes se deben de aplicar retroactivamente cuando el caso sea cosa juzgada, en el ámbito internacional hay países que aceptan que no se deben de aplicar las leyes retroactivamente cuando exista una sentencia ejecutoriada, sin embargo otros países sí lo aceptan como son los Códigos de "...Argentina (artículo 2) Brasil (artículo 2), España (artículo 24) que declaran la retroactividad de la ley más benigna, tratándose del condenado. Consagran sistemas opuestos limitando la aplicación retroactiva hasta el momento de dictarse la sentencia, entre otros los Códigos Italiano de 1930 (artículo 2) y el Chileno, ya que la retroactividad de la ley más favorable no tiene lugar cuando el juicio ha sido fallado, concluida la litis, la intangibilidad que la ley reconoce a la cosa juzgada impide que la ley posterior más benigna puede ser aplicada al reo.”<sup>87</sup> Afortunadamente en nuestro país se consagra la irretroactividad de las leyes en perjuicio de las personas, en el artículo 14 constitucional, esto quiere decir que se deben de aplicar las leyes en forma retroactiva cuando sea en beneficio de las personas sin importar que esté pendiente su proceso o ya se haya dictado sentencia, ya que el citado artículo no establece ningún tipo de excepción.

---

<sup>87</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “**Derecho Penal mexicano**”, 14ª edición, Porrúa, México, 1999, pág. 159.

## 2.4. El principio de intervención mínima

Toda norma jurídica debe de tener como requisito indispensable, el que sea necesaria para la comunidad, para lograr sus fines, sus metas tanto personales como sociales, al respecto el maestro Malo Camacho señala que este principio “...también llamado *extrema ratio* o *ultima ratio* identificado también como el principio de intervención mínima, significa que la regulación penal sólo aparece justificada en la medida en que sea necesaria a los objetivos de la convivencia.”<sup>88</sup> Al respecto podemos comentar que solamente el Estado en base a su facultad de establecer aquellas conductas que deben de ser consideradas como delictivas, deben de ser justificadas, ya sea por su trascendencia social o por la necesidad de reglamentar conductas nocivas para los ciudadanos en su conjunto o en forma particular como se decía anteriormente; sin embargo podemos encontrar en ocasiones tipos penales que por sí mismos no justifican su existencia, debido a que bien pudieran utilizarse otros medios de sanción social diferentes a las penas, como podría ser la sanción de carácter administrativa entre las que se podría considerar la multa, el apercibimiento o incluso el arresto, asimismo se podría utilizar como forma alternativa de solución de conflictos la amigable composición, el arbitraje, sin llegar a los extremos que determina el Derecho Penal.

Las formas señaladas para resolver los conflictos deben de intentarse antes de ser estipuladas en los ordenamientos penales, al respecto el tratadista Juan Torres Torres señala que “así como sólo es dable recurrir al ámbito de la regulación penal cuando no sean suficientemente eficaces otras formas de regulación del orden jurídico, fundadas

---

<sup>88</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *op.cit.*, pág. 99.

principalmente en la solución reparatoria. La regulación jurídica implica la coercibilidad penal, cuya imposición representa la intervención más directa y personal del Estado en los bienes jurídicos, incluso personalísimos...”.<sup>89</sup> Estamos de acuerdo en que el Estado debe de vigilar la sana convivencia de las personas que viven en sociedad, en lo que no estamos de acuerdo es que existan conductas calificadas por el legislador como delictivas, como por ejemplo el recientemente creado delito de negación del servicio público, quebrantamiento de sellos, variación del nombre o del domicilio, violación de correspondencia o incluso el delito de ataques a la paz pública que establece el artículo 362, último supuesto del Código Penal para el Distrito Federal, pues son conductas que desde nuestro punto de vista no deben de ser tipificadas como delitos, pero sí como infracciones de carácter administrativas.

Beccaria precursor del humanismo en el Derecho penal, señala en su Tratado de los Delitos y de las Penas que las “historias nos enseñan, que debiendo ser las leyes pactos considerados de hombres libres, han sido pactos casuales de una necesidad pasajera, que debiendo de ser dictadas por un desapasionado examinador de la naturaleza humana, han sido instrumento de pasiones de pocos... dichas pues aquellas pocas naciones que sin esperar el tardado y alternativo movimiento de las combinaciones humanas, aceleraron con buenas leyes los pasos intermedios de un camino que guiase al bien evitando de ese modo que la extremidad de los males les forzase a ejecutarlo.”<sup>90</sup> Para tener buenas leyes es necesario que estén basadas en el equilibrio entre la conducta y la sanción.

---

<sup>89</sup> TORRES TORRES, Juan, *op.cit.*, pág. 100.

<sup>90</sup> BONESANO, César, “**Tratado de los delitos y de las penas**”, 9ª edición, Porrúa, México, 1999, pág. 4.

El tratadista Francesco Carnelutti menciona, en su obra Derecho Procesal Penal, que “la hipótesis penal consiste en la representación y por eso en el concepto de un hecho, cuyo acaecimiento o no perturba profundamente en el orden social y por tanto denuncia un defecto de ser en aquel que lo comete; en una palabra de un hecho respecto del cual se considera necesaria la intervención del Estado para que no acaezca o bien para que acaezca, y cuando en cambio haya acaecido o no acaecido, a fin de restaurar el orden perturbado por su acaecer o no...”<sup>91</sup> En efecto las normas penales deben de poseer la característica de obediencia al principio de intervención mínima, en virtud de que el Estado no debe darse el lujo de legislar todas las conductas del ciudadano, sólo se deben de implementar el castigo a aquellas personas que denoten conductas graves que atenten en contra de la sociedad, así como aquellas conductas que pongan en peligro el patrimonio, vida, integridad de las demás personas. Los supuestos penales deben de construirse en forma tal que el legislador anteponga ante todo un profundo conocimiento de los fenómenos que perturban el orden social, para de esa forma establecer la sanción respectiva; en otros casos el propio legislador crea leyes que van en contra de la norma máxima, cosa que desde luego es contrario a todo principio de libertad y de seguridad, en algunos casos el mismo legislador no redacta adecuadamente las normas penales, interpretándose de una forma errónea por parte del aplicador del Derecho, situaciones que obliga al Estado a revisar la normatividad.

El principio de intervención mínima está estrechamente relacionada con el principio de necesidad, ya que si bien es cierto que desde nuestro punto de vista el Estado debe de legislar sólo en aquellas conductas, cuya valoración establecida por la sociedad sea

---

<sup>91</sup> CARNELUTTI, Francesco, “**Derecho Procesal Penal**” 3ª edición, Oxford, México, 2000, pág.12.

realmente dañosa o que realmente ponga en peligro los intereses sociales, también lo es que es necesario que todos los ciudadanos de una comunidad deben de estar convencidos de que si atentan en contra de las leyes, serán sancionados conforme lo establezcan los códigos, es decir, los aplicadores del Derecho deben de sancionar las conductas delictivas a todos por igual, de lo contrario se crearía más impunidad trayendo como consecuencia más conductas delictivas. El maestro Leonardo Prieto-Castro señala que “el principio de necesidad significa que el proceso penal es obligatorio para averiguar la infracción criminal, descubrir al autor, juzgarle y sobre todo imponerle la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege et iudicio*) a diferencia del orden civil donde el derecho entre las partes se ejecuta mediante un convenio conciliatorio, una transacción o un arbitraje, extraprocesales, independientemente del cumplimiento voluntario de las normas.”<sup>92</sup> En efecto es importante para la integración social que la persona que se intuya que haya cometido un delito sea sometido a proceso; sin embargo consideramos adecuado para la seguridad jurídica de los ciudadanos, que al hacerlo se tengan los suficientes elementos probatorios para poderlo considerar como responsable en una sentencia, ya que de lo contrario se podría caer en el absurdo de que se consignaran a las personas sin tener los elementos necesarios para hacerlo, tal como sucede a diario en los tribunales. Estamos de acuerdo en que el proceso penal es de orden público por lo tanto es de interés del Estado ver por la observancia de la aplicación de las leyes penales, cosa que también sucede con el Derecho civil, en donde se permite el arbitraje y la amigable composición, en materia penal existe la institución del perdón solamente en ciertos delitos, pero con las reformas propuestas por el ejecutivo se habla de medidas alternativas de justicia como la conciliación y la suspensión condicional del proceso, aún

---

<sup>92</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, “**Derecho Procesal Penal**”, 2ª edición, Tecnos, España, 1978, pág.90.

para los delitos graves patrimoniales con excepción cuando se realicen por medio de la violencia.

Según Ignacio Burgoa la libertad para manejar el Derecho no debe de ser absoluta, manifestando expresamente que "...la permisión no debe de ser absoluta, ya que el Derecho como esencialmente normativo, al regular las relaciones sociales, forzosamente limita la actividad de los sujetos de dicho vínculo. Por ende, para mantener el orden dentro de la sociedad y evitar que éste degenera en casos, la norma debe de prohibir que la desenfrenada libertad individual origine conflictos entre los miembros del todo social y afecte valores e intereses que a éste corresponden. Tal prohibición debe de instituirse por el Derecho atendiendo a diversos factores que verdaderamente y de manera positiva la justifiquen. En consecuencia todo régimen jurídico que aspire a realizar el bien común, al consignar la permisión de un mínimo de la actividad individual, correlativamente tiene que establecer límites o prohibiciones al ejercicio absoluto de ésta para mantener el orden dentro de la sociedad y preservar los intereses de la misma o de un grupo social determinado. En este sentido, pues, el bien común se ostenta como la tendencia esencial del Derecho y de la actividad estatal a restringir el desempeño ilimitado de la potestad libertaria del sujeto."<sup>93</sup>

Estamos de acuerdo con el maestro Burgoa en el sentido de que el Estado debe de restringir la libertad individual de los ciudadanos para que no se afecten intereses de los demás miembros de la sociedad; consideramos que el Estado no debe afectar ningún interés sino

---

<sup>93</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "**Derecho Constitucional Mexicano**", 13ª edición, Porrúa, México, 2000, pág. 294.

cuando se encuentre justificado el interés social, debido a que se podría correr el riesgo de penalizar conductas para satisfacer a intereses políticos o de interés particular.

El doctrinario Juan Torres Torres señala que si se “...pretende lograr el bien común en un Estado, es menester que tal objetivo se consume simultáneamente, lo que se concluye es que un régimen de Derecho que merezca ostentar positivamente el calificativo de verdadero conducto de realización del bien común, no debe de fundarse o inspirarse en una sola tendencia ideológica generalmente parcial y por ende errónea, sino tener como ideario director todos aquellos, postulados o principios que se derivan de la observación exhaustiva de la realidad social y que tienden a preservar y fomentar en una adecuada armonía, tanto a las entidades individuales como los intereses y derechos colectivos.”<sup>94</sup> El Estado debe de ser el organizador de todos los intereses que se presentan en la sociedad, pero sobre todo debe de prevalecer el interés común, sobre el interés de los particulares.

El tratadista Ignacio Burgoa establece en su obra de Derecho Constitucional Mexicano que “determinar hasta que punto debe el orden jurídico limitar la actividad y esfera de los particulares y hacer prevalecer frente a éstos los intereses y derechos sociales, es un problema muy complejo que no es posible resolver *a priori*, sólo nos es dable afirmar, no a guisa de contestación, sino como mera orientación para posibles soluciones a tal cuestión, que la demarcación de las fronteras entre los diferentes objetivos del bien común, cuya realización produce una sinergia de factores individuales y colectivos, nunca debe de rebasar una órbita mínima de subsistencia y desenvolvimiento atribuida a las realidades individual y social. Dicho de otra manera, en el afán de proteger auténticos intereses de la

---

<sup>94</sup> TORRES TORRES, Juan, *op.cit.*, pág. 38.

sociedad, bajo el deseo de establecer en el seno de la misma una verdadera igualdad real mediante un intervencionismo estatal a favor de los grupos desválidos, no se debe de restringir a tal grado el ámbito de la actividad de la persona humana, que impida a ésta realizar su propia felicidad individual.”<sup>95</sup> Creemos necesario apuntar que la felicidad individual no debe de estar reñida con la felicidad de la colectividad, ya que a medida de que se proteja a ésta, estará por lo tanto protegida la felicidad del ciudadano en su esfera individual, cabe hacer mención que de acuerdo a nuestro criterio el Estado debe siempre de buscar la felicidad de todos, porque de lo contrario habría códigos para cada uno de los grupos que interactúan en la sociedad.

---

<sup>95</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op.cit.*, pág. 297.

## CAPITULO TERCERO

### ESTUDIO DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL TIPO PENAL

A cada momento de la historia jurídica mexicana, observamos reformas que cambian los lineamientos para acreditar la existencia de un delito y la probable responsabilidad del imputado, algunas de estas reformas lejos de beneficiar al estado de Derecho que debe imperar en un país de corte democrático, lo perjudican y lo estacan jurídicamente, a tal grado que por una simple acusación se puede ser consignado y hasta procesado por un delito que al final de cuentas no se demuestra la afectación social, pero que sin embargo se encuentra incluido como tipo en el Código Penal. Hablar de cuerpo del delito y de elementos del tipo desde nuestro punto de vista es hablar de lo mismo, porque el primero es la comprobación de los elementos objetivos, subjetivos y/o normativos, mientras que los elementos del tipo son fruto de la teoría del delito, exigiendo para su comprobación otros requisitos, como se verá más adelante.

#### 3.1. Estudio del cuerpo del delito

Los antecedentes procesales del *corpus delicti* se remontan al antiguo procedimiento inquisitorial canónico italiano del siglo XII, a pesar de que se le atribuye a Farinacio en 1581 el uso por primera ocasión del vocablo. Con antelación al surgimiento de la inquisición, durante el siglo XII, en el sur de Francia y de Italia, el comportamiento de sacerdotes y obispos se había degenerado a tal grado que muchos de éstos vivían en concubinato y desenfrenada lujuria, lo que aunado a la opulencia papal, provocaría el

rechazo de un importante sector de la sociedad europea y el surgimiento de numerosas herejías que amenazaban con extenderse hacia grandes dimensiones, en contra de esta creciente atmósfera de adversidad al clero y la cristiandad, el Papa se vio obligado a predicar una cruzada, la de los barones del norte, apoyada por los reyes franceses que vieron grandes ventajas en ésta y así frenar la desbandada. Con el transcurso del tiempo el movimiento se transformó en una policía religiosa con extraordinarios poderes, dando paso a la inquisición y los tribunales respectivos, la inquisición condenaba pero no ejecutaba, pues esta función pertenecía al brazo secular, lo que fue aceptado por los monarcas e importantes feudales debido a las ventajas políticas que les representaba la coalición, poco después sería la judicatura con tribunales fijos, reglas específicas y personal adaptado a su papel, al reconocer a la iglesia romana como la única y verdadera; fundamentalmente a partir del mandato del Papa Gregorio IX y, una serie de decretos y bulas expedidas por éste para consolidar los tribunales eclesiásticos, destacando la labor de los dominicos franceses, quienes eran pagados por el rey y muy temidos por todos, para someter a juicio a una persona era suficiente que hubiere testigos que depusieran sobre las circunstancias para que se considerara al acusado responsable y si no confesaba antes o después de sufrir el tormento, era tenido como impenitente y sufría el castigo de la hoguera, como ejemplos de este tipo de intolerancias tenemos el concilio de Albí, celebrado en el año de 1254, se previno por el simple hecho de que una persona entrara en casa de un hereje, ello constituía una presunción grave del delito de herejía. Eran comunes toda clase de torturas para la obtención de confesiones, por ejemplo las marcas en el rostro, el tormento del hambre, la flagelación, la cadena perpetua en forma inhumana, la muerte en la hoguera, la confiscación de bienes a favor del clero.<sup>96</sup> Lo transcrito anteriormente nos da una clara idea

---

<sup>96</sup> Cfr, PALLARES, Eduardo, “**El procedimiento inquisitorial**”, imprenta universitaria, México, 1951,

de cómo se comprobaba el *corpus delicti* o cuerpo del delito en el siglo XII, siendo una de las primeros momentos en que se utilizó el vocablo en el aspecto procesal principalmente en Francia y en Italia.

En las postrimerías del siglo XIV, el derecho inquisitorial canónico se encontraba ampliamente difundido en Italia, al extremo de abarcar causas penales reservadas para la justicia secular y evitar que éstas quedaran a merced de los particulares. En esa época seguramente intentando sacudirse de los excesos producto de las delaciones anónimas, se declaró obligatoria para enjuiciar a un sospechoso la prueba de la inspección judicial, adquiriendo un importante desarrollo la doctrina del *corpus delicti*, el documento o acta en donde se hacía constar la inspección sobre el cuerpo del delito era decisivo, principalmente en los casos de homicidio para acreditar la existencia del cadáver y el estado en que se encontraba, extendiéndose dicha práctica a otros ilícitos y así demostrar la perpetración del delito.<sup>97</sup> Es importante señalar que en esta época, el cuerpo del delito era considerado como objeto material, de tal suerte que el cuerpo del delito en el homicidio lo era el cadáver, el cuerpo del delito de robo lo era el objeto de apoderamiento, así como los instrumentos necesarios para cometerlos, es por ello que era necesario realizar la inspección judicial para que la autoridad diera fe de lo que estaba observando; en virtud de lo anterior no estamos de acuerdo que en la actualidad se considere al cuerpo del delito como en las postrimerías del siglo XIV, es decir, que se considere como objeto material el cuerpo del delito, debido a que se tendrían absurdos como el que el cuerpo del delito en la violación lo fuera la parte del cuerpo humano donde se haya penetrado.

---

pág.26-28.

<sup>97</sup> UROSA RAMÍREZ, Gerardo, “El cuerpo del delito y la responsabilidad penal”, Porrúa, México, 2002, pág.5.

Para el maestro Ángel Martínez Pineda la denominación que se le ha dado al cuerpo del delito ha variado según la época de que se trate y así tenemos que “durante el medievo tuvo variantes en determinados lugares, destacando entre las acepciones más reconocidas el *corpus criminis*, *corpus instrumentonum* y el *corpus probationem*.

“El *corpus criminis* se identificaba con la cosa o sujeto sobre la cual se ejecutaba el ilícito, o como la cosa o sujeto que fue objeto del delito, pudiendo equivaler actualmente al objeto material del delito.

“El *corpus instrumentonum* hacía referencia a los instrumentos o cosas utilizados en la perpetración del crimen, los medios utilizados por el delincuente.

“El *corpus probationem* eran las piezas de convicción, es decir huellas, rastros, vestigios dejados por el delincuente en la comisión del delito como son el puñal, la pistola, la cosa robada, la sangre, etc.”<sup>98</sup>

De esta forma, a lo largo del siglo XX, diversos autores manejaron cada uno al cuerpo del delito de diferente manera, de tal suerte que en la actualidad todavía existe esa confusión en la doctrina y en la práctica. Para Manzini “el cuerpo del delito son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también otro objeto que sea inmediato de ese mismo delito o que otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba. A saber:

---

<sup>98</sup> MARTINEZ PINEDA, Ángel, *op.cit.* pág.78.

“Los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito.

“Las cosas sobre las que se cometió.

“Las huellas dejadas por el delito o por el delincuente.

“Las cosas cuya detentación, fabricación o venta, o cuya portación o uso constituye delito.

“Las cosas que son producto del delito, aún indirecto.

“Cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito”<sup>99</sup>

De esta forma el concepto de cuerpo del delito del maestro Vincenzo Manzini es mucho más general, no adecuándose únicamente en sus estudios al objeto del delito, por su parte Gunther Jakobs señala en su obra Derecho Penal que “el concepto de tipo se obtuvo al desarrollarse la doctrina del *corpus delicti* a aquellos signos externos de un delito que justificaban especiales medidas de persecución (inquisición especial). El *corpus delicti* era pues un concepto procesal, el concepto de tipo desaloja al de *corpus delicti* al trasladarse el interés desde lo procesal a lo material, aquellos hechos que juntos determinan el concepto de una determinada clase de delitos conforman el tipo (*corpus delicti*).”<sup>100</sup> Este autor alemán le da un tratamiento al cuerpo del delito como sinónimo de tipo, en lo particular

---

<sup>99</sup> MANZINI, Vincenzo, “**Tratado de Derecho Procesal penal**”, traducción de Santiago Sentis Morales, 4ª edición, tomo III, ediciones jurídicas, Argentina, 1990, pág. 500.

<sup>100</sup> JAKOBS Gunther, “**Derecho Penal**”, 2ª edición, Ediciones jurídicas, España, 1997, Pág. 189.

nosotros estamos de acuerdo en dicha afirmación en virtud de que el estudio del tipo se da en el plano sustantivo, mientras que el cuerpo del delito no se puede desprender del campo eminentemente procesal, lo que podemos comentar es que el cuerpo del delito es la comprobación en el mundo material del delito.

Para el Doctor Santiago Avila Negrón “el delito considerado en su elemento físico, material, es un acto externo que cae bajo el dominio de los sentidos; considerado bajo su aspecto moral, implica un fenómeno psicológico, un acto de la razón y del libre albedrío. A la materialidad del delito se llama cuerpo del delito o *corpus delicti*.”<sup>101</sup>

Las ideas de materialidad del delito pueden confundir al juzgador y volver a la vieja idea de que el cuerpo del delito son las armas o instrumentos utilizados por el delincuente al momento de cometer la conducta delictiva.

El Doctor Javier Jiménez Martínez señala “aunque la opinión dominante se ha inclinado en afirmar que el tipo penal es el resultado de la evolución del cuerpo del delito, mismos que han seguido los tribunales del país, lo cierto es que éste último corresponde a una categoría procesal y no debe de confundirse con el concepto de tipo penal, además ni siquiera son equivalentes, el tipo penal no es el producto de la evolución del cuerpo del delito, tampoco el resultado del pensamiento del sistema causalista, ni clásico, ni del valorativo, ni del finalismo, menos aún del funcionalismo, es un concepto añejo que existía inclusive antes de estos sistemas, es más el tipo penal apareció casi un siglo después de la pluma dorada de

---

<sup>101</sup> AVILA NEGRON, Santiago, “**El Cuerpo del Delito y los Elementos del Tipo Penal**”, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003, pág. 200.

Beling.”<sup>102</sup> En efecto el cuerpo del delito es eminentemente un concepto procesal que fue utilizado desde el siglo XII, sin embargo el citado tratadista no nos da un concepto del cuerpo del delito, ya que según diversos doctrinarios el cuerpo del delito en si representa un problema y para resolverlo de acuerdo al Doctor Santiago Avila Negrón es necesario resolver tres cuestiones entre las que tenemos: “A) El problema del concepto del cuerpo del delito. B) El problema de la naturaleza jurídica. C) El problema de la prueba del cuerpo del delito.”<sup>103</sup>

Estamos de acuerdo con el Doctor Avila Negrón de que al conceptualizar al cuerpo del delito representa diversos problemas, debido a que no existe un criterio uniforme de lo que se debe de entender ya que en muchas de las ocasiones se le quiere asociar a los instrumentos del delito, mientras que otros lo utilizan como sinónimo de tipicidad.

Para Arturo Zamora Jiménez, el cuerpo del delito tiene varias características que son importantes tomarlas en consideración para el estudio de este apartado, señalando que el cuerpo del delito es objeto de comprobación de la existencia de un hecho o de una comisión que la ley reputa como delito; es así mismo el medio a través del cual se acredita la materialidad del delito; es diferente a los instrumentos utilizados para cometer el delito; se compone de elementos de carácter procesal y se demuestra a través de los medios de prueba; es un conjunto de elementos físicos o materiales, principales o accesorios de que se

---

<sup>102</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, “**Introducción a la teoría general del delito**” Edición privada, México, 2002, pág.424.

<sup>103</sup> AVILA NEGRON, Santiago, *op.cit.*, pág. 194.

compone el delito y es un conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre las cuales se afirma la comisión de un delito.<sup>104</sup>

Al respecto podemos comentar que el cuerpo del delito es el conjunto de materialidades, de elementos subjetivos y/o normativos existentes que acrediten la existencia de un delito, comprendiendo además los instrumentos, los testigos, los documentos, las inspecciones y el general toda clase de prueba idónea, que se relacionan directa e indirectamente con el encuadramiento de la conducta al tipo penal respectivo señalado en el Código Penal o en alguna ley especial.

Cabe hacer mención que algunos destacados tratadistas no están de acuerdo con la idea expresada anteriormente, señalando el maestro José González Bustamante “no nos parece razonable la posición en que se han colocado algunos procesalistas mexicanos que afianzados en la tradición siguen entendiendo el cuerpo del delito, como el conjunto de elementos materiales e inmateriales, más las circunstancias específicas, porque esto sería volver a la idea ya abandonada en la ley y en la jurisprudencia. Aceptar que el cuerpo del delito se comprueba solamente por elementos materiales, tal como lo establece la ley procesal, hace pensar que el cuerpo del delito está integrado únicamente por los elementos de los cuales se tiene conocimiento a través de los sentidos, siendo este criterio completamente falso, ya que los delitos de dolo específico dentro del cuerpo del delito se hayan elementos que por ningún concepto pueden calificarse de materiales. Creemos en estos casos como sucede en el delito de difamación que constituyen meras excepciones que

---

<sup>104</sup> Cfr. ZAMORA JIMENEZ, Arturo, “**El cuerpo del delito y el tipo penal**”, Angel Editor, México, 2000, págs. 49-50.

no pueden servir para adoptar un criterio rigorista y revivir la vieja discusión entre el cuerpo del delito y el delito mismo convirtiendo las normas procesales en verdaderas aplicaciones, como sucedía durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1894.”<sup>105</sup>

Según Gregorio Romero menciona que el cuerpo del delito es el conjunto de elementos materiales que forman parte de toda infracción. Si se quiere insistir en identificarla, con ella aclaramos cuando menos el delito mismo, pero considerando su aspecto puramente material, de hecho violatorio de actos y omisiones previstos por la ley, prescindiendo de los elementos morales, intención delictuosa, descuido del agente o lo que sea, que haya ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero no sólo para constituir la responsabilidad y no el cuerpo.<sup>106</sup>

Sin embargo el maestro Gerardo Urosa, señala que “para el finalismo el derecho regula comportamientos humanos, acciones cuya naturaleza no puede desconocer y en consecuencia abarca los aspectos subjetivos propios del concepto óptico de conducta con lo que provoca una nueva estructura teórica del delito a diferencia de los tradicionales que tajantemente dividen lo objetivo en el injusto penal y lo subjetivo en la culpabilidad.”<sup>107</sup>

Desafortunadamente en nuestro sistema penal existe una gran lucha entre los diferentes sistemas causalista y finalista, de acuerdo a la inclinación que exista de un determinado

---

<sup>105</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José, “**Principios de Derecho Procesal mexicano**”, 8ª edición, Porrúa, México, 1985, pág. 164.

<sup>106</sup> Cfr. TEQUEXTLE ROMERO, Gregorio, “**El cuerpo del delito ó elementos del tipo**”, 3ª edición, OGS editores, México, 2000, Pág.40.

<sup>107</sup> UROSA RAMIREZ, Gerardo, *op.cit.*, pág.46.

tratadista, será la solución a los problemas que se puedan presentar, en este caso específico, y sin que quiera decir que nos inclinamos por una determinada teoría ya que ambas son perfectibles, creemos que en el cuerpo del delito se debe de demostrar los aspectos objetivos o materiales, pero también los subjetivos y los normativos cuando el tipo lo requiera, es decir que se debe de comprobar en el fraude el engaño que utilizó el sujeto activo del delito para obtener un lucro indebido, ya que dicho elemento lo establece el tipo penal, el “engaño” es entonces por lo tanto un elemento subjetivo que sólo está en la mente del sujeto, así mismo el dolo, puede demostrarse a través de los pruebas conocidas como las testimoniales, las documentales, las periciales, etc., en conclusión podemos mencionar que en el delito de fraude debe de demostrarse, que el sujeto activo del delito engañó a su víctima para obtener el lucro indebido, ya que de no demostrarse el engaño, se podría tipificar otro delito diferente del fraude, por ejemplo si el sujeto activo no utilizó el engaño se podría caer en una atipicidad, o bien se podría tipificar el delito de robo o por que no el delito de abuso de confianza. Es un velo muy tenue lo que separa a un delito de otro, principalmente en los delitos patrimoniales. Si se dejara el elemento subjetivo de engaño para su estudio en la culpabilidad, entonces bien podría dictarse un auto de formal prisión sin necesidad de demostrar dicho elemento, pero como sería ilógica tal circunstancia, es por ello que en el cuerpo del delito deben quedar comprobados de una forma fehaciente los elementos del tipo penal.

Consideramos que en el cuerpo del delito deben de mostrarse las valorizaciones hechas por el legislador, como por ejemplo la calidad de servidor público, las características de vinculación de los sujetos, señalando el Doctor Avila Negrón que “el cuerpo del delito es calificado por notas de calidad del sujeto, cuando en descripción de la conducta registrada

por el legislador, se señalan características de tal especie, como sucede con el peculado, que requiere en el sujeto activo la calidad de servidor público...cuando el delito legal señala características de vinculación de los sujetos como es el caso del incesto.”<sup>108</sup>

En el cuerpo del delito también deben de demostrarse las características valorativas, ya que si en el incesto no se demuestra la línea de consanguinidad, por ese simple hecho ya no se tipificaría el delito, estando impedido el Ministerio Público para consignar y el juzgador para dictar el auto de procesamiento respectivo.

El maestro Rivera Silva, señala “antes de perseguir al homicida, es necesario comprobar que el homicidio existe de verdad de hecho, pues en caso contrario equivaldría a buscar la causa de un fenómeno imaginario.”<sup>109</sup> Es verdad lo manifestado por este tratadista debido a que si no se comprueba la privación de la vida de una persona, no se podrá perseguir a nadie, ni mucho menos consignarlo para que responda por una conducta que no está comprobada como delictiva, es decir, este autor al igual que el maestro Guillermo Colín Sánchez identifican a la tipicidad como sinónimo de cuerpo del delito.

Siguiendo al ilustre maestro Jiménez Huerta podemos establecer que el *corpus delicti* ha sido y es empleado en tres sentidos, el primero, como el hecho objetivo (tanto permanente como transitorio) implícito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción por ejemplo un incendio, un fraude (sentido dado a la expresión *corpus delicti* por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). Segundo,

---

<sup>108</sup> AVILA NEGRON, Santiago, *op.cit.* pág. 135.

<sup>109</sup> RIVERA SILVA, Manuel, “**El Procedimiento Penal**”, 28ª edición, Porrúa, México, 1999, Pág. 157.

como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración (por ejemplo un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota, etc.); y tercero como cualquier huella o vestigio de naturaleza real que se conserve como reliquia de la acción material realizada (por ejemplo un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno, una llave falsa, etc.).<sup>110</sup> La otra parte que consideramos necesaria para comprobar el delito, es la acreditación de los elementos como son: las calidades del sujeto activo y del pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos normativos, las demás circunstancias que la ley prevea.

El doctrinario Carlos Barragán, establece que en México, el cuerpo del delito se “usó como elemento esencial para comprobar un delito y que a partir de las reformas del artículo 16 constitucional de fecha 3 de Septiembre de 1993 y al Código de procedimientos Penales tanto en el Distrito Federal como en el fuero federal de fecha 10 de Enero de 1994, desaparece el término cuerpo del delito estableciéndose que para librar una orden de aprehensión, se ejercite la acción penal, se dicte un auto de formal prisión o sujeción a proceso, deben de existir datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal por lo que desde nuestro enfoque es un término procesal que constituía el cuerpo del delito se volvió penal.”<sup>111</sup>

Desde luego que las constantes reformas a nuestra Constitución y a las leyes secundarias, han afectado negativamente a la procuración y administración de justicia, en primer

---

<sup>110</sup> Cfr. JIMENEZ HUERTA, Mariano, *op.cit.*, pág.35-36.

<sup>111</sup> BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, “**Derecho Procesal Penal**”, 2ª edición, McGraw-Hill, México, 2002, pág.330.

término se cambió la nomenclatura de cuerpo del delito al concepto de elementos del tipo, con la finalidad de que los ciudadanos tuviéramos más certeza jurídica. Ello provocó que en las diversas agencias del Ministerio Público quedaran rezagadas muchas averiguaciones, debido a que el personal ministerial se veía imposibilitado para acreditar los elementos del tipo penal en 48 horas, incluso algunos funcionarios públicos argumentaron que el alto índice delictivo era consecuencia directa de las leyes que imponía excesivos requisitos para consignar los asuntos ante el órgano jurisdiccional.

El maestro Leopoldo de la Cruz señala que “el término integración del tipo penal del delito no ayudó en la procuración de justicia, por ser confuso y darse una lucha entre los que se consideran causalistas y finalistas, por eso en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de Marzo de 1999, se reforma el artículo 16 constitucional, en donde se vuelve a tomar el término cuerpo del delito.”<sup>112</sup>

El cambio de nombre trajo muy diversas consecuencias, el cúmulo de trabajo se hacía patente en todo el sistema de procuración de justicia, la incompetencia de los funcionarios públicos para atender los asuntos eran evidentes. Sin embargo si en este momento se volviera a proponer el cambio de nombre a elementos del tipo, con toda seguridad seguirían los mismos vicios e incompetencias, ya que no se ha hecho nada para capacitar a los Agentes del Ministerio Público para que puedan responder a la exigencia de la sociedad.

---

<sup>112</sup> CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, “**El procedimiento penal mexicano**”, 2ª edición, porrúa, México, 1996, pág.200.

El cuerpo del delito no siempre ha sido conceptualizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de igual forma, podemos decir que el concepto de cuerpo del delito antes de las reformas de 1993, era diferente al cuerpo del delito a las reformas de 1999, es por ello que pasaremos a analizar algunos criterios.

### **3.1.2. El cuerpo del delito y la jurisprudencia**

Desde nuestro punto de vista es muy importante analizar los criterios jurisprudenciales emitidos por nuestro máximo tribunal, porque de ello depende la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de los demás tribunales, cuya observancia es obligatoria.

La Corte antes de la reforma de 1993 consideraba al cuerpo del delito como “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.”<sup>113</sup>

Dicho criterio de interpretación se aplicaba para todos los delitos, cosa totalmente inadecuada debido a que existen delitos, que por su propia naturaleza exigen la comprobación de elementos subjetivos y/o normativos para acreditar su existencia, como son los casos del fraude y abuso de confianza entre otros.

---

<sup>113</sup> Sexta época, Semanario Judicial de la Federación, primera sala, apéndice 1917-1975, número 93, pág. 201.

La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación el 18 de Agosto de 1930 estableció lo que era el cuerpo del delito de una forma mucha más nítida y precisa, cosa que nos parece acorde, señalando que:

“por cuerpo del delito se entiende la existencia, la realidad del delito mismo, y en esa virtud, comprobar el cuerpo del delito, no es más que demostrar la existencia de un hecho que merece pena con arreglo a la ley, es decir demostrar la existencia de ese hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley.”<sup>114</sup>

No obstante lo anterior se siguió aplicando la primera jurisprudencia emitida por la Corte, que mencionaba que solamente los elementos externos se debían de acreditar en el cuerpo del delito y no la demostración de todos sus elementos constitutivos.

En 1938 se trata de remediar las dos contradictorias jurisprudencias estableciendo otra que menciona que:

“por cuerpo del delito debe de entenderse al conjunto de elementos objetivos o externos que lo constituyen, es decir la realidad del mismo y en esa virtud, comprobar el cuerpo del delito no es más demostrar la existencia de un hecho con todos los elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delito.”<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> Primera sala, tomo XIX. Jeffrey Robert henry, pág. 1095. 18 de Diciembre de 1930. Unanimidad de 10 votos.

<sup>115</sup> Tomo XXX, Pedro López Gutierrez, Pág.745. 23de Enero de 1938, unanimidad de votos.

En esta tesis jurisprudencial trata nuestro más alto tribunal de unir los dos criterios anteriores, llegando a considerar al cuerpo del delito como un sinónimo de tipicidad, criterio sustentado por la tesis jurisprudencial emitida en el año de 1959 que a la letra dice:

“siendo la tipicidad un elemento objetivo del delito, que se integra mediante la función de comprobación de que el hecho imputado (conducta y resultado) se adecua al presupuesto normativo y descriptivo (tipo) la sentencia impugnada, al aceptar en autos que se comprobó el cuerpo del delito previsto en un precepto, está realizando la función de comprobar que el hecho imputado encaja, en forma perfecta, dentro de la hipótesis recogida por el tipo.”<sup>116</sup>

Cabe hacer mención que para la Corte es lo mismo hablar de elementos del delito o de elementos del tipo penal, debido a que participan de la misma naturaleza, señalando textualmente que:

“artículo 19 constitucional, el término elementos del delito a que aludía antes del texto, antes de las reformas del 3 de Septiembre de 1993 y el término de elementos del tipo penal del delito a que alude a partir de dicha reforma, participan de la misma naturaleza. Si bien es cierto que el anterior texto del artículo 19 constitucional establecía que para dictar un auto de formal prisión debían de precisarse y analizarse los elementos materiales del delito y que en el texto actual del referido artículo 19 constitucional se habla de elementos

---

<sup>116</sup> Amparo directo, 4794/53. Guillermo Jiménez Murguía. 21 de Abril de 1959. 5 votos. Ponente Luis Chico Goerne.

integradores del tipo penal, no menos cierto es que esos términos (materialidad del delito y elementos integradores del delito) participación de la misma naturaleza, es decir tienen el mismo significado , tanto es así que el texto actual del artículo constitucional en comento de cualquier modo obliga a la autoridad judicial a precisar y examinar los elementos materiales del tipo penal del delito del que se trate.”<sup>117</sup>

La Corte en este sentido estima que al hablar de materialidad del delito se hace referencia al cuerpo del delito, y según esta tesis hablar de cuerpo del delito y de elementos del tipo penal es hablar de lo mismo; ya que como hemos visto en el transcurso del presente trabajo, el cuerpo del delito es un concepto evidentemente material así como procesal, mientras que los elementos del tipo penal son conceptos desarrollados por la dogmática jurídico-penal.

Creemos que la Corte ha querido prever que de todas formas los tribunales tendrán que acreditar tanto los elementos objetivos, subjetivos y/o normativos que establezca el tipo penal, al momento de consignar un asunto ante los tribunales y éstos deberán de tomar en consideración que dichos requisitos están plenamente comprobados, al momento de dictar una orden de aprehensión o un auto de procesamiento.

El Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito, señala que el concepto de cuerpo del delito es solamente aplicable a la orden de aprehensión y auto de formal prisión, señalando en su tesis jurisprudencial lo siguiente:

---

<sup>117</sup> Novena época, instancia tribunales Colegiados de Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación. tomo II, septiembre de 1995, tesis XVII, segunda página.

“CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. Sólo es aplicable a la orden de aprehensión y al auto de formal prisión, de acuerdo con las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, publicadas el 8 de Marzo de 1999.- Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República del ocho de Marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es el dolo y la culpa, sino sólo de los objetivos o externos y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador deba de entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran el dolo y la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general, consecuentemente como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es

aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de 1993, por esa razón el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.”<sup>118</sup>

De acuerdo a la tesis en comento, se debe de comprobar el cuerpo del delito solamente para la orden de aprehensión y para el auto de procesamiento, mientras que los elementos del tipo deben de comprobarse hasta la sentencia, creemos que con ello se crea confusión en los aplicadores del Derecho principalmente entre Agentes del Ministerio Público, jueces y magistrados ya que el cuerpo del delito cada uno lo comprueba como mejor lo entiende, pero de eso no se trata.

### **3.1.3. El cuerpo del delito y las normas penales**

En los últimos años en México se han dado numerosas reformas a nuestros cuerpos legales, empezando por nuestra Constitución Federal, seguida por las leyes secundarias entre las que se encuentran el Código Penal para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

---

<sup>118</sup> Novena época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: tomo III, Mayo 2002, tesis 1.6.20.

El origen de lo anterior es el alto índice delictivo que aqueja a nuestra sociedad, según lo señala la iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución, mencionando que “el análisis estadístico de nuestro sistema penal muestra una realidad alarmante.

“Según un estudio realizado, de las 232821 averiguaciones previas iniciadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en 1996, únicamente se consignaron ante el juez el 10% y exclusivamente en un 3.8% de los casos se logró una sentencia condenatoria.

“En el ámbito federal, en el año de 1996, la Procuraduría General de la República inició 74 030 indagatorias, de ellas se puso a disposición de los jueces únicamente a 8, 940 probables responsables de delito, es decir un 12% de los casos.

“En el resto del país las estadísticas de los delitos denunciados, investigados y perseguidos siguen los mismos parámetros, ya que de 1491,860 abiertas en 1996 por los agentes del ministerio público del fuero común, respecto de consignaciones con detenido, en promedio por entidades, sólo llegaron a los tribunales aproximadamente el 10% del total, de conformidad con los datos proporcionados por las propias procuradurías de justicia estatales.

“Datos más recientes proporcionados por la Secretaría de Gobernación, Lic. Francisco Labastida Ochoa, en la ceremonia de presentación de la Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia, afirmó que el año pasado (1997) se denunciaron ante las agencias del

Ministerio Público un millón 490 mil delitos y muchos más no fueron denunciados. Se iniciaron un millón 330 mil averiguaciones previas, pero sólo fueron consignadas 249 mil. Se libraron 149 mil ordenes de aprehensión, pero sólo se ejecutaron 85 mil. El número de delincuentes detenidos, es una proporción muy baja, en consecuencia el número de delincuentes que está libre es muy alto.”<sup>119</sup>

De lo anterior podemos comentar que se hizo toda una reforma estructural tanto de la Constitución, como de las leyes secundarias, por la necesidad imperante de controlar los altos índices delictivos; creemos que no fueron afortunadas las reformas, ya que si bien es cierto aceleraron los mecanismos para que los agentes del Ministerio Público pudieran consignar con mucho más facilidad, también lo es, que no fue la solución al grave problema de la inseguridad.

Lo que hace falta son leyes claras y precisas, que estén en armonía con las normas jerárquicamente superiores y con todo el sistema normativo, pero no nada más eso, sino que hace falta una justa distribución de la riqueza, educación, combate al alcoholismo y la drogadicción, emplear mecanismos más efectivos para lograr una integración familiar efectiva, etc.

Consideramos que las autoridades deben de cuidar las causas que originan los delitos y no fijar su atención en aspectos, que lejos de resolver el problema de la delincuencia la complican cada día más.

---

<sup>119</sup> Iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de Marzo de 1999.

“Sorprendente la facilidad con que se cambia radicalmente de criterio en comparación con los debates reformistas de 1993 en unos cuantos años y lo que fue digno de halago y admiración, al poco tiempo es repudiado y criticado, como se desprende de los decretos del Ejecutivo Federal para modificar la legislación, así como de los argumentos de las Comisiones Unidas y Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores a quien le fue turnada para su estudio... eliminando el término elementos que integran el tipo, surgido en nuestra Carta Magna a partir de 1993 y regresando al cuerpo del delito.”<sup>120</sup>

Efectivamente en los últimos años la Constitución, así como los Códigos sustantivos y adjetivos de la materia, han sufrido diversas modificaciones, originando con ello confusión entre los propios jueces y magistrados, porque una vez que se están dominando los preceptos legales, en forma inmediata se generan nuevos cambios en muchas ocasiones en forma arbitraria. Esto desde nuestro punto de vista es originado por una deficiente planeación de la política criminal sexenal que cada gobierno plantea.

Algunas sugerencias sobre la política criminal que deben de estar establecidas en la constitución son las siguientes:

- 1.- Otorgar nuevas facultades a la policía preventiva para que pueda participar en las investigaciones de los delitos.

---

<sup>120</sup> UROSA RAMÍREZ, Gerardo, *op.cit.*, pág.140.

2.- Aumentar el número de policías judiciales y perfeccionar el control del Ministerio Público sobre sus investigaciones.

3.- Transferir del Ministerio Público al juez las decisiones de inicio de proceso y de ejercicio de la acción penal.

4.- Restituir a la víctima el derecho de iniciar el proceso penal ante el juez, es decir quitarle al Ministerio Público el monopolio de la acción penal.

5.- Sustituir el juicio escrito por el juicio oral ante el juez.

6.- Establecer juicios rápidos para los casos de flagrancia.

7.- Atacar el patrimonio de la delincuencia organizada.

8.- Terminar con el ocio en el sistema penitenciario.

9.- Contar con un marco jurídico apropiado para iniciar una estrategia de recuperación de la calidad de vida.

En la reforma legal y constitucional de 1993 se planteó el grave problema de exigir que al dictarse la orden de aprehensión estuvieran acreditados todos los elementos que integran el tipo penal, prácticamente convirtieron esta medida cautelar emitida al inicio del proceso penal, en una verdadera sentencia de condena, con la cual se obstruyó la persecución de los

delitos y se incrementó la impunidad y la inseguridad pública. Al exigirse que desde el inicio del proceso se acreditaran todos los elementos del tipo penal se dificultaba excesivamente la expedición de órdenes de aprehensión y se facilitaba la impugnación de cualquier orden de aprehensión o auto de formal prisión ante la posible falta de cualquiera de los elementos señalados en los artículos 168 y 122 del Código Federal de Procedimientos Penales y de la ley adjetiva penal para el Distrito Federal respectivamente, desplazando hacia la averiguación previa la prueba de todos esos elementos y se dejaba sin ningún sentido práctico la presunción de inocencia, cómo se podría presumir inocente a una persona respecto de la cual habían quedado acreditados todos los elementos del tipo penal.<sup>121</sup>

No estamos de acuerdo con el autor en comento, debido a que no porque se le exijan a las autoridades tanto ministeriales como judiciales, el cumplimiento de los requisitos establecidos en los elementos del tipo penal, se deje a un lado la presunción de inocencia, debido a que dicho principio sigue teniendo vigencia hasta en tanto no se le haya declarado culpable por medio de una sentencia definitiva. Tampoco estamos de acuerdo en que el auto de formal prisión, deba considerarse una sentencia, ya que el proceso tiene como fin principal el de conocer la verdad histórica de los hechos sometidos a consideración de un juez, para en su caso imponer una sanción o absolver a un acusado.

---

<sup>121</sup>Cfr. CARBONELL, Miguel, “**La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada**”, 15ª edición, Porrúa, México, 2000, pág.216.

Los artículos constitucionales reformados en el año de 1999 en donde se vuelve a establecer el cuerpo del delito en lugar de los elementos del tipo y que tienen relación directa son los artículos 16 y 19 señalando expresamente lo siguiente:

Artículo 16. “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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

De acuerdo a la transcripción, constitucionalmente para librar una orden de aprehensión se necesitan los siguientes requisitos:

- A) Que la orden sea emitida por la autoridad judicial, de lo que se desprende, entonces que ningún Ministerio Público o funcionario de la policía judicial pueden emitir la orden de aprehensión.
  
- B) Que exista denuncia o querrela, dependiendo la exigencia propia de cada delito señalada por la ley.

C) Que sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, de lo cual se infiere que si el tipo penal señala únicamente como sanción alguna multa, trabajo a favor de la comunidad, o cualquier otra sanción no restrictiva de libertad, entonces se deberá dictar un auto de sujeción a proceso sin restricción de libertad.

D) Que existan datos suficientes para acreditar el cuerpo del delito.

E) Que existan datos suficientes para acreditar la probable responsabilidad del sujeto.

Cabe hacer mención que dichos requisitos solamente son para la orden de aprehensión, de acuerdo a nuestra Constitución, sin embargo consideramos necesario que la propia Carta Magna debe de señalar lo que se debe de entender por cuerpo del delito, ésto con la finalidad de que la Suprema Corte no realice interpretaciones, que en ocasiones son contradictorias con la norma máxima.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo, señala expresamente en su artículo 384 lo que se debe de entender por cuerpo del delito mencionando que “El cuerpo del delito se integra por los elementos constitutivos del tipo penal de que se trate y se acreditará por cualquiera de los medios probatorios que permita la ley.” Al respecto podemos comentar que para la legislación antes señalada es lo mismo cuerpo del delito que elementos del tipo penal; es más en el artículo 385 se mencionan los elementos del tipo penal.

El Doctor Enrique Díaz Aranda señala que el cuerpo del delito es un término procesal cuyo concepto se ha buscado en la dogmática penal y por lo tanto su contenido puede variar conforme al sistema penal que se aplique. Es por ello que el legislador de 1998-1999 se equivocó al afirmar que la doctrina finalista ha impedido la debida impartición de justicia en México, pues dicho sistema nos sirve para analizar con una mejor estructura, si una conducta es o no constitutiva de delito. Pero los mismos niveles y elementos, se emplean tanto en el sistema clásico o neoclásico conocidos como causalismo, como también en el sistema final de la acción, lo único que cambiará al emplear uno u otro sistema serán los presupuestos o fundamentación de los cuales se parta para el análisis y en ocasiones, el orden en que se estudien los elementos de los tres niveles del delito.<sup>122</sup> En efecto podemos considerar que en la práctica y de acuerdo a las recientes reformas de 1999 a los artículos 16 y 19 de la Constitución, el cuerpo del delito y los elementos del tipo penal aunque tienen un origen distinto bien, pueden aplicarse de una forma similar.

Jesús Martínez Garnelo en su obra llamada la Investigación Ministerial Previa realiza una propuesta de reforma al artículo 16 constitucional la cual transcribimos:

“artículo 16.- No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, del delito de que se trate y la

---

<sup>122</sup> Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, “**Detener, consignar y ¿en el proceso averiguar?**” revista criminalia, año LXV, No 1, Enero- Abril de 1999, Porrúa, México, pág.43-44.

probable responsabilidad del indiciado.”<sup>123</sup> En relación a ésta propuesta podemos observar que en primer término se quita la palabra acusación, cosa que desde nuestro punto de vista es correcto debido a que la denuncia es la acusación que hace una persona ante la autoridad competente para hacer de su conocimiento la existencia de un delito, es por eso que la acusación y la denuncia es un sinónimo. En relación a que únicamente se deben de acreditar los elementos objetivos del tipo penal, no estamos de acuerdo en virtud de que existen tipos penales que requieren para acreditar la existencia del delito, elementos subjetivos y normativos.

Debe de quedar redactada en la constitución el requisito de que para dictar la orden de aprehensión debe de quedar acreditada la conducta del sujeto activo del delito, ya que de no ser así, entonces se estarían violentando la seguridad jurídica del gobernado.

Nuestra Carta Magna únicamente exige en la primera parte del citado artículo la denuncia o querrela, cosa que desde luego nos parece incorrecta porque entonces podrá dictarse la orden de aprehensión o el auto de formal prisión solamente con la sola denuncia o querrela, sin que desde luego existan otros elementos probatorios que hagan creíble la versión del querellante, como por ejemplo en el delito de violación en donde casi siempre se comete este tipo de delito en ausencia de testigos, se llega a consignar y a condenar a personas solamente por el dicho del ofendido.

---

<sup>123</sup> MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, “**La investigación ministerial previa**”, 6ª edición, Porrúa, México, 2002, pág.81.

Ponemos como requisito para dictar una orden de aprehensión o un auto de sujeción a proceso, que se deben de comprobar todos y cada uno de los requisitos establecidos en los elementos del tipo penal, es decir, que no solamente se deben de acreditar los elementos objetivos o externos, sino además los subjetivos y/o normativos que la ley señale, así como la comprobación de la acción u omisión, la forma de intervención del sujeto activo, etc. para considerar a una conducta como delictiva.

Sin duda alguna también otro de los artículos constitucionales importantes que hablan del cuerpo del delito es el 19 constitucional, el cual señala expresamente en su primer párrafo que “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán de ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.” Aquí específicamente el legislador pone más requisitos a la autoridad jurisdiccional para que pueda dictar un auto de procesamiento por la probable comisión de un delito como es el:

- a) Delito que se le impute al acusado.
  
- b) Lugar, tiempo y circunstancias de ejecución.

- c) Datos que arroje la averiguación previa, todos estos datos deberán de ser suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

El constituyente, ya no establece como requisito únicamente la denuncia o la querrela, como lo hace en su primera parte del párrafo segundo del mismo artículo, creemos que si así lo pide para dictar el auto de formal prisión, también debe de pedirse lo mismo para dictarse la orden de aprehensión, ya que ésta es el precedente del auto de formal prisión, al menos en las consignaciones sin detenido.

Para el maestro Jesús Martínez, el artículo 19 constitucional debe de redactarse de la siguiente manera “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 la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se imputa a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad.”<sup>124</sup> Desde este punto de vista, aparte de acreditarse los elementos externos u objetivos, deben de existir elementos de la probable existencia de los demás elementos del tipo penal, el juzgador debe de cerciorarse al momento de emitir su auto de formal prisión que esté comprobada debidamente la existencia de todos los requisitos señalados por el tipo penal respectivo, ya que de lo contrario al no exigirse tal circunstancia sería probable que se emitieran resoluciones de esa naturaleza con las más sencilla facilidad, debemos de tener presente que deben de combatirse los altos índices delictivos,

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, pág. 83.

pero asimismo deben de respetarse un mínimo de garantías, para que el ciudadano tenga la certeza de que quien viole la norma penal, se hará acreedor a una sanción.

Las constantes reformas a nuestra Constitución ha generado en el legislador común confusión, lo cual se ve reflejado en las redacciones de numerosas leyes secundarias como en el Código Federal de Procedimientos Penales, que en su artículo 168 en su primer párrafo señala que:

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

Al respecto el maestro Gerardo Urosa Ramírez señala que “acreditar es hacer digna de un crédito alguna cosa, probar su certeza o realidad y examinar es inquirir, investigar, escudriñar con diligencia y cuidado una cosa, en principio da la impresión *prima facie* de que las actividades y competencia del órgano persecutor y la autoridad judicial se confunden incluso, literalmente se invierten las funciones de uno y otro, pues atendiendo a la naturaleza jurídica del ministerio público –como institución- y del juzgador, el primero está más cercano a examinar, investigar, escudriñar los hechos presumiblemente ilícitos de los que tenga conocimiento y el segundo a establecer que se encuentre comprobada su certeza o realidad.”<sup>125</sup> Consideramos acertadas las observaciones del maestro Gerardo Urosa en relación a que el término más adecuado a la función ministerial es la de

---

<sup>125</sup> UROSA RAMÍREZ, Gerardo, *op.cit.*, pág.148.

demostrar, ya que este vocablo puede emplearse como mostrar con pruebas ante el órgano jurisdiccional los hechos constitutivos de algún delito.

El maestro José Guadalupe Carrera Domínguez menciona que el problema no radica en el concepto cuerpo del delito o tipo penal, sino en sus contenidos de tal manera que uno u otro debe de brindar seguridad jurídica a los gobernados, por lo que "... es importante señalar cuán peligroso resulta políticamente la aplicación de reformas constantes a la constitución, ya que transmiten esa inseguridad jurídica y responsabilidad a la autoridad jurisdiccional, es decir que los términos que se utilizan son muy importantes, porque si consideramos que los requisitos para librar la orden de aprehensión estipulan datos para acreditar el cuerpo del delito, mientras que para dictar un auto de formal prisión o sujeción a proceso se requieren datos bastantes para comprobar el cuerpo del delito y para la sentencia comprobar todos los elementos en forma total, entonces podemos pensar que existe diferencia en la utilización de los términos acreditar y comprobar, donde el primer término puede interpretarse por el juez como el de reunir determinados elementos de prueba para después valorarlos, mientras que el de comprobar significa verificar, confirmar una cosa, cotejándola con otra o bien repitiendo las demostraciones que la prueban y acrediten como cierta, es decir, es mayor la exigencia del término comprobar que el de acreditar." <sup>126</sup> En efecto tanto el constituyente como el legislador común no realizan una adecuada redacción de las leyes, ya que la simple terminología de una palabra es fundamental para beneficiar o para perjudicar a una persona que se encuentre en el supuesto normativo respectivo. En este sentido nuestra propuesta es que al final de cada ley debe de establecerse como parte de la ley un glosario de los

---

<sup>126</sup> CARRERA DOMÍNGUEZ, José Guadalupe, "**Las resoluciones judiciales**", 2ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1979, pág. 84.

términos jurídicos utilizados en la norma, debido a que nada es más peligroso para la seguridad jurídica de los gobernados que dejar lagunas en la ley. Asimismo también el legislador común debe de establecer en las leyes secundarias con mayor precisión y técnica los contenidos del cuerpo del delito, y la probable responsabilidad con la finalidad de que al momento de que el juez emita una orden de aprehensión o un auto de formal prisión no quede a su arbitrio la expedición de estos autos.

### **3.2. Los elementos del tipo penal**

Ahora toca analizar los elementos del tipo penal en contraposición al cuerpo del delito. Para el Doctor Santiago Avila los elementos del tipo penal son la "...conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción, varios fueron los doctrinarios que así lo concibieron y dedicaron su actividad a este fin, en 1805 Cristóbal Carlos Stubel, en 1840 Lunden y en 1873 Karcher y Schaper, quienes por la misma época mantenían esa noción del tipo, como la figura del delito específica en la que se conjuntan la totalidad de sus elementos internos y externos." <sup>127</sup> La cita en cuestión nos da una idea muy general de lo que tratan los elementos del tipo penal con la complementación de los elementos internos y externos que cada tipo penal señale en la propia ley, debiéndose agregar además que los elementos normativos también deben de acreditarse si el tipo penal lo exige.

Olga Islas afirma que el tipo penal es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar

---

<sup>127</sup> ÁVILA NEGRÓN, Santiago, *op.cit.*, pág.287.

uno o más bienes jurídicos, siendo entonces los elementos del tipo penal el contenido reductible por medio del análisis, a unidades lógico-jurídicas denominadas elementos, citando a los elementos como son el deber jurídico penal, bien jurídico, sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, lesión o puesta en peligro del bien jurídico y violación al deber jurídico penal.<sup>128</sup> La Doctora Olga Islas asigna a cada elemento una letra del alfabeto, para luego crear fórmulas que explican lógicamente la estructura de los elementos del tipo, esta situación asusta a más de uno, debido a que los abogados no estamos acostumbrados a razonar como lo hacen los físicos o los químicos, desafortunadamente su teoría no ha sido comprendida por las razones antes expuestas, ni su autora ha explicado en la actualidad en los foros jurídicos los mecanismos tendientes para que podamos comprender su idea.

El maestro Carrancá y Trujillo señala “como elementos integrantes del tipo normal distínganse en nuestro Derecho el sujeto activo del delito, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones el que o al que, la acción con sus modalidades propias descrita mediante el empleo de un verbo y en general con las fórmulas haga o deje de hacer, esto o aquello y por último el sujeto pasivo del delito o sea aquel sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro, un menor de 18 años, etc. En ciertos tipos que no son normales, sino anormales, la acción va seguida de especiales modalidades y el complemento de especiales calificativas como sin derecho y sin consentimiento, lo que constituye elemento normativo del tipo. A veces el sujeto activo también es calificado, un ascendiente contra su descendiente, un cónyuge contra otro, un dependiente, un doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste, otras veces se refiere el tipo a

---

<sup>128</sup> Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, “Análisis lógico de los delitos contra la vida”, Trillas, México, 2000, pág. 15.

circunstancias de la acción, al que públicamente o fuera de riña, lo que introduce en el tipo elementos objetivos.”<sup>129</sup> Es incompleta la idea que nos da sobre la clasificación de los tipos ya que no solamente existen los normales y los anormales, distinguiéndose en la doctrina los tipos especiales, complementados, autónomos, subordinados, de formulación casuística, imperfectos, abiertos, propios.

Antes de continuar nos parece oportuno y necesario para los fines que persigue el presente trabajo el que nos detengamos a analizar en una forma muy general, las clasificaciones de los tipos, siguiendo para tal efecto al maestro Roberto Reynoso Dávila, quien señala que los tipos especiales son formados por el tipo fundamental más otros requisitos que excluyen la aplicación del tipo básico y obligan a subsumir los hechos bajo un tipo especial que puede ser atenuado o privilegiado como el homicidio en razón del parentesco en relación con el homicidio, o agravado, eliminando el tipo especial al básico; el tipo complementado protege al bien jurídico tutelado por el tipo básico, pero a diferencia de que no excluyen a éste, sino que lo comprende, más agregándole cierta característica suplementaria, como por ejemplo el homicidio en riña o con calificativas; en relación a los tipos autónomos son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo penal, agotan la descripción individualizadora de la conducta en sí mismo sin que sea necesario acudir a otros tipos penales, como por ejemplo el robo simple; los tipos subordinados dependen de otro tipo, por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordinan, como también podría ser el homicidio en riña; en relación a los tipos de formulación casuística son los que el legislador describe varias modalidades como formas de ejecución del ilícito, alternativamente formados se

---

<sup>129</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, “**Derecho Penal mexicano**”, 3ª edición, Porrúa, México, 1987, pág.21.

prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas como podría suceder en el ya derogado delito de adulterio (Distrito Federal) en donde podía integrarse su realización en el domicilio conyugal o con escándalo; en relación a los tipos penales incompletos o imperfectos son los que constituyen fragmentos de normas que pueden contener solamente el precepto o bien solamente la sanción, éstas últimas no deben confundirse con las normas penales en blanco en las cuales mientras que la sanción está determinada, en cambio el precepto deberá de ser dado por un reglamento o por una providencia de la autoridad que no existía todavía en el momento en que se dictó la norma en blanco; los tipos abiertos son cuando describen en general las posibles conductas a las que se les asigna alguna pena, pero su designación como conductas antijurídicas que efectivamente pueden quedar comprendidas en la fórmula penal, siguen un previo examen de ellas dentro del ordenamiento jurídico, cuando se trata de un tipo abierto la doctrina denomina a la labor del juzgador como complementaria del tipo penal, para algunos el caso del tipo abierto sería similar al de la ley penal en blanco, con la diferencia que mientras en ésta el tipo tiene que ser complementado acudiendo a otras disposiciones legales, el tipo abierto es complementado por el juez; en los delitos propios conocidos también con el nombre de delitos particulares o exclusivos que solamente pueden ser cometidos por determinada categoría de personas en contraposición a los delitos comunes, los cuales pueden ser realizados por cualquiera.<sup>130</sup>

Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman en razón de su

---

<sup>130</sup>Cfr. REYNOSO DAVILA, Roberto, “Teoría general del delito”, 3ª edición, Porrúa, México, 1998, pág.70-74.

índole fundamental y por tener plena independencia, los especiales suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, de tal manera que éste elimina al básico, los tipos complementarios presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan, como ejemplos para apreciar el alcance de la clasificación anterior podemos señalar dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico, al homicidio calificado como un tipo complementario y el infanticidio (sic) como tipo especial, el peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia al sujeto activo, de tal manera que solamente pueden cometer ese delito aquellos que reúnan las condiciones o referencias típicas en el sujeto, lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal calidad.<sup>131</sup>

A nuestro parecer es más adecuada la clasificación proporcionada por el maestro Reynoso Dávila ya que la segunda clasificación es muy limitada para poder comprender a todos los tipos penales, como por ejemplo la clasificación que nos proporciona el maestro Raúl Plascencia no contempla los tipos penales en blanco; sin embargo señala que los delitos cometidos por funcionarios públicos son tipos especiales ya que solamente esas personas pueden cometerlos, en tal afirmación coinciden los dos tratadistas, pero el primero de ellos le da el nombre de tipo exclusivo, por que en efecto solamente los funcionarios pueden cometer ese tipo de delitos.

---

<sup>131</sup> Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, “Teoría del delito”, UNAM, México, 2000, pág.114-117.

La idea de tipo penal con sus elementos han variado de sobremanera desde el descubrimiento realizado por Beling, cuando lo analizaba desde un punto meramente descriptivo y por ende los elementos tenían tal carácter, “posteriormente apareció la propuesta de Fischer sobre los elementos subjetivos del tipo penal (1911) y los elementos normativos con Mayer (1915) con lo que el tipo penal logró contener elementos descriptivos, objetivos, subjetivos y normativos, siendo tal consideración de la doctrina al respecto.”<sup>132</sup> En relación a los elementos del tipo penal, la doctrina actual no adopta una postura que plenamente convenza a todos por igual, por lo que existen diversas variantes, así existe una distancia entre los autores defensores de la teoría causalista y los que adoptan la postura señalada por la teoría finalista.

Francisco Muñoz Conde acepta que los elementos esenciales del tipo penal son “el sujeto activo, la acción y el bien jurídico”,<sup>133</sup> postura parecida a la percibida por el maestro Carrancá y Trujillo quien señala que “los elementos característicos del tipo penal son el sujeto activo, la acción y el objeto material del delito o sea aquel sobre el que recae la acción típica.”<sup>134</sup> Desde nuestro punto de vista es más completa la idea que nos proporciona el ilustre finalista Jescheck que considera al tipo penal con “un origen emanado de la conjunción de los elementos que fundamentan el contenido del injusto de la correspondiente especie de delito.”<sup>135</sup> Cabe hacer mención que el citado autor identifica como pilares básicos al bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción, existiendo en cada uno de ellos otros elementos que sirven de base para establecer los elementos del

---

<sup>132</sup> REYNOSO DAVILA, Roberto, *op.cit.*, pág.101.

<sup>133</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *op.cit.*, pág. 49.

<sup>134</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *op.cit.*, pág.160.

<sup>135</sup> MAURACH, Reinhart, *op.cit.*, pág. 350.

tipo penal, como son el deber jurídico penal, el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, la voluntad dolosa o culposa, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión.

Los elementos del tipo penal aluden a aspectos de subjetividad, de normatividad y como lo señalan algunos autores de descriptividad en términos generales, pero no obstante lo anterior también se encuentran estrechamente relacionados con la acción, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, objeto material, dolo y culpa, actividad o inactividad corporal, resultado, medios y referencias de tiempo, lugar, modo u ocasión como lo señala el gran finalista Jescheck.

También es muy importante dejar claro que los elementos del tipo penal son resultado de la evolución de la dogmática jurídico-penal y que dependiendo de la inclinación que se tenga (causalista, finalista) se verán dichos elementos, por ejemplo el dolo y la culpa para los causalistas debe de estudiarse hasta la culpabilidad, mientras que para los finalistas debe de estudiarse al nivel del tipo, ésto tiene una gran relevancia para la procuración y administración de justicia, ya que de esto depende que se dicte una orden de aprehensión o auto de formal prisión con mayor o menor facilidad, nosotros consideramos que para una mayor garantía de legalidad y de seguridad jurídica, debe la autoridad de cumplir con todos y cada uno de los requisitos que establecía con anterioridad a las reformas de 1999, previa capacitación a los agentes del Ministerio Público y demás funcionarios encargados de procurar y administrar la justicia. La causa de que se cambiara el nombre a cuerpo del delito fue la de facilitar la labor de dichos funcionarios públicos debido al gran rezago que tenían de expedientes. Otros factores como la negligencia, corrupción, escasez de recursos

materiales y humanos, pero sobre todo a la burocracia, han ayudado a entorpecer el sistema de procuración y administración de justicia.

### **3.2.1. Los elementos normativos**

Existen tipos penales que para demostrar que ha existido una infracción a la ley penal, es necesario que el juzgador realice valoraciones de tipo social o psíquico, al respecto señala el maestro Rodríguez Devesa que “los elementos normativos son aquellos que requieren una valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley. Esta valoración ha de proceder de diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como al perteneciente al mundo psíquico.”<sup>136</sup>

Creemos que es muy difícil que todos los Ministerios Públicos en materia penal puedan realizar valoraciones de tipo psíquico en todos los casos que llegan a sus manos, máxime cuando el personal a su cargo no es el suficiente para atender las demandas, pero cuántas de las averiguaciones que se llevan en la agencia investigadora del Ministerio Público son las que están realmente apegadas a la verdad, porque debemos de tener presente que el problema en México aparte de sus leyes también radica en el personal que las aplica.

Desafortunadamente no aplican el Derecho las personas más preparadas ni las más honestas, es por ello que proponemos una mejor selección del personal encargado de administrar y de procurar justicia, debiéndoseles de otorgar mejores incentivos económicos,

---

<sup>136</sup>RODRIGUEZ DEVESA, José María, “**Derecho Penal español**”, 3ª edición, Tesma, España, 1995, pág. 123.

cursos de capacitación obligatorios bien estructurados para incitar a mejorar las condiciones de justicia que prevalecen en nuestro entorno social. De todo lo anterior creemos que los institutos de capacitación de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como de la Procuraduría General de la República y por supuesto del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, deben de realizar cursos periódicos de capacitación para los servidores públicos que laboran en esas dependencias.

En relación a los elementos normativos el tratadista español, Juan del Rosal comenta que se deben de llamar elementos necesitados de complementación, señalando que "...son todos aquellos en los cuales el tribunal de justicia no se satisface con una simple constatación de la descripción efectuada en la ley, sino que se ve obligado a realizar otra para concretar más de cerca la situación del hecho. Aquí cabe distinguir elementos puramente cognoscitivos, en los que los tribunales valoran de acuerdo con datos empíricos y elementos del tipo valorativos o necesitados de valoración, en la que el tribunal adopta una actitud valorativa emocional."<sup>137</sup> Es necesario aclarar que dichas valoraciones no deben de ser arbitrarias por parte del juzgador, sino que deben de estar en armonía con la lógica, nosotros somos partidarios de que no se le deje esa carga al juzgador, mientras menos interpretaciones y valoraciones realice el juez, será mejor para la seguridad jurídica de los ciudadanos, estamos concientes de que no todas las situaciones las va a poder contemplar la ley, por que sería casi imposible plasmar en una sola ley todos los casos prácticos que se pueden presentar; sin embargo en aras de la seguridad jurídica creemos necesario que se deben de realizar todos los esfuerzos tendientes a mejorar nuestra legislación.

---

<sup>137</sup> ROSAL, Juan del. "Tratado de Derecho Penal español" 3ª edición, Villena, España, 1978, pág. 46.

El ejemplo clásico de un elemento normativo lo establece el artículo 220 párrafo primero del Código penal para el Distrito Federal como sigue “al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo se apodere de una cosa mueble ajena...” en el Derecho Penal no existe propiamente una definición de la palabra ajena o ajeneidad, es por ello que el juzgador debe de auxiliarse de las demás ramas del Derecho como el Derecho Civil, el cual en su Código sustantivo señala lo que se debe de entenderse por ajeno.

Los elementos normativos a decir del Doctor Raúl Plascencia Villanueva “son hechos o circunstancias que sólo pueden pensarse o imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma, por lo que incluyen los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos al valor y como ejemplos tenemos los siguientes:

“1.-Conceptos jurídicos de matrimonio, deber legal de dar alimentos, documentos, funcionario, cheque, concurso, quiebra.

“2.-Conceptos referidos a valor, como móviles bajos, medidas violentas o arbitrarias.

“3.-Conceptos referidos a sentido como ataque a la dignidad humana, acción sexual.”<sup>138</sup>

Al respecto podemos comentar que cuando un delito requiera para su consignación o para dictar un auto de procesamiento subsanar el elemento normativo, creemos que no es peligroso si el juzgador se remite a otras legislaciones o incluso a los criterios establecidos

---

<sup>138</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *op.cit.*, pág. 104.

por la Corte, sin embargo cuando sí es peligroso, es cuando el juzgador tiene que valorar de acuerdo a su criterio lo que podría ser por ejemplo una conducta sexual o una medida violenta, que de acuerdo a cada persona podría cambiar el criterio, consideramos necesario que la ley penal debe de contener conceptos suficientemente claros para que el juzgador base en ellos al momento sus resoluciones.

Para el maestro Rodríguez Devesa los elementos normativos "...tienen como característica el predominio de una valoración que no resulta factible de percibir por medio de los sentidos."<sup>139</sup> Consideramos oportuno comentar que no estamos de acuerdo con la cita antes señalada, debido a que existen dentro de los elementos normativos juicios de valoración cognoscitiva, elementos de valoración jurídica y elementos de valoración cultural, tal como lo señala el maestro Gregorio Romero, que "dentro de los elementos normativos se tienen:

- a) "Elementos de juicio cognoscitivo que suponen una valoración de la concreta y específica situación de hecho.
- b) "Elementos de valoración jurídica que opera en virtud de criterios contenidos en otras normas jurídicas.
- c) "Elementos de valoración cultural, pues se requiere una actividad valorativa conforme a criterios éticos sociales."<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María, *op.cit*, pág. 57.

<sup>140</sup> ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, *op.cit*,.pág.70.

Creemos que las anteriores especificaciones nos dan una idea general de los elementos normativos, en el punto “a” sí se requiere forzosamente percibir por medio de los sentidos porque es una valoración concreta y eso requiere del auxilio de los sentidos, cosa que no sucede con la valoración ética de la sociedad marcada con la letra “c”, el maestro Edmund Mezger señala que no puede el juez atenerse a la simple descripción que hace la ley, sino que debe de realizar un juicio ulterior relacionado con la situación de hecho y de acuerdo al campo en esta apreciación se distinguen: Los elementos típicos de juicio cognoscitivo en los cuales el juez deduce este juicio con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia, es el caso de la verdad o no verdad objetiva de un hecho o toda especie de peligrosidad, por ejemplo el instrumento peligroso o la peligrosidad de una acción. Los elementos típicos de juicio valorativo (emocional) que exigen una valoración en sentido estricto en el caso de maltratar, de la acción impúdica, de la integridad, de la necesidad, la crueldad, la brutalidad, o lo malicioso.<sup>141</sup>

Desde el punto de vista del autor Alejandro Sosa Ortiz si el “legislador no utilizara los elementos normativos daría la impresión de que sanciona conductas de evidente licitud lo que generaría confusión y desconfianza...Sin embargo hay tipos penales en los que el legislador emplea estas expresiones sin que sean necesarias para circunscribir o individualizar conductas antijurídicas, en virtud de que hecha abstracción de aquellas, éstos seguirán teniendo un indicio de antijuridicidad, como ejemplo de éstos tipos tenemos los de violación de correspondencia previsto en la ley penal, así como el delito de revelación de secretos. En todos estos tipos penales que por implicar dichas expresiones un desvalor

---

<sup>141</sup>Cfr. MEZGER, Edmund, “**Derecho penal; parte general**” 2ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1999, Págs.146-147.

definitivo debido a la impaciencia del legislador que se traduce en una ociosa exigencia de la antijuridicidad, no deben de ser considerados como elementos normativos del tipo, sino de la antijuridicidad, pues un reconocimiento en este sentido como es fácil advertir trastocaría las referidas nociones de tipicidad, antijuridicidad y error de tipo.”<sup>142</sup> Estamos en que son necesarios los elementos normativos en algunos tipos penales, también consideramos que el abuso de dichos elementos por parte del legislador atenta en contra de la seguridad jurídica al otorgarle al juzgador amplias facultades interpretativas ello, puede implicar errores al momento de aplicar el Derecho a un caso concreto. En relación a que lo redactado implique expresiones de un desvalor definitivo, debe de considerarse como elementos de la antijuridicidad, es muy compleja dicha afirmación ya que el citado autor no señala, lo que debe de entenderse por desvalor definitivo.

Para mayor explicación, algunas descripciones legislativas deben de considerarse como elementos de la antijuridicidad. Señala el maestro José María Rodríguez Devesa que “...así como se reconoce en algunos tipos penales la existencia de elementos estructurales del tipo, aunque no aparezcan expresamente en su redacción, la mención explícita de otros datos que resultan ajenos a las nociones del tipo penal, únicamente nos podrá conducir a ese hecho (que a pesar de su no pertenencia a dicha noción aparecen citados) más no a incorporarlos como elementos componentes del tipo penal.”<sup>143</sup> De lo anterior podemos comentar que las expresiones que no sean elementos estructurales del tipo penal, deben de considerarse como elementos de la antijuridicidad.

---

<sup>142</sup> SOSA ORTIZ, Alejandro, “Los elementos del tipo penal; la problemática en su acreditación” ,Porrúa, México, 1999, pág.230.

<sup>143</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María, *op.cit.*,pág. 78.

Algunos autores como Zafaronni señalan que a los elementos normativos no son esenciales ni en el Derecho Penal de fondo ni en el Derecho Procesal, señalando al respecto que “estos conceptos indican la antijuridicidad y son meras insistencias del legislador que no tienen ninguna particular connotación ni sentido práctico en el derecho (sic) penal de fondo y creemos que tampoco en el procesal. No consideramos que sea necesario extraer de ello consecuencia alguna, como no sea una redundante insistencia en la necesidad de la antijuridicidad de la conducta.”<sup>144</sup> No estamos de acuerdo con el maestro Zaffaroni ya que no es inútil debatir sobre si es elemento del tipo o elemento de la antijuridicidad, ya que de ello se derivan consecuencias totalmente diferentes que bien vale la pena analizar, señalando el maestro Reinhart Maurach que “desde un principio debe de distinguirse entre las características normativas del tipo y las características generales del delito, aparentemente incorporadas a la formulación de los tipos. Tal ocurre por ejemplo con las expresiones de sin autorización, antijurídicamente, sin permiso de la autoridad, pretenden una caracterización del proceso total descrito en el tipo, comprensiva del injusto en su totalidad. La distinción tiene la mayor importancia práctica para el deslinde de las distintas especies de error, con sus diversas consecuencias jurídicas.”<sup>145</sup>

Hacemos propias las palabras del maestro Maurach que nos da un panorama general de los elementos normativos que deben de ser considerados como elementos ya no de la antijuridicidad, sino del injusto, que es el continente que involucra tanto a la tipicidad como a la antijuridicidad, por lo tanto ésta última es la especie del injusto, obviamente pone a los elementos normativos como elementos del tipo penal y como elementos de la anjuridicidad,

---

<sup>144</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op.cit.*, pág. 248.

<sup>145</sup> MAURACH, Reinhart, *op.cit.*, pág. 287.

haciendo todavía más confuso la ubicación de los mencionados elementos. Para efectos del presente trabajo consideraremos a los elementos normativos como parte de los elementos del tipo penal.

Para identificar los elementos normativos del tipo de los elementos normativos de la antijuridicidad Zaffaroni señala que “Se tratará de elementos normativos del tipo (y no de la antijuridicidad) cuando sirvan para individualizar conductas, más no cuando impliquen un desvalor definitivo. Se tratará de los mismos elementos (y no de elementos descriptivos) cuando para su comprensión se requiera una valoración jurídica o cultural.”<sup>146</sup> Lo señalado por el tratadista es de suma importancia ya que siempre será un elemento normativo del tipo cuando se individualice conductas.

A fin de cumplir con la garantía de fundamentación y motivación en los casos en que el elemento normativo tenga una connotación demasiado extensa, se deberán de precisar los preceptos legales que en el caso específico se relacionen, así por ejemplo en la actividad ilícita del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se habrán de citar las disposiciones y los hechos que permitan afirmar que esa actividad es contraria a Derecho, por lo que se refiere a los delitos relacionados con la industria petrolera nacional y con el servicio público de energía eléctrica, en estos casos opera la presunción *juris tantum* de que los bienes que se vinculan a éstos ilícitos son de propiedad federal y, por lo tanto no se exigirá la presentación de factura o escritura pública o la inscripción en el registro público.<sup>147</sup> Debemos de considerar que todos los esfuerzos y todas las propuestas no son

---

<sup>146</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op.cit.*, pág. 249.

<sup>147</sup> *Cfr.* SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*, pág. 233.

vanas para ir construyendo la seguridad jurídica de los ciudadanos, cuando el elemento normativo sea demasiado extenso, debe fraccionarse en partes para ir completando de una forma ordenada todos los elementos integrantes del tipo.

### **3.2.2. Elementos subjetivos**

La parte subjetiva del tipo se haya constituida “siempre por la voluntad dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado) o bien a una sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de una mera actividad) y a veces por especiales elementos subjetivos. Por medio de los elementos subjetivos pertenecerán al mundo psíquico del agente o de un tercero, en tal virtud, los identificaríamos a nivel de intangibles, inmateriales, pero perceptibles por medio de los sentidos.”<sup>148</sup>

En opinión del maestro Muñoz Conde la tendencia subjetiva “... es difícil de probar, por reflejar una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir pero no observar.”<sup>149</sup>

Podemos señalar que en algunos tipos penales, la parte subjetiva no puede comprobarse por los medios probatorios existentes, lo que hace la ley es presumir esos elementos, sin embargo consideramos que esos tipos penales deben de ser los menos posibles debido a que atentan en contra de la seguridad jurídica, como por ejemplo en el delito de enriquecimiento ilícito, en donde se presume la existencia de los elementos subjetivos.

---

<sup>148</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María, *op.cit.*, pág. 322.

<sup>149</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *op.cit.*, pág. 243.

Siguiendo al maestro Gregorio Romero los elementos subjetivos comprenden tanto “el dolo, la culpa, así como los elementos subjetivos del autor distintos o complementarios del dolo, como son las intenciones, los propósitos, ánimos, etc.”<sup>150</sup> En efecto como elemento subjetivo podemos considerar tanto al dolo, así como a las intenciones y ánimos del agente activo del delito, lo que quedaría en duda sería considerar a la culpa como un elemento subjetivo en virtud de que bien pudo no haber previsto la conducta contraria a Derecho.

La palabra culpa tiene tres significados “A) dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin atención. B) actuar sin dolo. C) dejar las cosas al acaso. Conforme a otros la culpa sería la falta de observación, atención cuidado o vigilancia”<sup>151</sup> No obstante lo anterior y atendiendo a los criterios tradicionales de la teoría causalista que consideran a la culpa dentro de los elementos subjetivos que deben de estudiarse hasta la culpabilidad, mientras que la teoría finalista la considera como un elemento integrante del tipo, señala esta teoría que “...la conducta del autor no es como la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber del Derecho, él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma...”.<sup>152</sup> De lo anterior podemos comentar que en la culpa el sujeto activo, bien pudo haberse evitado la conducta contraria a Derecho, más sin embargo se llevó a cabo la conducta delictiva por el descuido, la impericia, y la falta de cuidado para conducirse conforme lo marca la norma.

Para algunos autores los “elementos subjetivos deben señalarse como aquellos en los cuales se requiera que el sujeto activo se hallare investido de especiales condiciones, se aluda a

---

<sup>150</sup> ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, *op.cit.*, pág. 70.

<sup>151</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, tomo A-CH, *op.cit.*, pág.791.

<sup>152</sup> WELZEL, Hans, *op.cit.*, pág. 167.

determinadas singularidades relativas a la acción o al resultado, o las condiciones subjetivas requeridas en el sujeto activo, se refieren a alguna otra característica de ésta índole presente de la acción o al resultado.”<sup>153</sup> Desde nuestro punto de vista esta postura es discutible pues son diferentes las características o calidades que se requieran para el sujeto activo, por ejemplo por un cargo público o bien en su carácter de profesionista, cuestiones totalmente diversas a la voluntad, al dolo o la culpa, así como las motivaciones que tuvo al momento de cometer el delito.

En ocasiones el tipo presenta una “mera descripción objetiva complementada por aspectos de índole subjetivo referidos a ciertos estados de ánimo del autor en orden al injusto, son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, intención de causar aborto.”<sup>154</sup> En efecto todos aquellos elementos subjetivos incluyendo al propio dolo, o toda clase de intenciones para cometer el delito son aspectos psíquicos o elementos internos del sujeto para cometer un ilícito.

El maestro González Quintanilla hace alusión a algunos ejemplos de los elementos subjetivos entre los que tenemos los siguientes: alegar a sabiendas hechos falsos en los delitos de abogados y patronos, el servidor público que exija un cobro o cualquier otra cosa que “sepa” no ser debida, sepultar el cadáver de una persona, cuando la muerte fue consecuencia de golpes, heridas o lesiones si el reo “sabía” esa circunstancia; usurpar el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden; al

---

<sup>153</sup> ROSAL Juan del. *op.cit.*, pág. 372.

<sup>154</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op.cit.*, pág. 320.

que a “sabiendas” usare moneda falsificada en los delitos de falsificación, alteración o destrucción de moneda; al que “dolosamente” adquiriera, posea, o trafique con semillas a precio subsidiado en los delitos contra la economía pública, al que con fines lascivos asedie en el delito de hostigamiento sexual, al que “intencionalmente” se coloque en estado de insolvencia para incumplir obligaciones alimentarias; comunicar dolosamente en el delito de difamación; ocultar maliciosamente alguna circunstancia en el delito de falsedad; la destrucción de alguna cosa mueble; ejecutada “intencionalmente” por el dueño en el robo equiparado; el ánimo de lucro en la administración fraudulenta; el ánimo de lucro en el encubrimiento por receptación; al funcionario que propale “dolosamente” noticias falsas sobre el resultado de las elecciones en los delitos de carácter electoral.<sup>155</sup>

Los anteriores ejemplos son sólo algunos que podemos encontrar en nuestra legislación como elementos subjetivos, de lo anterior podemos comentar que los elementos subjetivos deben forzosamente estar señalados en el tipo penal, más no presumirse como lo establece el maestro Edmundo S. Hendler en su obra denominada el Derecho Penal en los Estados Unidos de América, “...se discutía la condena impuesta por apropiación indebida de los bienes del estado federal. Eran unas cápsulas metálicas servidas, halladas en un campo de entrenamiento de la fuerza aérea que el acusado sostuvo haber creído abandonada. El juez que entendió el juicio instruyó al jurado en el sentido de que la intención criminal estaba presumida por el propio comportamiento del reo. El tribunal de apelación confirmó el criterio aduciendo que la norma legal aplicable no hacía mención alguna de la intención, de donde debía de deducirse que ésta no era un elemento constitutivo del delito. La Corte revocó y dejó sentadas varias precisiones, entre ellas la vigencia del principio consagrado

---

<sup>155</sup> Cfr. GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, *op.cit.*, pág. 644-645.

en la tradición del *common law* y lo erróneo de la interpretación que atribuyó a precedentes anteriores de la misma Corte que sustentaban la tesis de que el requisito subjetivo debía estar expresamente mencionado en la ley que define al delito.”<sup>156</sup>

Si bien es cierto nuestro Derecho sigue un sistema diferente al seguido en los Estados Unidos de América, también lo es que la certeza y la seguridad jurídica de los gobernados no tienen por que tener fronteras legalistas. El sistema del *common law* nos pone un magnífico ejemplo de cómo se deben de interpretar las normas, de tal suerte que debemos ser más prácticos en la solución de los problemas que a diario se ventilan en los tribunales, sin que ello signifique el sacrificio de la garantía de seguridad jurídica que debe de prevalecer en todos los sistemas de Derecho existentes en el mundo.

En México el maestro Ricardo Franco Guzmán señala que “al delinear las acciones humanas merecedoras de la pena, no hacen sólo una descripción de los hechos externos objetivos que deben realizarse para cometer un delito, sino que además contiene elementos de carácter subjetivo que sirven según su naturaleza a la comprobación de diversos juicios, así se encuentran en los tipos legales no solamente elementos subjetivos que llevan en sí mismos una de las formas de culpabilidad, cuya comprobación se utiliza con el fin de reprobar al autor, sino que se encuentran con una cierta frecuencia tipos de delitos que requieren una especial intención, un fin particular, un objeto determinado que es esencial para poder emitir un juicio de antijuridicidad. Así vemos que el tipo legal contiene por lo tanto no solamente elementos subjetivos que sirven para la calificación de culpabilidad del

---

<sup>156</sup> HENDLER S. Edmundo, “El Derecho Penal en los Estados Unidos de América”, INACIPE, México, 1992, pág.56.

autor, sino también elementos de carácter psíquico que están provistos de un contenido y una estructura diversa y tienen la finalidad de integrar el juicio de licitud de la acción.”<sup>157</sup>

El maestro emérito de nuestra universidad, Ricardo Franco, se inclina por la teoría causalista neoclásica razón por la cual y leyendo entre líneas podemos afirmar que el dolo y la culpa de acuerdo a su inclinación doctrinal deben de analizarse hasta la culpabilidad, mientras que los demás elementos subjetivos diferentes del dolo deben de analizarse en la antijuridicidad.

El maestro Ricardo Núñez, también profesor de nuestra universidad manifiesta en relación a la ubicación de los elementos subjetivos en lo injusto que con esa afirmación se expresa una verdad mientras se le entienda como significativa de que el elemento subjetivo del tipo, representa un elemento de la acción, que puede determinar su contradicción con el Derecho, pero entonces no se le atribuye a ese elemento en relación al juicio de ilicitud, una función diferente a la de los elementos objetivos de la acción, que también constituyen características de la que depende la contradicción de la acción con el Derecho. Una y otra clase de elementos dan la índole de la acción y, por lo tanto de unos y de otros depende la conformidad de ellas con los fines del Derecho. Si esto es así no resulta conveniente hablar de elementos subjetivos de la ilicitud o de la justificación, pues se puede creer falsamente, que estos elementos cumplen los fines de la determinación de la licitud o ilicitud de la acción, una función distinta de la que desempeñan los elementos objetivos.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> FRANCO GUZMÁN, Ricardo, “La subjetividad en la ilicitud”, José María Cajica, 1970, México, págs.137-138.

<sup>158</sup> Cfr. NUÑEZ, Ricardo, “Los elementos subjetivos del tipo penal”, 2ª edición, ASPA, México, 1978, págs.18-20.

Zaffaroni sostiene claramente que prefiere llamarlos elementos subjetivos del tipo y no elementos subjetivos del injusto, por ser la primera más precisa, señalando que “la expresión elementos subjetivos del injusto no es incorrecta, pues éstos elementos, como los elementos subjetivos del tipo penal que son, resultan también elementos del injusto cuando en realidad hay un injusto, en tal sentido admitiríamos la expresión, pero en general no lo hacemos para evitar confusiones, porque éstos elementos no tienen nada que ver con la antijuridicidad, como no sea en cuanto a que deben de tomarse en cuenta para fijar su objeto, son contenidos del tipo.”<sup>159</sup> Estamos de acuerdo con la propuesta hecha por el maestro Zaffaroni ya que cuando en la ley se establezca como elemento esencial, debe de tomarse como elemento del tipo para poder determinar en un primer momento la existencia de la conducta ilícita.

Sosa Ortiz al hacer referencia a los elementos específicos del tipo, establece “que el legislador reconoce como elementos subjetivos no específicos a la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.”<sup>160</sup> A contrario sensu de lo manifestado podemos comentar que los elementos subjetivos específicos del tipo penal debe de entenderse como el particular motivo, intención, tendencia o propósito requerido, expresa o implícitamente al sujeto activo del delito durante la realización de la conducta típica.

Por lo que respecta a la dificultad de identificar en el tipo a los elementos subjetivos, cuando éstos no aparecen expresamente establecidos, Ricardo Nuñez Señala que “... la determinación de su existencia depende de la interpretación del tipo, aquí es donde el

---

<sup>159</sup> ZAFFARONNI, Eugenio Raúl, *op.cit.*, pág. 13.

<sup>160</sup> SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*, pág.239.

jurista debe de mostrar su sentimiento jurídico so pena de tergiversar el sentido del precepto legal.”<sup>161</sup> La opinión del doctrinario, es avalada por Jiménez Huerta quien considera como elementos subjetivos del tipo a determinados estados de conciencia que se traducen, en una específica representación o conocimiento del autor, de tal suerte que la conciencia en determinados delitos es un elemento del delito, como por ejemplo en el delito de fraude específico, el uso de moneda falsificada, uso de documento falso, etc.

En razón de lo anterior si el tipo exige en su redacción dicho estado de conciencia debe forzosamente acreditarse al momento de que el Ministerio Público consigne el expediente al juez, y éste deberá de cerciorarse que estén debidamente acreditados dichos elementos, porque de no hacerse entonces estaríamos hablando de una conducta tal vez reprobable, pero no sancionable penalmente.

Según el maestro Raúl Plascencia deben de sumarse “al catálogo de elementos subjetivos ciertos contenidos interiores que deben demostrar con una naturaleza intelectual o cognoscitiva, como el hecho de saber que se mata al ascendiente o descendiente o cónyuge de naturaleza afectiva, como el estado de emoción violenta o de naturaleza volitiva cuando se refiere a una dirección intencional, como las miras deshonestas en el rapto.”<sup>162</sup> Para nosotros es correcto lo señalado por el tratadista en comento, ya que por ejemplo en el homicidio en razón del parentesco, es requisito indispensable que el autor del ilícito tenga conocimiento de que el sujeto pasivo es pariente en línea recta o cónyuge; ejemplifiquemos: Juan Pérez desea privar de la vida a su vecino de nombre Gabriel, motivo

---

<sup>161</sup> NUÑEZ, Ricardo, *op.cit.*, pág. 14.

<sup>162</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *op.cit.*, pág. 104.

por el cual compra el arma de fuego y espera a su víctima en una calle oscura, en el momento mismo que cree ver a su vecino acciona su arma, pero resulta que al acercarse al lugar donde se encuentra la persona tirada se da cuenta que es el padre del victimario quien se encuentra privado de la vida, en este supuesto no es posible condenar a Juan Pérez por el delito de homicidio en razón del parentesco en virtud de que no tenía conocimiento de que el sujeto que iba pasando por esa calle era su progenitor, en tal situación podría ser condenado por el delito de homicidio, pero no por el delito de homicidio en razón del parentesco.

### **3.2.3. Los elementos objetivos**

Según el maestro González Quintanilla los elementos objetivos son "... captar lo referido en la hipótesis delictiva como apreciable con existencia material en el mundo físico, percibidos tales elementos sensorialmente por los sentidos del ser humano."<sup>163</sup> En efecto lo objetivo es lo que podemos apreciar, por medio de los sentidos, de tal suerte que si no es así, estaríamos hablando de elementos tal vez normativos o subjetivos, lo objetivo entonces es más fácil identificarlo o comprobarlo en el juicio, debido a que no depende de puntos de vista, sino de algo que por sí solo existe.

El investigador Raúl Plascencia señala que la parte objetiva "abarca el aspecto externo de la conducta. En los delitos de resultado se entiende como un efecto separado de la conducta y posterior a ella, los elementos objetivos tienen la característica de ser tangibles, externos,

---

<sup>163</sup> GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, *op.cit.*, pág. 643.

materiales por lo que también podríamos decir que son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante.”<sup>164</sup> El juzgador debe de tomar en consideración que todos los elementos que puedan ser captados por medio de los sentidos son elementos objetivos, ya sea para considerar la inocencia o culpabilidad de una persona, así como para individualizar la pena del delincuente, eso que señala el autor que son hechos realizados antes o después de la conducta delictiva.

Jiménez Huerta denomina a los elementos objetivos como elementos de mera descripción, habida cuenta de que en ellos se pretende detallar con máxima objetividad la conducta antijurídica, al extremo de poder ser conocidos simplemente por los sentidos, sin embargo con esto no se debe excluir el aspecto descriptivo a los elementos normativos y subjetivos, sino se les llama elementos objetivos por lo preponderantemente descriptivos y fácilmente observables.<sup>165</sup> Estamos de acuerdo ya que se les denomina de esa forma precisamente por contener características únicamente del mundo exterior.

Jakobs menciona que la estructura “...interna del tipo se compone de una parte objetiva y una parte subjetiva, la primera contiene la descripción de un acontecer exterior perceptible por los sentidos que es insuficiente por sí misma para calificarlo de típica, debiendo de ser complementado con los elementos que integran el tipo subjetivo.”<sup>166</sup> Consideramos que algunos tipos penales contienen elementos objetivos, subjetivos y normativos que son complementarios y al comprobarse, es cuando estamos ante la presencia de un delito, pero de hecho deben de estar expresamente señalados en el tipo penal respectivo.

---

<sup>164</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *op.cit.*, pág. 110.

<sup>165</sup> Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *op.cit.*, pág. 64 a 68.

<sup>166</sup> JAKOBS, Gunter, *op.cit.*, pág. 183.

Señala el maestro Jiménez Huerta que es muy difícil diferenciar los límites entre los elementos objetivos y subjetivos, toda vez que se confunden, llegando a la conclusión de que “no es cierto en forma determinante que el tipo objetivo dé base a la antijuridicidad y el subjetivo a la culpabilidad. El tipo abstracto es la suma de características conceptuales que fundamentan el tipo legal, el tipo concreto, la suma de las características que el acontecer histórico lleva consigo y que se trata de juzgar.”<sup>167</sup>

Creemos pertinente aclarar que para nosotros el elemento objetivo debe forzosamente ser identificado con facilidad por medio de los sentidos como se decía anteriormente, de lo contrario, entonces estaríamos hablando de un elemento descriptivo subjetivo.

Ranieri, al abordar los elementos descriptivos, llamados así por él, nos hace el siguiente desarrollo: a) sujeto del hecho, individuo imputable las más de las veces indiferente y excepcionalmente determinada su calidad; b) Modalidades (exigencia determinada, forma o circunstancia de ejecución como la violencia física o moral, el tiempo de guerra, despoblado); c) Resultado, que es el señalamiento de determinado suceso como efecto inmediato o mediato de la conducta, como la muerte en el homicidio, en algunos casos lo supuesto del resultado como verdadera consecuencia de la conducta; d)nexo causal, aparición del resultado como verdadera consecuencia de la conducta; e)objeto de la conducta, como es el percibido por medio de los sentidos; f)efecto jurídico protegido por la ley; g)sujeto pasivo del bien, persona en su individualidad o la llamada persona moral ; h) culpabilidad carácter subjetivo del autor; e)ulteriores elementos los que determinan el

---

<sup>167</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *op.cit.*, pág. 18.

tiempo, espacio, lo normativo, subjetivo, etc.<sup>168</sup> Por otra parte creemos que pueden denominarse elementos descriptivos, pues apegados o no a las características, todos tienden a señalar la descripción, hecha por el legislador de la conducta considerada como delictuosa en abstracto, función principal del tipo.

El padre del finalismo Hans Welzel señala en relación a los elementos objetivos que son el núcleo real-material de todo delito. El delito no es únicamente voluntad mala que se realiza en un hecho, siendo el fundamento real de todo delito la objetivación de la voluntad en un hecho externo, que es la base de la estructuración dogmática del delito. La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las circunstancias del hecho. Este llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo externo puramente objetivo que estuviera formado absolutamente de momentos subjetivos-anímicos, ya las acciones objetivas de apropiarse, de engañar, pero también de coaccionar, de sustraer, como en general de todas las acciones de los tipos de delitos dolosos, no pueden ser aprehendidas suficientemente sin la tendencia de la voluntad que las conduce y anima. El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado, comprendiendo aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior.<sup>169</sup>

Podemos comentar que el gran tratadista vienés no considera a lo objetivo como ajeno a lo subjetivo, es de tomarse en cuenta dicha opinión ya que para tener por integrado un delito deben reunirse tanto los elementos objetivos, como subjetivos y normativos, todos ellos no son independientes, sino por el contrario se interrelacionan entre ellos, ahora bien el

---

<sup>168</sup> Cfr. RANIERI, Silvio, “**El Delito como hecho Típico**” revista jurídica Veracruzana, Xalapa, Veracruz, tomo XIII, septiembre a noviembre de 1982, número 5, págs. 399-400.

<sup>169</sup> Cfr. Welzel, Hans, *op.cit.*, pág. 75-77.

elemento objetivo se encuentra plasmado en el mundo externo, fuera de la psique del sujeto activo, como algo tangible y perceptible por medio de los sentidos.

Francesco Antolisei señala en su Manual de Derecho Penal que “... el estudio objetivo del delito se desglosa en tres distintas indagaciones: la conducta, el evento o resultado y la relación de causalidad, además de los elementos citados en la figura criminosa es necesario la ausencia de alguna causa de justificación.”<sup>170</sup> Desde nuestro punto de vista consideramos parcial la opinión realizada por el maestro Antolisei en virtud de que no toma en consideración la lesión opuesta en peligro del bien jurídico que protege la norma, las formas de comisión, las modalidades de tiempo, lugar y ocasión, el objeto material, entre otros.

### **3.2.4. Los elementos que componen el tipo penal**

Algunos penalistas dentro de la corriente causalista, incluyen como elementos objetivos del tipo los siguientes:

“a) El bien jurídico tutelado;

“b) Los sujetos: activo y pasivo, sea en cuanto a su calidad o número;

“c) La manifestación de la voluntad;

---

<sup>170</sup> ANTOLISEI, Francesco, “Manual de derecho Penal, parte general” 8ª edición, Temis, Colombia, 1988, Pág. 152.

“d) El resultado previsto en el tipo;

“e) La relación de causalidad;

“f) Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo;

“g) Las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que señale el tipo;

“h) El objeto material.”<sup>171</sup>

Para la teoría finalista los elementos objetivos del tipo son:

“1) El sujeto activo (autoría y participación).

“2) El sujeto pasivo.

“3) El bien jurídico tutelado.

“4) La acción u omisión.

“5) El resultado típico en los delitos de resultado.

“6) Los elementos normativos.

---

<sup>171</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, “**Teoría del delito**” 9ª edición, Porrúa, México, 2000, pág.23.

“7) Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.”<sup>172</sup>

Para el sistema funcionalista, en la imputación objetiva operan tres criterios generales, como son:

“A) Que la conducta del sujeto haya creado o incrementado un riesgo prohibido, no comprendido dentro del riesgo permitido, así por ejemplo si “A” conduce cuidadosamente un automóvil e inesperadamente cruza su camino “B” a quien atropella y mata, desde luego que “A” puso una condición, una causa, en el suceso y “B” muere a causa de ella, lo que se resuelve a nivel de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero como “A” ha observado las normas de debido cuidado y aun cuando conducir un vehículo implican riesgos, éstos son socialmente útiles y aceptados y “A” no ha incrementado el riesgo permitido, por ello la muerte de “B” no le es imputable objetivamente.

“B) El resultado debe de producirse precisamente por el comportamiento del sujeto y no deberse a un riesgo diverso ajeno a su conducta. De este modo se resuelven casos como aquel en que “A” lesiona a “B” y “B” cuando se le conduce a una ambulancia al hospital, la ambulancia es embestida por otro vehículo y “B” muere. Objetivamente el riesgo de haber embestido a la ambulancia ya no le es imputable a “A”, este incremento de riesgo ya no le corresponde, sólo el estrictamente derivado por la lesión.

“C) Que el resultado esté comprendido dentro del fin de la protección de la norma o del alcance del tipo penal, es decir, sólo le es imputable objetivamente un resultado a un sujeto,

---

<sup>172</sup> SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*, pág. 72.

si ese resultado está en el ámbito del bien jurídico tutelado por la norma. De este modo, por ejemplo, si “A” conduce una motocicleta y lleva a “B” como pasajero, lo cual está prohibido por el reglamento de tránsito, si después “C” conduciendo un automóvil en forma negligente o imprudentemente atropella la motocicleta y “B” muere la responsabilidad es exclusiva de “C” pues a pesar de que “A” infringió la prohibición de llevar pasajeros en la motocicleta para la seguridad del propio motociclista, el atropello de “C” es un resultado ajeno a la protección de la norma de tránsito sobre la prohibición de ir 2 pasajeros en una motocicleta.”<sup>173</sup>

Es muy importante para el estudioso del Derecho el adherirse a uno u otro sistema, debido a que de eso dependerá la solución de los problemas que se presentan en la dogmática jurídico-penal, y desde luego de las respuestas que se den dependerá la solución de los asuntos que se lleven a cabo ante los tribunales.

De lo anterior podemos comentar, que la suma de los elementos objetivos, subjetivos y normativos establecidos en los tipos penales deben forzosamente de acreditarse, desde que el agente del Ministerio Público consigna al juez el caso porque ello implica más seguridad jurídica para el gobernado.

Hasta antes del año de 1999, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales señalaba textualmente:

---

<sup>173</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op.cit.*, pág. 179-180.

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

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

“II. La forma de intervención de los sujetos activos, y

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

“Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere las a) calidades del sujeto activo y el pasivo; b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; 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 de constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

“Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.”<sup>174</sup>

Del contenido del precepto transcrito se pueden apreciar los siguientes apartados:

- A) Enumeración de los elementos del tipo penal.
- B) El contenido de la probable responsabilidad.
- C) Los medios probatorios permitidos para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.
- D) La obligación del Ministerio Público de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad como base del ejercicio de la acción penal y la del juez de examinar si tal acreditación se deriva de autos.

Es importante dejar claro que no todos los tipos requieren comprobar la totalidad de los elementos del tipo penal, como lo señala el maestro Rodolfo Monarque al establecer que “... el artículo 168 distingue en el primer apartado entre elementos constantes o comunes a todo tipo penal y los contingentes, requeridos por ciertos tipos penales en particular que pueden ser fundamentales o básicos o bien de los denominados especiales o complementados, configurándose estos últimos, precisamente por los agregados a los primeros de alguno o de varios elementos.”<sup>175</sup> Los que se deben de considerar dentro del

---

<sup>174</sup> SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*, pág.72.

<sup>175</sup> MONARQUE UREÑA, Rodolfo, *op.cit.*, pág.100.

primer grupo se deben de comprobar la acción u omisión, la lesión al bien jurídico protegido o la puesta en peligro a que ha sido expuesto, la forma de intervención de los sujetos activos y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión, por lo tanto y *a contrario sensu* los demás elementos no señalados serán elementos especiales o complementados como son la calidad del sujeto activo y pasivo, el resultado, su atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, de tiempo, de ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que prevea la ley; cada delito según su redacción exigirá o no los elementos especiales o complementados como por ejemplo en los delitos de fraude en donde el tipo requiere la totalidad de los elementos especiales, además desde luego de los básicos.

#### **3.2.4.1. La acción u omisión.**

Desde hace más de un siglo, la ciencia del Derecho Penal se ocupa de la polémica en torno al concepto. Dentro de dicha polémica existen etapas violentas y de relativa calma, épocas de combate por la imposición de un nuevo concepto de la acción y épocas de supremacía del concepto impugnado.

“Hoy nos encontramos en el punto nodal de la polémica de la acción, gracias a la doctrina de la acción finalista, del mismo modo que en el período de decadencia del concepto de la acción de los hegelianos, a fines del siglo pasado, no únicamente combaten dos conceptos de la acción el tradicional y el innovador, el causal y el finalista, sino que la controversia se

caracteriza por una gran abundancia de conceptos de la acción...”.<sup>176</sup> Algunos autores consideran que la acción es un concepto medular en la teoría del delito, para otros dicho concepto no es trascendental, pero todos consideran que el concepto de acción está ligado al concepto de tipicidad, de antijuridicidad y de culpabilidad, desde nuestro punto de vista el concepto de acción es básico para el estudio de la teoría del delito, la cual forzosamente se debe de estudiar para determinar si la conducta realizada por una persona debe de ser considerada como delictiva o no.

En razón de lo anterior Mezger toma la acción como un fenómeno psíquico, como acto subjetivo de la voluntad, toda acción es una conducta enderezada por la voluntad y por ello necesariamente es una conducta dirigida a un fin, a una meta, el que actúa debe siempre querer algo y el que omite no querer algo, de tal manera que toda acción lleva consigo de acuerdo a su naturaleza ontológica, un carácter final que está siempre dirigida a una meta determinada.<sup>177</sup>

Estamos de acuerdo parcialmente con el tratadista antes citado debido a que si se toma a la acción en forma positiva, es decir de hacer para llegar a un resultado delictivo, entonces la acción será un elemento principal de la voluntad, que de no comprobarse plenamente no estará integrado el delito. En el caso de la omisión es diferente en virtud de que no es la acción lo que provoca el delito, sino todo lo contrario se deja de hacer algo, se abstiene constituyendo con ello un delito.

---

<sup>176</sup> FERNÁNDEZ MADRAZO, Alberto, “**Derecho Penal; teoría del delito**” 2ª edición, UNAM, México, 1997, pág. 9.

<sup>177</sup> Cfr. MEZGER, Edmund, *op.cit.*, pág. 88.

La acción desde Aristóteles es el "... centro de la teoría filosófica, el actor realiza un fin o hace que se produzca el estado de cosas deseadas eligiendo, en una situación dada, los medios más congruentes y aplicándolos de manera adecuada, el concepto central es el de una decisión entre alternativas de acción, enderezadas a la realización de un propósito." <sup>178</sup>

Este modelo de la acción es el que subsiste en la actualidad a los planteamientos que en términos de la acción penal se hacen en la teoría del delito.

Desde el punto de vista del maestro vienés Hans Welzel, el "delito es un acto humano, una acción, esta acción en sentido amplio es la conducta exterior voluntaria dirigida a producir un resultado... la acción humana, no sólo es un acontecimiento causal, sino un acontecimiento final, es el ejercicio de una actividad finalista, esto quiere decir que la actividad de la propiedad humana consiste en que el hombre sobre el conocimiento causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actividad, proponerse objetivos, escoger los medios necesarios y emplearlos conforme a un plan encaminado a la realización del fin propuesto, la causalidad es ciega, la finalidad es vidente." <sup>179</sup> La acción desde este punto de vista es prever las consecuencias de la conducta, escoger los medios necesarios para llegar a su fin delictivo, sin embargo lo que no explica el doctrinario en su concepto de acción, es cuando el sujeto activo del delito no llega a prever las consecuencias de su conducta, que en todo caso sería la omisión.

Por lo anterior, existen posturas encontradas entre establecer si el Derecho Penal debe ser Derecho Penal de resultado o Derecho Penal de voluntad, también se discute si existe una

---

<sup>178</sup> MAURACH, Reinhart *op.cit.*, pág. 182.

<sup>179</sup> WELZEL, Hans, *op.cit.*, pág. 39.

antijuridicidad objetiva o únicamente un injusto personal (subjetivo) a su vez se discute si la no exigibilidad subjetiva excluye a la culpabilidad, además se discute si es correcta la teoría subjetiva de la tentativa y de la participación y finalmente si varios acontecimientos se deben de considerar unitariamente, de acuerdo con criterios objetivos o subjetivos.<sup>180</sup>

Estos contrastes se dan precisamente por la lucha de la teoría causalista y la finalista de la acción, ya que mientras la primera le da más valor al aspecto objetivo o externo de la conducta, la finalista por el contrario le da más énfasis al aspecto subjetivo, en nuestro sistema jurídico mexicano y en varios países latinoamericanos es donde se han dado esas confrontaciones, mientras que en los países europeos ya han quedado atrás esas discusiones, se enfocan más que nada en la aplicación de un sistema más acorde a la realidad que viven esos países (teoría funcionalista).

El Código Penal Federal utiliza los vocablos acción u omisión en los artículos 8, 15 fracción VIII y 52 fracción II y en los artículos 7 y 12 emplea la palabra acto como sinónimo de acción, como se observa en las siguientes transcripciones:

“Artículo 7.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”

“Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos de deberían de producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.”

---

<sup>180</sup>Cfr. FERNÁNDEZ MADRAZO, Alberto, *op.cit.*, pág.14.

La doctrina ha considerado que la acción y la omisión son las dos diferentes formas que puede adoptar la conducta, entendida ésta "... como el comportamiento humano voluntario que se manifiesta exteriormente."<sup>181</sup> El concepto dado por el maestro Monarque es parcial desde nuestro punto de vista, en virtud de que en la actualidad todavía se discute si la acción y la omisión deben de considerarse en un concepto general o se debe de establecer un concepto para la acción y otro para la omisión.

Alberto Fernández señala que únicamente los actos corporales externos son acciones punibles, es decir el Derecho Penal solamente castiga los actos corporales externos, no los puramente psíquicos (pensamiento y voliciones) el simple querer, la voluntad no realizada es impune, el sólo pensar no es punible, si no se produce un suceso externo, no hay acción punible. Los actos no voluntarios, los denominados movimientos reflejos, los movimientos corporales causados por un efecto fisiológico carente de voluntad tampoco son acciones punibles, estos movimientos reflejos no deben de confundirse con los denominados actos impulsivos, cuyo origen es un acto consciente en donde el impulso a causa de la falta de representaciones contrarias se transforma en un acto. Aquí existe la acción y la responsabilidad sólo se puede determinar en el Derecho Penal, asimismo tampoco son punibles los actos realizados bajo el dominio de una fuerza irresistible, si no hay moviendo no hay acción, si no hay acción no hay delito. El autor del hecho es por regla general el hombre como ser individual, contrariamente a lo que ocurre en el Derecho civil o administrativo.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> MONARQUE UREÑA, Rodolfo, *op.cit.*, pág. 130.

<sup>182</sup> *Cfr.* FERNÁNDEZ MADRAZO, Alberto, *op.cit.*, pág. 22.

Cabe hacer mención que el citado tratadista al momento de hablar de acción implícitamente está hablando de omisión, sin embargo, para otros autores no se puede hablar de inactividad total ya que eso implica o se presume la muerte, tal como lo señala el maestro Fernando Gómez Mont “...la inactividad como concepto ontológico sólo se puede reflejar en la muerte, ya que todo acto humano implica una actividad que ya no se puede partir de que la actividad, se defina como movimiento corporal o no, hay actividad aún sin movimiento corporal, estar firme es una actividad, por ejemplo la noción de movimiento con actividad ya no reflejaba con claridad lo que se debe de entender por conducta... ya que si se considera el concepto de la acción como concepto diferente del de omisión tendríamos que acudir al concepto normativo, entonces ya no solamente estamos hablando de una conducta humana y tendríamos que referirnos al concepto normativo, tratándose con posterioridad a la conducta, pero no en la base de la pirámide de la voluntad humana, no a nivel de la tipicidad, donde venga el mandato de portarse de determinada manera, siendo ilógico que la omisión sea tratada a nivel pre-típico, podemos hablar de conducta sin tener que hablar de tipo, pero no podemos hablar de omisión sin poder hablar de conducta penal, de ahí que no es conveniente hablar de actividad e inactividad.”<sup>183</sup>

Si hablamos de una acción, lógicamente debemos tener presente que dicho concepto tiene su lado opuesto que en el presente caso es la omisión, como por ejemplo el lado de una moneda es diferente al otro lado de la moneda, sin que con ello quiera decirse que no pertenezcan al mismo objeto, ambos lados de la moneda tienen significaciones diferentes en la cultura general que sirven sobre todo para diferenciar un lado del otro y que a la vez el

---

<sup>183</sup> GÓMEZ MONT, Fernando, “Causas de exclusión del delito” 2ª edición, PGR, México, 1994, pág. 79.

objeto en sí significa un valor monetario único que incluye obviamente a los dos lados, inseparables uno del otro.

De lo anterior podemos comentar que al hablar de un concepto de acción se tienen que hacer referencia a los dos lados de la moneda, como el de acción y el de omisión, es decir, desde nuestro punto de vista es posible tener un concepto de acción total, sugiriendo el siguiente:

La acción es el comportamiento humano, activo o pasivo que se manifiesta al mundo material generando un resultado sancionado por la ley penal. Es activo o pasivo en virtud de que bien el agente puede realizar alguna acción tendiente a adecuar su conducta a la norma penal o bien no puede realizar ninguna acción activa, generando con ello también un delito, es decir, la pasividad, el no hacer genera un cambio en el mundo material sancionado por el Derecho.

Forzosamente se debe de crear un resultado que afecte a los bienes jurídicamente tutelados por la ley o bien ponerlos en peligro, porque de no ser así no deberá de ser sancionada la conducta por la ley penal, apegándonos por lo tanto al criterio establecido por el maestro Alejandro Sosa que menciona "... la acción se traduce en un hacer algo voluntariamente y la omisión en un dejar hacer algo voluntariamente y que ambas nociones se ubican dentro del concepto genérico de conducta...".<sup>184</sup> Criterio también sustentado por la teoría finalista de la acción, que desde nuestro punto de vista es la más adecuada para proporcionarle mayor seguridad jurídica al gobernado, sin que quiera decir con ello que no pueden ser

---

<sup>184</sup>SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*, pág. 78.

aplicables otras teorías conjuntamente, lo que no es adecuado es hacerlo en una forma desordenada, atendiendo a las políticas del gobernante en el poder, sino que de las teorías existentes podemos realizar un estudio pormenorizado y aplicar a nuestra realidad jurídica mexicana los aspectos que sean aplicables y desechar los que no lo sean.

El tratadista Alberto Fernández señala que “omitir no significa hacer algo pasivamente, sino no realizar determinada actividad jurídicamente exigida. Para ilustrar esto, considérese que debe determinarse objetivamente lo que el destinatario de la norma debe hacer y ello depende de cada caso en particular, p. e., el salvavidas que omite el salvamento de quien ésta por ahogarse o quien no presta auxilio a la víctima en un accidente.”<sup>185</sup> Los autores dividen a la omisión en propia e impropia, la primera castiga el no hacer la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario un resultado formal, en la omisión impropia, también denominados de comisión por omisión, en donde se castiga la no realización de la acción esperada y exigida por la ley debiendo de producir un resultado material.

Casi siempre la acción y la omisión pueden distinguirse fácilmente por su manifestación externa, quien pone en movimiento un suceso causal, empleando energía o la guía en una dirección determinada “hace algo”, quien deja que las cosas sigan su curso y no usa la posibilidad de una intervención “omite algo” sin embargo es difícil de contestar a la pregunta ¿cuál es el elemento en caso de conductas ambiguas, que constituye el punto de referencia decisivo para la apreciación penal, si la forma de manifestación externa de la conducta decide forzosamente acerca de su calificación jurídica como hecho comisivo u

---

<sup>185</sup> FERNÁNDEZ MADRAZO, Alberto, *op.cit.*, pág. 29.

omisivo?<sup>186</sup> Atendiendo a criterios puramente procesales diremos que en caso de duda debe de estarse a lo más favorable al procesado, es decir que en caso de duda no se debe de tener por acreditada ni la una ni la otra.

Para que se configure la omisión, se requieren tres elementos: manifestación de voluntad, conducta inactiva y deber jurídico de obrar, al respecto el maestro Rafael Márquez Piñero señala que: “a) si la inactividad no es voluntaria, si procede la causa ajena a la voluntad del omitente y es de origen patológico, es una fuerza irresistible o causa insuperable o constituye un impedimento legítimo, no podrá hablarse de omisión ni habrá acción en sentido amplio, ni delito si el omitente no tenía deber jurídico de obrar. Un ejemplo del primer caso sería el del policía atado y amordazado que deja escapar a un delincuente y no lo persigue, en tanto que un ejemplo del segundo caso sería el del particular que presencia la huida de un delincuente al que conduce la policía y no interviene.”<sup>187</sup> No existe ninguna norma que obligue al ciudadano común y corriente a realizar las funciones propias de la policía, aunque vea que se escapa, cosa totalmente diferente en el caso de que los ciudadanos tengamos la obligación de denunciar los actos constitutivos de un delito, al ciudadano no se le puede obligar a poner en peligro su integridad personal o su vida para detener a un delincuente, máxime cuando existen personas pagadas por el Estado para realizar esa labor.

El maestro Fernando Gómez señala que “la acción o la omisión contenida en cada tipo siempre aparece de manera clara y explícita, porque en ocasiones lo que describe de manera

---

<sup>186</sup>Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *op.cit.*, pág. 98.

<sup>187</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “**Derecho Penal; parte general**” 4ª edición, Trillas, México, 1997, pág. 167.

literal en la norma a través de un verbo transitivo lo es tanto la acción u omisión como el resultado material, que éstas producen, siendo en éstos casos necesario un análisis del precepto para lograr identificar la acción u omisión típica.”<sup>188</sup> Casi en todos los tipos penales aparecen claramente expresadas la acción u omisión, sin embargo en ocasiones hay tipos penales que no tienen verbo, es decir, la conducta que debe de realizar una persona para que pueda ser considerada como delictiva. Creemos que los vicios de la ley empiezan con la deficiente redacción hecha por el legislador de los tipos penales.

El tratadista Alfonso Reyes señala que “...desde el punto de vista gramatical la conducta típica es una oración, su contexto gira en alrededor del verbo principal o único que la gobierna, por eso se le llama verbo rector o núcleo rector del tipo, al cual se requiere diferenciarlo de otros verbos o formas verbales que el legislador suele emplear al describir una determinada conducta y cuya función es accesoria.”<sup>189</sup> Pueden existir tipos penales en cuya redacción pueden contemplar varios verbos, siendo necesario determinar cuál es el verbo rector del tipo, es decir, determinar cual de ellos es el verbo principal y cuáles son los verbos cuya función es accesoria, ello lleva a realizar una labor de interpretación exhaustiva, que puede llevar a errores al momento de la aplicación de las normas penales, lo ideal sería que el legislador estableciera con precisión el núcleo de verbo de cada tipo, ésto atendiendo a la seguridad jurídica de los gobernados.

---

<sup>188</sup> GÓMEZ MONT, Fernando, *op.cit.*, pág. 200.

<sup>189</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso, “**Derecho Penal**”, 11ª edición, Temis, 1996, pág. 105.

### 3.2.4.2. La forma de intervención

A partir del siglo XVIII, concretamente desde la revolución francesa, el espíritu individualista penetró en definitiva en el Derecho y como consecuencia de ello, la responsabilidad penal se hizo personal. Así se estimó que sólo el hombre es sujeto del delito, porque sólo los seres racionales tienen capacidad para delinquir. No son posibles la delincuencia y la culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, las cuales sólo se encuentran en el hombre. Sólo la persona individualmente considerada, puede ser penalmente responsable, porque en ella se da la unidad de conciencia y de voluntad, que constituye la base de la imputabilidad.<sup>190</sup> Antes del siglo XVIII era común que en toda Europa se sometiera a proceso tanto a las personas como a los animales, así tenemos ejemplos tan chistosos, como el sometimiento a juicio en Inglaterra de un gallo que había picado en un ojo a un niño, juicios seguidos en contra de elefantes, de sanguijuelas, etc., es a partir de ese siglo cuando la pena se individualiza únicamente a las personas, todavía se discute en la doctrina la participación de sujetos activos morales, pero consideramos que los únicos que pueden ser sometidos a juicio penalmente son las personas humanas y no a ficciones de la ley.

De acuerdo al tratadista Carlos Fontan Balestra:

“a) En sentido jurídico estricto, sólo es autor quien ejecuta la acción típica y reúne todas las condiciones requeridas en la figura.

---

<sup>190</sup>Cfr. CUELLO CALON, Eugenio, “**Derecho Penal, parte general**” Bosch, España, 1975, págs. 234 y 235.

“b) Tomada la expresión en un sentido jurídico más *lato*, es autor todo aquel que merece una pena por aplicación de la ley penal. Así entendido el concepto, también son autores el instigador y los cómplices.

“c) Desde otro punto de vista, el autor es el individuo objeto de análisis como consecuencia de haber cumplido una acción de las previstas por la ley como delito con el fin de seleccionar un medio, de entre los que se encuentra el Derecho Penal para luchar en contra del delito, que resulte apropiada a su personalidad.”<sup>191</sup>

De acuerdo a nuestro criterio el inciso señalado con la letra “a” no es conveniente entender al autor como quien ejecuta la acción delictiva, ya que podría confundirse con el autor material y de acuerdo a las modernas teorías del autor, son punibles las conductas delictivas no solamente los que lo cometieron materialmente, sino también los instigadores y los que ayudaron a cometerlo como son los cómplices, es decir, nos inclinamos por el inciso “b” el en el inciso “c” es muy general la aplicación del concepto de autor, razón por la cual tampoco estamos de acuerdo.

Francisco Antolisei señala que el autor “no significa condenado, no indica la calidad de culpable reconocida o presunta, sino solamente, la relación que se traba entre el delito y su autor, por delincuente se entiende al autor de un hecho previsto en la ley como delito.”<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, *op.cit.*, pág. 531.

<sup>192</sup> ANTOLISEI, Francesco, *op.cit.*, pág. 181.

Al momento de estudiar al autor desde un punto de vista dogmático, no quiere decir que se estudie la culpabilidad de una persona, sino que como lo señala el gran tratadista es solamente con la finalidad de relacionar al delito con el supuesto autor, ya que cuando se debe de hablar de autor en estricto sentido de la palabra, es cuando una persona ha sido encontrado culpable de un hecho criminoso, así calificado por la ley.

Dentro del tema de la participación criminal, se abordan los problemas que se suscitan para descifrar quiénes entre los sujetos que intervienen en la realización del delito, poseen la calidad de autores y quiénes tienen el carácter de partícipes, para el maestro Rodolfo Monarque "... es dominante el criterio que considera a los autores merecedores de mayor punibilidad que los partícipes, sobre el particular existen diversos criterios de carácter unitario y dualista o de naturaleza subjetiva u objetiva, pero además nociones eclécticas o mixtas que pretenden dar solución a esta disyuntiva."<sup>193</sup> La mayor punibilidad que merece el autor material en relación a los demás participantes en el delito, se basa desde nuestro punto de vista en que participa en una forma directa en el hecho criminal, afectando de manera inmediata al bien jurídico protegido o su puesta en peligro, denotando más peligrosidad, razón por la cual es más trascendente su actividad para el Derecho.

Existen varias teorías para explicar la participación criminal entre las que tenemos las siguientes:

La concepción unitaria.- Dentro del contexto monista sobresale la teoría unitaria del autor, de acuerdo con este criterio que se ampara filosóficamente en la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos los sujetos que intervienen principal o secundariamente en la

---

<sup>193</sup> MONARQUE UREÑA, Rodolfo, *op.cit.*, pág. 137.

realización de un delito, deben de ser considerados autores en la medida en que su aportación significa una conducta *sine qua non*, una condición indispensable para la producción del resultado o la puesta en peligro de algún bien tutelado por el Derecho Penal y por lo tanto merecen el mismo disvalor.

La teoría subjetiva del autor reside en el *animus auctoris*, es decir, el sujeto que interviene en la comisión de un delito, siente que tiene el control de la situación, o se siente así mismo un simple cooperador secundario. Para la teoría objetivo-formal, sólo puede considerarse autor, a quien realiza una conducta ejecutivamente típica, con lo cual se relega a un carácter secundario de partícipes a los autores intelectuales y mediatos.

La teoría objetivo-material, considera que es autor, aquel entre los sujetos que intervienen en la comisión de un delito, aporta la causa más eficaz para la producción del resultado o la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Para la teoría del dominio del hecho, criterio elaborado por la teoría finalista de la acción, tiene el carácter de autor de manera dolosa y consciente, el que controla objetiva y subjetivamente el desarrollo y curso de la conducta delictiva, subjetivamente en la medida en que de manera inmediata, orienta finalísticamente su comportamiento hacia la producción del resultado o de la puesta en peligro del bien y objetivamente, porque goza de poder para interrumpir cuando quiera la acción realizada.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup>Cfr. SOSA ORTIZ, Alejandro, *op. cit.* Pág. 137-140

Para esta última teoría son autores los que realizan el delito por sí, los que instigan a otro a cometerlo, los que lo planean y ordenan la realización del delito, por otro lado merecen ser considerados partícipes quienes cooperan en forma secundaria, de tal suerte que la conducta se convierte relevante exclusivamente por la unión que posee respecto al hecho criminal, haciendo referencia a los cómplices, es decir, a quienes cometen actos preparatorios y a los que ocultan a los delincuentes con acuerdo anterior a la comisión del mismo delito. Para nosotros es más adecuada la teoría del dominio del hecho porque involucra la finalidad de la acción como parte fundamental en el hecho delictivo, y en razón de eso determinar si es un autor o un simple cómplice, que realiza conductas preparatorias o conductas *a posteriori* del hecho delictivo, siempre y cuando se hayan convenido dichas conductas, antes de la comisión del delito; de lo anterior se desprende que si no convinieron, por lo tanto no podrá condenarse a ninguna persona por cómplice.

El artículo 13 del Código Penal Federal señala que “son autores o partícipes del delito,

“I. Los que acuerden o preparen su realización;

“II. Los que lo realicen por sí.

“III. Los que lo realicen conjuntamente:

“IV. Los que lo lleven 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 a una promesa anterior al delito y,

“VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado, que cada quien produjo.

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

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

Si aplicamos la teoría del dominio del hecho, entonces diremos que en primer lugar quedaría fuera de todo delito, la marcada con la fracción VIII del citado artículo 13 del Código Penal Federal, toda vez que como se desprende de su simple lectura, no es necesario un previo acuerdo para ser considerada como delictiva una conducta, en razón de lo anterior, no obstante en estar de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, consideramos que lo preceptuado por el artículo 13 de la ley sustantiva penal federal es acorde a la realidad en que vivimos diariamente en los tribunales, ya que si se adopta la teoría del dominio del hecho fríamente diremos, entonces, que no se podría castigar a las personas que una vez consumados los hechos convinieran en auxiliar al autor directo,

debido a que en ningún momento se convino su participación antes de la comisión del delito.

Desde el punto de vista del maestro Raúl Plascencia Villanueva son partícipes de un delito “no propiamente por haber participado en el delito, en alguna de las distintas formas de intervención previstas, sino porque habiendo así intervenido (tipicidad), tal conducta resultó ser antijurídica y culpable. Esta idea se complementa con la necesidad de considerar a las diferentes conductas de los sujetos activos secundarios como tipos penales distintos, aunque subordinado a uno básico, sin que ello importe sumarnos a la concepción pluralística en el concurso de personas.”<sup>195</sup> La idea de que en el concurso de personas activas del delito, cometen delitos distintos es de vital importancia analizarlos, debido a que si un inimputable comete un delito, sería ilógico no condenar a los cómplices mayores de edad, los cuales auxiliaron al inimputable antes, durante o después de haberse cometido el acto criminal. Es decir, para nosotros es adecuada la tesis que afirma que los sujetos activos secundarios, deben de considerarse como tipos penales distintos del realizado por el autor material.

Alejandro Sosa refiere que ello depende del “nivel de análisis que nos ocupa, éstas distintas formas de intervención como elementos del tipo no se deben de entender como derivadas de un delito dado, pues tratándose de autoría, coautoría, y autoría mediata son propiamente integradoras de la acción típica principal (es decir con ellas se genera) y no exactamente formas de intervención accesorias, si bien presuponen la existencia de una conducta típica

---

<sup>195</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *op.cit.*, pág. 96.

principal, basta con que resulte ser antijurídico y no necesariamente culpable.”<sup>196</sup> Es importante que el juez al momento de emitir una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, verifique que esté comprobada la forma de intervención del sujeto activo del delito, ya que si no es así se corre el riesgo de que se someta a juicio a una persona inocente, debe de existir desde el primer momento cierto grado de certeza de que la persona cometió el delito que se le imputa, si bien es cierto no se puede llegar a considerar a la orden de aprehensión y al auto de formal prisión con una sentencia, también lo es, que en un país en donde se respeta la seguridad jurídica de las personas, no se puede dar el lujo el Estado de someter a juicio a todas las personas que sean sospechosas de cometer un delito, sino que por el contrario se debe de garantizar que toda aquella persona sometida a proceso, es porque existe un grado de certeza suficiente de su responsabilidad.

Ahora bien estamos de acuerdo en que la autoría puede determinarse en la antijuridicidad y no precisamente en la culpabilidad, si se estudia la autoría en la antijuridicidad se podría pensar que el auto de formal prisión sería casi una sentencia en donde lo único que le faltaría, sería imponer una pena, sin embargo creemos que no es del todo ilógico estudiarse precisamente en la antijuridicidad; ya que procesalmente se trataría desde el auto de formal prisión en donde se analizaría una culpabilidad indiciaria más no definitiva.

En relación a la autoría y coautoría el maestro Hans Welzel señala que “la coautoría es autoría; su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas...la coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada autor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito, por eso

---

<sup>196</sup> SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*, pág. 110.

responde también por el todo. Siempre es coautor –en posesión de las cualidades personales de autor- efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común del hecho.”<sup>197</sup> Estamos de acuerdo con el gran maestro del finalismo, en que autoría es igual a coautoría, con la diferencia de que en la primera se establece solamente un sujeto en la comisión del hecho delictivo, mientras que en la coautoría participan dos o más sujetos, incluso también deben de ser considerados como autores aquellos que participan en la preparación del hecho delictivo.

Para el tratadista González Quintanilla, el autor es quien o quienes en forma personal y directa realizan el comportamiento mediante el cual se surten los elementos del tipo, bajo esta concepción y como activos del delito, se abarca no sólo a los ejecutores física y materialmente hablando en su actuar causalista para el resultado, sino también a los intervencionistas en el plano de ideación (autores intelectuales) que dan inicio al proyecto y preparación del ilícito, cuya consumación o puesta en peligro a la postre se lleva a cabo, comprendiendo así mismo, al agente que actualiza el delito a través de otra persona utilizándola como instrumento (autor mediato). El instigador inductor, es quien realiza actos o actividades de tal naturaleza, que influyen de manera trascendente y necesaria en la determinación de otro, a grado tal de hacerlo incurrir en un hecho delictuoso. Cómplice quien sin ser autor o coautor en la ejecución de los hechos en sí, coadyuva previa y

---

<sup>197</sup> WELZEL, Hans, *op.cit.*, pág. 129.

posteriormente por acuerdo tomado antes del cometimiento (*sic*), proporcionando equipamiento indispensable para la ejecución del delito.<sup>198</sup>

La aportación que realiza el maestro González Quintanilla es principalmente en el apartado del instigador inductor en donde influye de forma trascendental en la determinación de otra persona a tal grado que se comete un delito, se desprende que se debe de considerar al instigador inductor, como un autor en virtud de que tuvo el dominio subjetivo y objetivo del acto criminal.

Es importante señalar los supuestos de la coautoría entre los que tenemos los siguientes:

La coautoría, *stricto sensu* aporta con dominio colectivo del hecho porciones pertenecientes a la acción típica, que finalmente concurren en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, por ejemplo en el delito de despojo en donde varias personas de propia autoridad, ocupan a la vez un mismo inmueble ajeno, mediante amenazas y por su pluralidad, logran el efecto de intimidar a quien podría evitar la apropiación, otro ejemplo lo es el delito de violación, en donde un sujeto realiza la violencia, mientras que el otro impone la cópula a la víctima. La coautoría por codominio funcional del hecho en la que la aportación del hecho delictivo, sin ser una porción de la acción típica, si resulta adecuada y esencial al hecho, por ejemplo en el delito de homicidio, mientras que un sujeto inmoviliza al pasivo, otro lo apuñala y en delito de robo mientras uno de los activos se apodera de la cosa ajena, otro impide con su presencia que los ofendidos acudan a solicitar auxilio.<sup>199</sup> Así como lo explica el maestro Sosa Ortiz y de acuerdo a los ejemplos que maneja podría casi

---

<sup>198</sup> Cfr. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *op.cit.*, pág. 460-461.

<sup>199</sup> Cfr. SOSA ORTIZ, Alejandro, **“El cuerpo del delito”**, Porrúa, México, 2003, pág. 72- 74.

decirse que no existe ninguna diferencia entre coautoría *stricto sensu* y coautoría por codominio funcional del hecho, ya que en ambas participan una pluralidad de sujetos, unos para cometer directamente el delito y otros para auxiliarlos en su cometido delictuoso.

En relación a la coautoría material el Primer Tribunal Colegido en Materia Penal del Primer Circuito, ha sentado la siguiente tesis jurisprudencial que a continuación se transcribe:

“COAUTORIA MATERIAL: SE GENERA CUANDO EXISTE ENTRE LOS AGENTES CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO.- Aún cuando la aportación de un sujeto al hecho, delictivo no puede formalmente ser considerada como una porción de la acción típica si aquélla resulta adecuada y esencial al hecho de tal manera que evidencia que existió entre los agentes un reparto del dominio del hecho en la etapa de su realización (codominio funcional del hecho), tal aportación es suficiente para considerar a dicho agente coautor material del delito en los términos del artículo 13 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal, como ocurre en el delito de robo, cuando uno de los activos es el que se apodera materialmente de la cosa ajena, mientras otro amén de brindarle apoyo con su presencia, impide que uno de los ofendidos acuda a solicitar auxilio.”<sup>200</sup>

En efecto cuando existen pluralidades de sujetos participantes de un delito, en estricto sentido lógico no puede ser considerada como una parte de la acción típica, cuando no realice ninguna acción material tendiente a desapoderar a un sujeto de sus pertenencias, sin

---

<sup>200</sup> Tesis jurisprudencial 1.1.P.J/5. publicada en la página 487, en el tomo VI de Agosto de 1997, de los Tribunales Colegidos de Circuito del Semanario Judicial de la Federación.

embargo podría presumirse que su presencia en el lugar de los hechos entraña que se encontraba ahí para impedir el oportuno auxilio de la víctima del delito, desde un punto de vista meramente procesal, la autoridad ministerial debe de demostrar que la presencia del sujeto fue para que no se solicitara auxilio, es decir que en el mundo objetivo no deben de presumirse las participaciones de los delincuentes, sino que deben de demostrarse con los elementos probatorios que establece la ley. Además deben quedar establecidas las circunstancias especiales, como distancias a las que se encontraba el sujeto que con la sola presencia inhibía a la víctima, actitudes del sujeto, comportamientos durante y después de la ejecución material del acto criminal, comunicaciones verbales entre los sujetos, tiempos en los que estuvo presente el sujeto auxiliador, todo eso se debe de considerar, para determinar la participación en el delito.

La otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis jurisprudencial dejó asentado lo siguiente:

“RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA Y PARTICIPACION (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO). La responsabilidad correspectiva, prevista por el artículo 283 del Código Penal del Estado de Guerrero, existe cuando ausente el acuerdo tácito o expreso de causar daño, se ignora concretamente quiénes produjeron las lesiones mortales y el homicidio resultante resulta imputable a cada uno de los agresores, debiendo de sancionarse a todos con la misma penalidad atenuada, pero si por el contrario varias personas se ponen de acuerdo para privar de la vida a un tercero, adoptando tácticas que descartan todo peligro para ellas, éstas actúan en función del propósito que fue común a todas para

darle muerte al ofendido, y entonces la conducta de los partícipes estructura coautoría, pues la voluntad que adoptaron fue establecida en un momento previo a la comisión del ilícito, lo que viene a descartar la complicidad correspectiva.”<sup>201</sup>

De esta tesis podemos comentar que para que exista responsabilidad correspectiva o complicidad correspectiva como lo nombra el maestro González Quintanilla, es necesario que no exista un acuerdo previo y que además no se tenga la certeza de quien materialmente llevó a cabo el delito, debiendo imponer la autoridad una penalidad atenuada, también es oportuno señalar que al existir incertidumbre sobre el autor del delito el dolo es indeterminado. Ahora bien si existió un acuerdo entre los sujetos para cometer un delito, de acuerdo a la tesis jurisprudencial deberán todos los participantes ser considerados como coautores, debiéndose de imponer la misma penalidad para todos, pero sin atenuación. Desde nuestro punto de vista, no nos parece adecuado condenar a una persona por la simple sospecha de que bien pudo haber participado en una conducta criminal, la incertidumbre del autor no implica que se haya lesionado algún bien jurídico determinado por parte de una persona, la tesis de la complicidad correspectiva es tan ilógica, que sería imposible ponerla en práctica en todos los asuntos de homicidio, violación, lesiones. Para ello basta un ejemplo: Juan Pérez asiste a un evento multitudinario en un estadio de fútbol, en el área donde se encuentra observando el espectáculo se suscita un riña en donde aparece muerto uno de los aficionados, en tal situación sería poco probable condenar a dos mil personas por la muerte del aficionado y, por lo tanto no sería adecuado condenarlo por su sola presencia en el lugar de los hechos.

---

<sup>201</sup> Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 504, de la segunda parte del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 1917-1985.

### 3.2.4.3. El dolo y la culpa

Desde 1984, Liszt analizó el delito a partir de la división entre parte objetiva y subjetiva, al injusto pertenecían exclusivamente, caracteres externos objetivos de la acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían de constituir la culpabilidad, esta concepción en la doctrina causal y en la noción de antijuridicidad como un juicio desvalorativo, de ahí que lógicamente, se incluyera todo lo externo en la antijuridicidad.

En cambio el componente subjetivo del dolo llevó al causalismo a considerarlo como una forma de culpabilidad, determinada por la relación anímica subjetiva entre el autor y el resultado. Así por razones filosófico-políticas, “la doctrina causalista clásica lo concibió como *dolus malus* cuyos elementos eran los siguientes: a) conocimiento y voluntad de los hechos y b) conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho), de ahí que Beling considerara que el *dolus* significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente.”<sup>202</sup>

El descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto provocó el primer gran cisma del sistema causalista, pues ya no era tan definitiva la división entre elementos objetivos y subjetivos como sostenía el causalismo clásico, así por ejemplo aquellos tipos que requieren elementos anímicos-subjetivos específicos como el ánimo de apropiación o el ánimo de lucro, precisan de juicios estrictamente subjetivos y no causal-objetivos.

---

<sup>202</sup> SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*, pág. 89.

Las críticas del causalismo naturalístico conllevaron al causalismo valorativo, que si bien no afectaron al concepto y colocación sistemática del dolo, sí constituyeron la base de la posterior crítica realizada por A. Graf zu Dohna la cual provocó la salida del dolo del ámbito de la culpabilidad y su colocación sistemática en el tipo como un elemento esencial de lo injusto gracias a la teoría final de la acción, ello supone un concepto más restringido del dolo que se concibe ahora como dolo natural o dolo neutro, incluyendo el conocimiento y voluntad de los hechos descritos en el tipo, pero no la conciencia de la antijuridicidad.

Así para el finalismo ortodoxo el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, éste es el concepto que todavía sigue adoptando la doctrina mayoritaria, partiendo de una concepción imperativa del finalismo, en consecuencia el dolo pasa a ser considerado como un elemento subjetivo del tipo.<sup>203</sup>

Podemos comentar que el dolo debe ubicarse para el causalismo en la culpabilidad, mientras que para el finalismo debe situarse en el tipo, de acuerdo a su ubicación, el ciudadano común y corriente tendrá más o menos seguridad jurídica, por ejemplo Juan Pérez comete el delito de robo y es sorprendido en el momento mismo de cometer el delito, si se aplica la teoría causalista, el dolo debe de comprobarse hasta la sentencia en donde se determine su culpabilidad, mientras que para el finalismo el Agente del Ministerio Público, debe de acreditar al momento de consignar el dolo o la culpa (que en el presente caso es siempre el primero de los mencionados, ya que no se comete el delito de robo por culpa) y el órgano jurisdiccional debe de cerciorarse que dicho elemento esté debidamente

---

<sup>203</sup> Cfr. NUÑEZ, Ricardo, *op.cit.*, págs. 124-127.

comprobado, lo anterior entraña para el gobernado, la seguridad de que no será sometido a juicio, si no existen elementos suficientes para tener por acreditado el elemento subjetivo del dolo.

Quizá esta circunstancia sea motivo para que se atrasen las consignaciones, en virtud de que no se cuentan con los recursos humanos suficientes ni mucho menos con la capacidad de los agentes investigadores como para realizar verdaderas investigaciones, tampoco existen mecanismos alternos de solución de conflictos tendientes a evitar los procesos, tal y como se realizan en otros países, como por ejemplo en los Estados Unidos de América en donde si la persona acepta su responsabilidad, se evita todo el proceso, pero con la ventaja que se le otorga una pena mínima. Esta ventaja no la contiene nuestra legislación Federal ni la del Distrito Federal, una de las pocas que las contiene es la legislación del Estado de México en donde la ley obliga al juez a dictarle una pena mínima en caso de que exista confesión.

De acuerdo con Hans Welzel “toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere –el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo –el momento volitivo-. Ambos momentos conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo.”<sup>204</sup>

En la actualidad los jueces estudian al dolo como elemento de la culpabilidad, es decir que se analiza hasta la sentencia donde se determina su comprobación o no de este elemento, nosotros somos partidarios de que el dolo debe de comprobarse por el Ministerio Público al

---

<sup>204</sup> WELZEL, Hans, *op.cit.*, pág. 77.

momento de consignar, esto con la finalidad de que el ciudadano común tenga más certeza jurídica, aunque ello implique reformar la Constitución y las leyes tanto sustantivas como adjetivas penales, tal y como lo señala el maestro Moisés Moreno Hernández “...en el análisis de los contenidos procesales habrá que acudir a los del derecho (sic) penal sustantivo dada la vinculación que entre ellos existe. Por tal razón y toda vez que de la conducta dolosa o culposa se ocupan principalmente los artículos 8º y 9º del Código Penal Federal, los contenidos de los artículos 168 y 122 procesales deben de ser estudiados a los términos que aquellos establecen y esos contenidos sustantivos o materiales, por su parte deben de ser analizados en el nivel que los dispositivos procesales establecen o sea en el nivel del tipo penal como sus elementos subjetivos...”.<sup>205</sup>

Puede desde luego dejarse el estudio del dolo y la culpa hasta la culpabilidad, sin embargo creemos que eso es atentatorio a la seguridad jurídica, es más factible como sucede en los países avanzados jurídicamente, no someter a proceso a ninguna persona, sin antes acreditar que actuó con dolo o con culpa. En México se somete a las personas a proceso con toda facilidad dando como consecuencia desintegración familiar, pérdida de trabajo, aumento de la población carcelaria, etc.

El causalismo se basa principalmente en tres elementos: acción, resultado y nexo causal sin embargo en los delitos de omisión el nexo causal no existe, motivo por el cual no es posible comprobarlo esta problemática ya desde principios de siglo se hacía notar y fue precisamente Maihofer a través de la creación de un concepto superior de acción, el cual

---

<sup>205</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “**Política criminal y reforma penal**”, 2ª edición, CEPOLCRIM, México, 2000, pág. 214.

abarcará tanto la acción como la omisión, sin embargo con "... todos los esfuerzos realizados, el único nexo posible entre la omisión y un resultado es el normativo, nexo de evitación el cual es distinto al nexo causal. Mientras que en la acción desencadenante de un resultado existe un nexo causal, en la omisión por el contrario no existe dicho nexo debido a que la conducta de omitir no es la causa objetiva del resultado típico.”<sup>206</sup> Nosotros creemos que en ningún momento podemos acreditar procesalmente hablando el nexo causal en los delitos culposos, lo que sí podemos acreditar es desde luego el nexo normativo, como lo señala el maestro Díaz Aranda "...atendiendo a una concepción puramente causal, no se le podría imputar la muerte del hijo al padre que lee el periódico y ve que su hijo se ha caído a la piscina y se está ahogando y sin embargo prosigue con la lectura pensando, ojalá se muera, ya me tiene hartado, y efectivamente el niño muere. Por supuesto que el padre no ha desencadenado ningún proceso causal de muerte con la lectura de su periódico, lo que no ha hecho es relevante, pero esa obligación de salvamento está impuesta por un deber de garante cuyo fundamento es puramente normativo y no causal-objetivo.”<sup>207</sup>

Otro de los ejemplos que podemos considerar son las personas que se contratan como "guaruras" para cuidar la seguridad personal de alguna persona, si permite que la priven de la vida o de sus pertenencias a quienes tienen la obligación de cuidar, en este caso el "guarura" responderá penalmente, si con la intención de no cumplir con su responsabilidad llegara a afectarse algún bien jurídico protegido de la persona que lo contrató, en este caso tampoco existe nexo causal, pero si nexo normativo.

---

<sup>206</sup> RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo, "La doctrina causal", MENA, España, 1985, pág. 24.

<sup>207</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique, "El dolo", 3ª edición, Porrúa, México, 2001, pág. 14.

En relación a la naturaleza del dolo, el Doctor Rafael Márquez Piñero señala en su obra Derecho Penal Parte General seis teorías entre las que se encuentran, la teoría de la voluntad, teoría de la representación, teoría conjunta de la representación y la voluntad, teoría positivista de los móviles, teoría finalista, y la teoría del modelo lógico-matemático.

La teoría de la voluntad es seguida por Filangieri, Renazi y Carrara el cual entiende que el dolo consiste en la voluntad más o menos perfecta, de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley, es decir, para esta teoría, el dolo consiste no en la voluntad de violar la ley, sino de realizar el acto que la infringe o sea el resultado del delito típico.

La teoría de la representación sitúa al elemento esencial del dolo en el conocimiento y previsión del resultado o lo que es lo mismo sostiene el carácter esencial del conocimiento del hecho y su significación por el autor en la noción del dolo.

Para la teoría conjunta de la representación y la voluntad, no puede construirse el concepto del dolo sobre los elementos de la voluntad y de la representación en forma aislada, sino que es necesario que actúe dolosamente no sólo quien se represente el hecho y significación, sino además encamine su voluntad a la realización del resultado, para esta teoría el Derecho requiere la conjunción de ambos elementos ya que puede darse el caso de representación sin voluntad, por ejemplo el que escribe bajo amenazas una carta que sea delictuosa en su contenido y de voluntad sin representación, por ejemplo el matrimonio de una persona casada, ignorando su estado civil, pero en ambos supuestos puede decirse que falta el dolo.

La teoría positivista de los móviles, impulsada por la escuela positiva italiana, pretende construir el dolo con independencia de las teorías de la voluntad y de la representación señala que la voluntad por sí sola no puede caracterizar el dolo y que necesita además de la intención de fin, originando la importancia decisiva de los motivos, de los móviles, la acción del delincuente, si bien tiene voluntad su fuerza propulsora, se caracteriza jurídicamente por la intención y se especifica por el fin. Para la teoría finalista, la finalidad o actividad finalista de la acción se encuentra basada en que el ser humano, apoyándose sobre el fundamento de su conocimiento causal, puede prever en cierta medida, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, pretender objetivos de clase distinta y encausar su conducta de conformidad con un plan orientado a la consecución de dichos objetivos.

El modelo lógico señala que para la definición de la voluntad dolosa, deben de estimarse como básicos los elementos objetivos del tipo penal y es así por tres razones: a) los elementos del tipo se clasifican como objetivos y subjetivos, b) el dolo es un elemento subjetivo del tipo, c) el objeto de conocimiento de la acción dolosa está constituido precisamente por la parte objetiva del tipo; tal concepto supone la consideración del dolo como un hecho puramente psíquico, excluyente por lo tanto de cualquier referencia a los elementos objetivos valorativos del tipo (deber jurídico penal y violación del deber jurídico penal) se amplía la definición del tipo y se eluden las contradicciones del finalismo.<sup>208</sup>

Estamos de acuerdo con la teoría finalista de la acción, en virtud de que el sujeto normal, puede orientar su conducta a fines positivos o negativos, según su libre voluntad en donde

---

<sup>208</sup> Cfr. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *op.cit.*, págs. 268-271.

cada persona puede realizar acciones que eleven su moral, su profesión, su vida familiar, su vida laboral, pero también puede realizar conductas para autodestruirse o para dañar a las personas que le rodean, mediante un plan, el único que puede prever sus acciones es precisamente el hombre, el ser que está dotado de libre voluntad y que puede conducirse de acuerdo con sus planes, de tal suerte que un animal o un inimputable no puede conducirse con finalidad, es decir, teóricamente no están aptos para saber la diferencia entre el bien y el mal, ya que los primeros actúan por instinto y los segundos porque la ley así lo establece, en la actualidad existe mucha controversia en relación a la edad penal ya que hay personas de 15 y 16 años que actúan más violentamente que un adulto, son más sádicos y más cínicos en virtud de que saben perfectamente que no pisaran un reclusorio y que solamente serán sometidos a una medida de tratamiento, nuestra opinión en relación a la edad penal es que se deba de castigar cuando se tenga la certeza psíquica de que se tiene la capacidad de querer y entender el carácter de su conducta, pudiendo existir personas que tienen esa capacidad desde los 14 años de edad.

En relación a las diferentes clases de dolo la doctrina ha distinguido tres que son el dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado (también denominado indirecto) y el dolo eventual.

De acuerdo a lo establecido por Claus Roxin, el dolo directo de primer grado se puede asimilar con la intención y bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo de segundo grado son abarcadas todas las consecuencias que aunque no las persigue el sujeto prevé que se producirán con seguridad, y con dolo eventual

actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.<sup>209</sup>

El concepto de dolo directo de primer grado es muy general como lo establece el maestro Claus Roxin, ya que cae bajo este supuesto toda aquella persona que tenga únicamente la intención de cometer un acto ilícito, sin embargo no basta la simple voluntad para que se considere comprobado el dolo en las conductas ilícitas, sino que es necesario el segundo elemento del dolo que es el “querer”, si no se toma en consideración este segundo elemento, el dolo queda incompleto, debido a que no se puede castigar a alguien, por el hecho de haber tenido la simple voluntad de realizar una conducta delictiva.

Quien explica con mayor abundancia y precisión las diferentes clases de dolo es el maestro Mir Puig el cual señala que en el dolo de primer grado “...el autor persigue la realización del delito, por eso se designa también a esta clase de delito como intención. En cambio es indiferente en él: 1) que el autor sepa seguro o estime sólo como posible que se va a producir el delito; 2) que ello sea el único fin que persigue su actuación, el delito puede perseguirse sólo como medio para otros fines y seguirá habiendo dolo directo de primer grado.”<sup>210</sup> Entonces podemos manifestar que el dolo directo de primer grado se va a perfeccionar con la simple intencionalidad de un sujeto para cometer un delito, por ejemplo el sujeto que se apodera de un bien mueble sin consentimiento de quien legalmente pueda darlo, lleva a cabo, todas las acciones para ejecutarlo, en este caso específico existe dolo

---

<sup>209</sup>Cfr. ROXIN, Claus, “**Derecho Penal, parte general**”, 2ª edición, traducción de Miguel Díaz y García, Civitas, Madrid, 1997, pág.320.

<sup>210</sup> MIR PUIG, Santiago, “**Derecho Penal, parte general**”, 4ª edición, PPU, España, 1990, pág. 213.

directo en primer grado, por haber realizado la conducta con la intención de apropiarse de un objeto bien mueble, ya que el delito de robo no puede llevarse a cabo por culpa.

En el dolo directo de segundo grado, también denominado dolo indirecto no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro o casi seguro que su actuación dará lugar a un delito. Aquí el autor no llega a perseguir la comisión del delito, sino que ésta se le presenta como consecuencia necesaria, pero no bastaría un saber no actualizado en la conciencia del sujeto, no bastaría un saber olvidado o del que no fuera consciente el sujeto al actuar, como por ejemplo el famoso caso de Thomas sucedido en 1875, el autor hizo cargar un explosivo en un barco de su propiedad para cobrar el seguro previsto para el caso de hundimiento, aunque no tenía ningún interés en causar la muerte de ninguna persona, sabía que ello sería inevitable, porque había tripulación a bordo. Deben de incluirse también en el dolo directo de segundo grado, las consecuencias necesariamente unidas a la consecución de una meta y con ella las consecuencias necesarias, aunque aquí las consecuencias no son seguras, puesto que dependen de una meta incierta y como el autor persigue esta meta a conciencia de que conduce a aquellas consecuencias, éstas deben de considerarse sin duda alguna abarcadas por la voluntad, sin embargo no puede decirse ni que el sujeto las persiga (dolo de primer grado) ni que sea seguro de que prácticamente van a tener lugar (dolo directo de segundo grado). En el caso del dolo eventual (dolo condicionado) se le parece como resultado posible, pareciéndose a la culpa conciente (modalidad de la imprudencia) ya que parten de una estructuración común que hace defectuosa su neta diferenciación, es decir que en ninguno de ambos conceptos se desea el resultado y también en ambos reconoce el autor la posibilidad de que se produzca el

resultado.<sup>211</sup> El punto delgado del dolo, lo es sin duda el dolo eventual en razón de que existe mucha confusión entre éste y la culpa conciente, derivándose una gran trascendencia al momento de la aplicación de una pena, ya que bien puede ser atenuada por ser un delito de culpa o bien puede quedar en la más completa impunidad una conducta delictiva, para explicar el dolo eventual existen diversas teorías entre las que podemos manifestar las siguientes, la teoría volitiva, la teoría del consentimiento, la teoría cognitiva, la teoría de la probabilidad y la tesis de Claus Roxin.

Las teorías volitivas llevan más allá los planteamientos sobre lo que se debe de entender por voluntad, existiendo acuerdo doctrinal en relación al “querer” teniendo tres rasgos distintivos entre los que se encuentran los siguientes: a)un factor de orientación hacia lo inminente; b)un factor que se refiere a lo que se quiere hacer; c)un objetivo que tiene ese querer, lo anterior coincide con la definición señalada por el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el cual establece que la voluntad consiste en la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa. No sólo se refiere a la voluntad de realizar una conducta, sino a la voluntad que abarca, en el sentido de desear el resultado, de tal suerte de que si el sujeto en el momento de realizar su acción no desea el posible resultado que después se verifica, ello excluiría su obrar doloso eventual y dejaría subsistente sólo la culpa conciente.<sup>212</sup> Esta teoría, desde nuestro punto de vista no es la adecuada ya que al momento de alcanzar el objetivo planteado por el sujeto, no siempre son reconocidas las consecuencias por el mismo y por lo tanto no son queridas, pongamos el ejemplo de un sujeto que golpea en la nariz a otro, el sujeto golpeado muere debido a que se desangra por

---

<sup>211</sup> Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, “El dolo”, *op.cit.*, págs.139-144.

<sup>212</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *op.cit.*, págs. 123-124.

que padece leucemia, ante tal situación no podría condenarse al agresor por homicidio, por que éste desconocía que el sujeto al que iba a golpear se encontraba enfermo, aquí el factor determinante desde nuestro punto de vista es el conocimiento de la enfermedad del agredido por parte del agresor, debido a si tenía el conocimiento del hecho debe ser condenado por el homicidio, porque aceptó el supuesto delictivo y el resultado inminente.

Las teorías del consentimiento afirman en términos generales que para imputar al sujeto la conducta a título de dolo eventual, debe no sólo representarse la posibilidad de realización del tipo, sino que además, asiente anteriormente a su realización, es decir aprueba la realización del resultado o lo acepta, por lo que consentimiento es sinónimo de aceptación o aprobación, esta teoría sin embargo hace también equivalente el consentimiento en la producción del resultado con la finalidad del autor, pero tratándose del dolo eventual el sujeto no persigue directamente la consecución del resultado lesivo.<sup>213</sup> En el dolo eventual no hay propiamente una existencia directa de un consentimiento por parte del sujeto, sin embargo la conducta es lesiva a algún bien jurídico protegido.

La teoría del sentimiento o de la indiferencia, la cual es sostenida por Engisch en 1930 señaló que hay dolo eventual cuando el sujeto o bien aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que puedan resultar lesivas para un bien jurídico protegido, o bien acepta dichas consecuencias con total indiferencia y en consecuencia demuestra desprecio por la preservación del bien jurídico tutelado por el Derecho Penal.<sup>214</sup>

Desde nuestro punto de vista tampoco la teoría del sentimiento o de la indiferencia es la

---

<sup>213</sup>Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *op.cit.*, pág. 171-175.

<sup>214</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “**El sistema de Derecho Penal en la actualidad**”, 3ª edición, tecnos, España, 1990, pág. 33-36.

adecuada para diferenciar los casos en donde exista un dolo eventual de una culpa conciente, por que en ambos existe la indiferencia por los bienes jurídicos protegidos.

En relación a las teorías cognitivas ofrecen la facilidad de constatar o deducir de datos externos la concurrencia del consentimiento al momento en que el autor realiza la conducta, por ende para esta teoría no importa cuál es la actitud interna del sujeto frente al hipotético resultado, lo anterior tiene como virtud que no confronta al sujeto con algo que no tuvo en cuenta en el momento de actuar, sino que tiene por cierto algo real, es decir, lo peligroso que al sujeto le parecía el comportamiento que llevaba a cabo, las teorías cognitivas más representativas son las teorías de la representación y la de la probabilidad, la primera consiste en la mera representación por parte del sujeto de la posibilidad de que su acción sea la adecuada para producir el resultado lesivo, es suficiente para afirmar el dolo, pero si el sujeto tiene la confianza de que el resultado a pesar de su acción, no se producirá, eso es equivalente a la negación de su resultado y excluye al dolo. Pero para la teoría de la probabilidad señala que determinar si el sujeto se representa la realización prohibida del tipo como posible, dependerá de si dicho sujeto se la representa como probable o no.<sup>215</sup>

A nuestro entender las teorías cognitivas se basan esencialmente en el elemento intelectual del sujeto activo del delito, para determinar si existe dolo o no, cabe hacer mención que no es posible demostrar científicamente la voluntad, razón por la cual el juzgador al momento de analizar dicho apartado deberá de presumirlo de acuerdo a la probanzas que existan en actuaciones, sin embargo dichas presunciones afectan la esfera jurídica de las personas que se ven sometidas a una averiguación previa.

---

<sup>215</sup> Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, *op.cit.*, pág. 150-152.

La sociedad mexicana está cansada de las políticas criminales de tercer mundo que se aplican en forma sexenal, tratan de combatir el delito imponiendo penas altas, y cuando ya tienen los problemas de hacinamiento y sobrepoblación en los reclusorios, por medio de la autoridad ejecutora les dan beneficios, es decir, son políticas criminales totalmente opuestas, las que se plasman en los Códigos Penales y las que se establecen en las legislaciones de ejecución de penas.

Mientras que a las teorías cognitivas se les puede criticar la insuficiencia de la valoración realizada por el sujeto sobre el previsible desarrollo de los hechos. El citado maestro considera que el elemento volitivo del dolo se debe de entender como la decisión en contra del bien jurídico; el dolo debe de ser entendido como la realización del plan del sujeto y un resultado podrá ser valorado como dolosamente producido, cuando dicho resultado, valorado objetivamente cumple exactamente el plan del sujeto, por ello una diferencia fundamental que separa los hechos dolosos de los imprudentes radica en la comprobación de si el sujeto (siendo indiferente a sus emociones, sus actitudes internas y sus deseos) se ha decidido (sigue adelante) o se abstiene, el Derecho Penal cumple con su función preventiva, pero si por el contrario se decide por seguir adelante, su acción supone ir en contra del bien jurídico y aunque internamente tenga la esperanza de que el resultado no se producirá, ello no cambia la situación. Por lo tanto si el sujeto no tomó las medidas para evitar el resultado y tomó en serio la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido, entonces se decidió a ir en contra de éste y su actuar es doloso.<sup>216</sup>

---

<sup>216</sup>Cfr. DÍAZ PITA, María del Pilar, “**El dolo eventual**”, 3ª edición, Tiran, España, 1990, pág. 187.

La teoría expresada por Claus Roxin es confusa en virtud de que no explica lo que quiere decir con las palabras “tomar en serio la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido”, quiere decir que si no tomó en serio la posibilidad de lesionar el bien jurídico, no debe de ser considerada como una conducta en donde se le pueda imputar a título doloso, pero ¿qué elementos debe de tomar la autoridad para que una conducta deba ser considerada seria o no? tomar en serio será sinónimo de certeza, si es así, entonces quedaría anulada la posibilidad de que no pudiera llevarse a cabo la lesión al bien jurídico, siendo entonces un dolo directo de primer grado.

#### **3.2.4.4. La calidad del sujeto activo y del sujeto pasivo**

El sujeto activo de un delito, es el que lo realiza. Sujeto pasivo de un delito es el que lo recibe en su persona o en sus bienes. En el delito de robo el sujeto activo es el ladrón, el sujeto pasivo es quien sufrió el robo, en todo delito necesariamente existe sujeto activo y sujeto pasivo, al respecto el maestro Francesco Antolisei señala que el sujeto pasivo del delito “...es el titular del interés cuya defensa constituye la esencia del delito.”<sup>217</sup>

En relación al sujeto pasivo del delito, podemos decir que es la persona física o moral quien es considerado como titular del bien jurídico, así por ejemplo en los delitos de homicidio o lesiones, necesariamente lo será una persona física el sujeto pasivo, en los delitos patrimoniales puede ser una persona física o moral o ambas, en los ilícitos contra la seguridad de la nación, ésta última y contra la seguridad pública la sociedad.

---

<sup>217</sup> ANTOLISEI, Francesco, *oo.,cit.*, pág. 128.

“Hay delitos en donde será indispensable acreditar las calidades del sujeto activo y del sujeto pasivo, como sucede en el delito de incesto, en donde debe de acreditarse la calidad del ascendiente o descendiente o de hermanos. La calidad de servidor público en el delito de abuso de autoridad, la calidad de padre del victimario en el parricidio (sic)”.<sup>218</sup> En efecto no en todos los delitos establecidos en el Código Penal se requiere comprobar las calidades del sujeto activo y del sujeto pasivo, sino por el contrario es por excepción como en los delitos cometidos por servidores públicos en donde se debe de comprobar que el sujeto activo es servidor público, en los delitos cometidos por abogados, se debe de comprobar que el sujeto activo en verdad fungió como tal, en el delito de incesto, en el delito de homicidio en razón del parentesco; Es necesario acreditar el lazo de parentesco cuando el tipo lo requiera, por ejemplo en el delito de robo, lesiones, amenazas, etc. en estos casos es indiferente el parentesco, la profesión o el empleo del sujeto activo y del sujeto pasivo.

La existencia de la calidad de las partes en ocasiones se presume sin admitir prueba en contrario, como en aquellos delitos en que resultara ser sujeto pasivo la Nación, el Estado o la Federación, por ser consubstanciales a la forma en que los encontramos organizados, conforme a nuestra ley suprema, fuera de esa excepción, sí se tendría que aportar la prueba idónea y suficiente para demostrar tal calidad, correspondiéndole a quien lo invoca la carga de la prueba.<sup>219</sup>

En el momento en que se cometa un delito en contra de la nación, será indispensable que el denunciante o querellante demuestre que tiene un cargo o una función dentro de la

---

<sup>218</sup> ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, *op.cit.*,pág. 88.

<sup>219</sup> *Cfr.* RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *op.cit.*,pág. 128.

administración, o al menos que está autorizado por el Estado para presentarse ante la autoridad a ejercer los derechos de la sociedad; estamos utilizando como sinónimos los conceptos de nación, Estado y sociedad. También deberá de acreditarse que el Estado sufrió el detrimento en sus bienes jurídicos, en estos casos no es necesario demostrar la calidad del sujeto pasivo, pero sí se deberá de demostrar con prueba idónea la personalidad de quien actué en nombre del Estado.

Desde nuestro punto de vista, los medios probatorios para demostrar que el sujeto activo posee determinada calidad, deben ser idóneos para tal fin, de tal suerte que para demostrar el parentesco de familiaridad en el delito de incesto, es menester que se compruebe con documentales públicas la relación de familiaridad entre los probables responsables, o alguna pericial que demuestre esa situación. Sin embargo para la suprema Corte de Justicia de la Nación, señala que el juzgador debe de tener pleno arbitrio para tener por acreditada la calidad del sujeto activo, siempre y cuando no sean contrarios a la moral o al Derecho, pasando a transcribir textualmente la tesis:

“ABUSO DE AUTORIDAD, EL CARÁCTER DE SERVIDOR PÚBLICO, COMO ELEMENTO DEL TIPO DEL DELITO, NO PUEDE ACREDITARSE EXCLUSIVAMENTE CON LA CONSTANCIA DE NOMBRAMIENTO.- tratándose de aquellos delitos como el abuso de autoridad, para cuya actualización no se requiere prueba especial, según lo disponen los Códigos Adjetivos de San Luis Potosí, Sinaloa y Nayarit, se sigue el sistema de no limitar taxativamente la prueba, en donde la decisión del juez no está determinada por reglas más o menos rígidas que lo obliguen a estimar cierto lo demostrado por pruebas determinadas, sino que opera el arbitrio

judicial, para la libre apreciación de las pruebas, por lo que para tener por acreditado el carácter de servidor público como elemento del tipo del ilícito aludido, no sólo se logra mediante el nombramiento con tal carácter del sujeto activo o la constancia que así lo compruebe, en virtud de que el juzgador tiene que hacer uso de su facultad más importante dentro de su tarea de administrar pública justicia, consiste en la actividad intelectual que despliega al efectuar la valoración de la prueba, a la luz de la regla genérica que contemplan los Códigos de Procedimientos Penales invocados, en el sentido de que el juez goza de la más amplia libertad para valerse de todos los medios lícitos de investigación, lo que se traduce en que para tener por comprobado el referido extremo, la autoridad judicial se puede llegar a cualquier elemento de convicción, siempre y cuando no sean contrarios a Derecho, ni reprobados por la ley.”<sup>220</sup>

Se debe de limitar a la autoridad para que en éstos casos específicos, deba forzosamente estar acreditada con pruebas idóneas el carácter del sujeto activo, porque no hay nada más peligroso para la seguridad jurídica de los gobernados, que la Corte le otorgue facultades amplísimas al juzgador para tener por acreditada la calidad del sujeto activo. En el caso de la tesis jurisprudencial antes transcrita podemos comentar que en el delito de abuso de autoridad, la documental pública es suficiente para acreditar la calidad de servidor público, es ilógico que no obstante que se acredite con la documental pública el hecho de que una persona es servidor público, el juzgador opte por otras pruebas para tener por acreditada tal circunstancia.

---

<sup>220</sup> Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo IV, página 171, Junio de 1997, del Semanario Judicial de la Federación.

### 3.2.4.5. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión

Para Francesco Carrara “los delitos se dividen en formales y materiales, los primeros se consuman con una simple acción del hombre, que basta por sí sola para violar la ley; los segundos para ser consumados, tienen necesidad de que se produzca determinado resultado, que es lo único que advierte la infracción de la ley.”<sup>221</sup> Es importante la diferenciación de los delitos que señala el maestro Carrara porque en los delitos de resultado formal, no existe ningún cambio en el mundo físico, por lo tanto son imperceptibles para los sentidos, en donde sí existe un cambio es en la psique del sujeto pasivo afectando su honorabilidad, su moral y en general el aspecto interno de la persona, mientras que en los delitos materiales existe un cambio en el mundo físico, por ejemplo en el delito de amenazas el resultado será formal porque no existe un cambio en el mundo exterior, cosa que no sucede en el robo; de ahí que el resultado en cada tipo de delito será diferente, debiendo desde luego la autoridad ministerial demostrar que se dio el resultado formal o material, según sea el caso.

El maestro Francesco Antolisei afirma que el resultado es “...el efecto natural de la acción relevante para el derecho (sic) penal.”<sup>222</sup> No todos los resultados que provengan de la conducta del hombre, son relevantes para el Derecho Penal, sino sólo aquellos que afectan a los bienes jurídicos protegidos establecidos en las leyes y que por consecuencia dañan de una forma directa o indirecta a la sociedad en su conjunto, desde nuestro punto de vista todos los delitos afectan a la sociedad porque atentan en contra de la unidad social que debe de prevalecer, sin embargo esa conducta cuyo resultado se refiere, debe de estar plenamente comprobada para que se inicie el proceso en contra de alguna persona, con la finalidad de

<sup>221</sup> CARRARA, Francesco, *op.cit.*,pág. 60.

<sup>222</sup> ANTOLISEI, Francesco, “**La acción y el resultado en el delito**”, traducido por José Luis Pérez Hernández, 2ª edición, Jurídica Mexicana, 1970, pág. 137.

que por simples sospechas no se someta a juicio a las personas, terminando con su vida social, familiar y laboral.

Lo ideal sería que no se afectaran en forma tan grave a los ciudadanos que sean sometidos a juicio hasta en tanto no se tenga por acreditado el cuerpo del delito y la responsabilidad de una persona, es decir, que se pudiera otorgar la libertad provisional en la mayoría de los delitos, cosa que no sucede en nuestro sistema jurídico porque casi la mayoría de los delitos son considerados como graves por nuestras leyes, negándose por ese hecho la libertad provisional de las personas para después de un largo y penoso juicio se les absuelva, afectando con ello al Estado, al propio sentenciado y a sus familiares. El interno que sale después de un largo período de encarcelamiento se encuentra con una familia desintegrada, por cuestiones de drogas, de delincuencia y sobre todo por aspectos económicos, sin trabajo y sobre todo con el estigma social por haber estado en prisión.

El maestro Javier Jiménez menciona que “ en los delitos de resultado material se presupone en el tipo legal la producción de un resultado en el mundo exterior, que pueda deslindarse conceptualmente de la acción, de modo que hay que investigar la relación causal entre acción y resultado, de ahí que para su integración se requiere la modificación del mundo exterior, producida por un movimiento corporal finalista de quien realiza la acción, es importante que exista un nexo causal o la relación de causalidad entre el movimiento corporal y el resultado, siendo irrelevante en el de simple actividad.”<sup>223</sup> Podemos comentar que en los delitos de resultado material sí se da el nexo causal entre la conducta y el

---

<sup>223</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, “**Lineamientos generales de la teoría del delito**”, Incija ediciones, México, 2003, pág. 73.

resultado, sin embargo los delitos de resultado formal no presuponen dicho resultado, ya que el hecho se agota con el simple comportamiento del agente activo, además "... en éstos casos ni siquiera es necesaria la existencia de la relación de causalidad."<sup>224</sup> De acuerdo a este autor no es necesaria la acreditación de dicho nexo causal en virtud de que la actividad descrita en la ley ya realiza el correspondiente tipo de lo injusto, se requiere además de un resultado que afecte la esfera jurídica de las personas en caso contrario no podremos hablar de un delito ni de una conducta trascendente para el Derecho.

De acuerdo a la doctrina dominante la omisión simple carece de resultado, cosa que no sucede en la omisión impropia (comisión por omisión), al respecto el maestro Pavón Vasconcelos señala que en los delitos de comisión por omisión, a través de la omisión (no hacer) se produce un resultado material cuyo ejemplo clásico es la madre que deja de alimentar a su hijo recién nacido con el propósito de provocarle la muerte; omite un deber de hacer, contenido en una norma preceptiva produciendo un resultado material, la muerte del infante que es la suma de la conducta omisiva y el resultado material, lo que integra el hecho de homicidio (*sic*). De esta manera a través de la omisión, del no hacer lo que se tiene obligación de hacer (en el caso particular amamantar al recién nacido) se produce un resultado material prohibido. Planteada así la cuestión, surge el problema de establecer si en la comisión por omisión son también aplicables los criterios expuestos con relación a la causalidad en los delitos de acción. La postura más antigua, en relación a los delitos de comisión por omisión, sostenía que quien no hace nada, quien se abstiene, no puede poner una condición causal en la producción del resultado. Si recurrimos a nuestro ejemplo veremos que la realidad es bien distinta, pues si la madre no alimenta a su hijo recién

---

<sup>224</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *op.cit.*, pág. 58.

nacido, el niño fallece de inanición y no podemos desconocer que si ese resultado delictivo se produce es porque la madre no lo ha alimentado, luego resulta claro que el resultado esta íntimamente relacionado con la conducta omisiva del sujeto.<sup>225</sup>

En el ejemplo señalado por el maestro Pavón Vasconcelos sí se da el resultado y desde luego debe de acreditarse por el agente del Ministerio Público investigador que el resultado de la muerte del infante, fue como consecuencia directa e inmediata de la omisión de la madre, que no obstante de tener el deber de alimentar a su hijo dejó de hacerlo, provocando con ello un resultado prohibido.

Para el maestro Zafaronni la “relación causal y el resultado son fenómenos físicos que van imperiosa e ineludiblemente unidos a la conducta, pero que de ninguna manera la integran: Hiroshima destruida no es, ni forma parte de la conducta de arrojar una bomba.”<sup>226</sup> Son elementos completamente diferentes la relación causal y el resultado, sin embargo la conducta como tal, es lógicamente previa al resultado, así catalogado por el legislador en la legislación penal correspondiente.

Sin embargo para Francesco Antolisei, el resultado de una conducta es necesariamente una modificación del mundo exterior, respecto al agente en que recae la conducta, esto comprende no sólo aquello que está bajo sus sentidos, sino en general lo que está sometido a su conocimiento y por lo tanto a su conciencia, en tal sentido, no sólo es realidad física o

---

<sup>225</sup> Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “**La causalidad en el delito**” 3ª edición, Porrúa, México, 1989, pág. 139-143.

<sup>226</sup> ZAFFARONNI, Eugenio Raúl, *op.cit.*,pág. 109.

material, sino también la realidad psíquica.<sup>227</sup> En efecto el resultado es una modificación del mundo exterior, sin embargo como ya se había comentado anteriormente, en los delitos formales, esa modificación de que habla el maestro Antolisei, no se da, es decir, que no hay una modificación en el mundo exterior, sino interna, porque solamente lo reciente la víctima en su psique.

La situación del resultado formal y material ha creado confusión entre nuestros juristas mexicanos, de tal suerte que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia al respecto, señalando lo siguiente:

“USURPACION DE PROFESION ES DELITO FORMAL.- Es inexacta la aseveración que se haga en el sentido que el delito de usurpación de profesión es material y no formal, habida cuenta de que el primero requiere para su existencia que se realice el resultado que pretende alcanzar el delincuente, en tanto que el delito formal es suficiente la consumación del acto delictuoso independientemente del daño que pueda causar el sujeto. Así para la consumación de éste delito, basta que el acusado se ostente como profesionista sin serlo, ofreciendo sus servicios a quienes depositan en él su confianza creyendo en la autenticidad de su profesión reglamentada en la ley.”<sup>228</sup>

Estamos de acuerdo con el criterio sustentado por la Corte debido a que la simple ostentación como profesionista que realice una persona, sin serlo, se tipifica el delito de

---

<sup>227</sup> Cfr. ANTOLISEI, Francesco, “**la acción y el resultado**”, *op.cit.*,pág. 142-143.

<sup>228</sup> Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible a foja 48, del tomo LXXXIX, segunda parte, Sexta época del Semanario Judicial de la Federación.

usurpación de profesión, es decir, por ese simple hecho se produce el resultado formal, no porque se realice un cambio exterior, sino por que la propia ley lo señala así.

De igual forma sucede en los delitos tentados donde nunca se da el resultado material, debido a la imposibilidad material del delincuente para terminar su conducta delictiva, es formal porque pone en peligro a uno o varios bienes jurídicos tutelados, y porque lo establece la ley en su afán de protección a los bienes jurídicos, que hacen que la sociedad y los individuos en particular alcancen sus metas de bienestar dentro del grupo social.

La problemática de la identificación del resultado material en los delitos, se reduce a los denominados de acción, los cuales requerirán, de un resultado material, siempre y cuando su consumación no se alcance mediante los movimientos corporales del agente aisladamente considerados, sino que éstos requieren que desencadenen un proceso causal que puede o no verificarse o se realicen en circunstancias tales (que también pueden no haberse presentado), que generen la modificación del mundo exterior exigido por el tipo; pues son estas circunstancias y no otras, las que hacen útil, procedimentalmente hablando, las nociones de resultado y su relación de atribuibilidad con la acción u omisión, ya que habrá ocasiones en que a pesar de realizarse los movimientos corporales aparentemente idóneos para generar ese resultado, éste no se produzca o realizándose no sea atribuible a aquéllos.<sup>229</sup> En los delitos de resultado material es donde procedimentalmente el Agente del Ministerio Público investigador tendrá que comprobar el resultado ocasionado por la conducta atribuida a una persona, ya que de no hacerlo, entonces nos encontraremos en presencia de una conducta atípica, sin embargo el juez tendrá la obligación de cerciorarse

---

<sup>229</sup>Cfr. ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, *op.cit.*,pág. 231.

en el momento de emitir una orden de aprehensión o un auto de formal prisión que está plenamente comprobado el resultado.

En relación a la atribuibilidad consiste en que el resultado material, debe de ser causado por la conducta típica, señala Gerardo Urosa Ramírez que “debe de existir entre la conducta y el resultado una relación de causa y efecto, es decir, una relación de causalidad, en la que por causa entendemos, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, la suma de todas las condiciones positivas o negativas que concurren a producir el resultado.”<sup>230</sup>

La atribuibilidad del resultado a una conducta determinada, debe de ser probada por la representación social investigadora al momento de consignar, y no por simples sospechas aisladas, sabemos que varios indicios concatenados entre sí hacen prueba plena, por qué no establecer en nuestras leyes la obligación para el agente del Ministerio Público de comprobar la atribuibilidad de la acción a determinada conducta y la obligación del juzgador para cerciorarse antes de emitir la orden de aprehensión y el auto de formal prisión de que se encuentre acreditada, lo anterior en aras de la seguridad jurídica del gobernado, desde nuestro punto de vista no es suficiente la razón de que los agentes del Ministerio Público no estén preparados para integrar las averiguaciones en el plazo de 48 horas, no es suficiente la razón de que la ley tenía la culpa de los altos índices delictivos, porque en la actualidad a 5 años de las reformas no ha disminuido y sí, en cambio, van aumentando cada vez más las conductas criminales.

---

<sup>230</sup> UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *op.cit.*,pág. 110.

Para el maestro Edmundo Mezger, “el problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión, aparece planteado exactamente de la misma manera y exactamente en las mismas formas que en el hacer activo, sólo que no en referencia a la omisión como tal, sino a la acción positiva pensada (esperada) y a su resultado. La pregunta decisiva es ésta ¿hubiera sido impedido por la acción esperada, el resultado que desaprueba el ordenamiento jurídico? En los casos en que tal pregunta se conteste de modo afirmativo la omisión es causal respecto del resultado.”<sup>231</sup> El resultado como tal es requisito *sine qua non* que provenga de una conducta, considerada como dañina por el legislador o que atente en contra de alguno de los bienes jurídicos protegidos en la norma penal, sin embargo en los delitos de comisión por omisión, en donde no se realiza ningún acto positivo, no obstante que se tiene la obligación de realizarlo, se produce un resultado contrario a la norma penal.

El Doctor Márquez Piñero señala que “la omisión y el resultado material se ligan entre sí, no por la causalidad, sino por la posición de garantía en que se encuentra colocado el autor para la salvaguarda del bien, es una relación de índole normativa y no de orden natural.”<sup>232</sup>

En efecto la posición de garantía la establece la norma y no son aspectos meramente naturales, tal como lo establece el destacado maestro, es pertinente aclarar que esa relación se da por aspectos de familiaridad, de trabajo o porque así lo señala la ley simplemente.

---

<sup>231</sup> MEZGER, Edmundo, *op.cit.*, pág. 242.

<sup>232</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “**El tipo penal; algunas consideraciones en torno al mismo**”, UNAM, México, 1992, pág. 219.

### 3.2.4.6. El objeto material

En la doctrina se le conoce como al objeto material, como objeto corporal, objeto de ataque, objeto de la acción u objeto de la conducta.

Para la maestra Olga Islas, el objeto material “es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo.”<sup>233</sup> Al momento en que la destacada tratadista señala que es un ente corpóreo, lo relacionamos directamente como un objeto exterior perceptible por medio de los sentidos, sin embargo consideramos que no siempre existe el objeto material, como por ejemplo en el delito de falsedad en declaraciones, en el delito de difamación, en el de desobediencia y en el de resistencia de particulares.

Consideramos que el objeto material del tipo debe de limitarse al ente corpóreo hacia el cual se dirige la conducta típica, siempre y cuando éste no se identifique necesariamente con el sujeto pasivo, sólo así su función de significarse como un verdadero elemento del tipo, cuya naturaleza, cantidad y características pudieran incluso ser determinantes para ubicar la conducta en una u otra hipótesis o modalidad, por ejemplo, en el delito de daño en propiedad: la cosa ajena o propia, en los delitos contra la salud: la cantidad de narcótico.

Gregorio Romero en su obra titulada el cuerpo del delito o elementos del tipo, señala que “...en el delito de homicidio el agente del Ministerio Público al realizar las diligencias de investigación debe de hacer la inspección del cadáver, describiéndolo minuciosamente. Cuando se trate de lesiones debe de hacerse la inspección de las mismas con la asistencia de

---

<sup>233</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *op.cit.*,pág. 39.

peritos médicos, describiéndolas pormenorizadamente e incluso cuando se trate de lesiones internas, lo menos que puede hacer es practicar la inspección haciendo constar las manifestaciones exteriores. En los delitos de daños a la propiedad debe darse fe del objeto dañado y describir minuciosamente los daños que presenta. En el caso de robo cuando se recuperen los objetos debe darse fe de los mismos, cuando no se tenga a la vista por alguna razón, debe de probarse su existencia y su falta posterior.”<sup>234</sup> Desde nuestro punto de vista se debe de describir el objeto material en forma exhaustiva por parte del representante social investigador, cuando sea posible y cuando no lo sea entonces, debe de probarse su existencia anterior y falta posterior, tratándose de dinero incluso debe probarse la capacidad económica del ofendido, que es un indicio de la existencia del objeto material.

### **3.2.4.7. Los medios utilizados**

Edmundo Mezger señala que los “delitos cometidos con medios legalmente determinados son aquellos en los que la tipicidad se produce, no mediante cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma en que la ley expresamente determina.”<sup>235</sup>

Los medios utilizados son aquellos que requiere la ley, para poder ser considerado como delito una determinada conducta, como por ejemplo en el delito de violación, el artículo 174 primer párrafo del Código Penal para el Distrito Federal señala “al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá

---

<sup>234</sup> ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, *op.cit.*,pág. 91.

<sup>235</sup> MEZGER, Edmund, *op.cit.*,pág. 315.

prisión de seis a diecisiete años.” Obviamente el medio que requiere la ley para tener por acreditado el cuerpo del delito de violación, es precisamente la violencia física o moral, que en el caso de no comprobarse dichas violencias se estaría en el caso de una atipicidad, es decir, el tipo de violación requiere forzosamente alguno de esos medios y no otros como podrían ser el engaño, la furtividad o la lesividad.

Moisés Moreno Hernández, advierte “en un gran número de delitos previstos en el Código Penal el tipo no limita los medios que pueden ser utilizados para la realización de la acción descrita en aquél, sino que permite la utilización de cualquier clase de medio, así por ejemplo privar de la vida a otro (art. 302 del antiguo Código Penal) puede hacerse por cualquier medio que puede ser físico (arma de fuego, instrumento punzocortante, piedra, palo, etc.), químico, veneno, enervante o psicológico como la hipnosis, la inducción, lo propio puede decirse de las lesiones, del robo, daño en propiedad, abuso de confianza, difamación, tráfico de influencias, falsificación de sellos, llaves, cuños, en los que no hay limitación de medios, en esos casos, por lo tanto no se plantea la necesidad, si ocurre o no el medio exigido por el tipo, aunque si debe determinarse previamente si el tipo de que se trata exige que deba de concurrir un específico medio. En todo caso en los delitos de resultado material de todas formas habrá que constatar que medio es el que se utilizó, pues también con relación a él habrá que establecer el nexo de causalidad con el resultado producido.”<sup>236</sup> Desde nuestro punto de vista los medios utilizados, deben de estar expresamente determinados por el tipo penal, como en el fraude en donde como medio para cometer el ilícito debe de utilizarse el engaño o aprovecharse del error en que se encuentra otra persona obteniendo un lucro, en este delito es requisito *sine qua non* que forzosamente

---

<sup>236</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op.cit.*,pág.208.

se cometa por engaño, ya que si no es así, la conducta realizada será atípica y por lo tanto irrelevante para el Derecho.

Donde se señalan los medios utilizados son también en las calificativas; como, por ejemplo, en la violencia física o moral, en su caso por las agravantes como el cometer el delito en un transporte público, en un lugar cerrado o en la vía pública, sin embargo dichos preceptos no están considerados en el tipo, aquí cabría hacer mención al derogado delito de robo específico que se estableció en el artículo 371, párrafo tercero del antiguo Código Penal para el Distrito Federal, en este tipo penal se requería como medio la participación de dos a más personas y que dicha conducta se llevara a cabo por medio de la violencia moral o física, es decir, el propio tipo nos señalaba bajo qué circunstancias se debía de realizar la conducta y en caso de no llevarse a cabo bajo los requisitos de dicho numeral, entonces se podía haber cometido otro delito como el de robo calificado, mas no el delito de robo específico.

El maestro Sosa Ortiz señala tres características que se deben de tener en consideración para diferenciar a los medios utilizados:

“a) No son la acción ni el resultado material.

b) Son diligencias que se realizan u objetos que se utilizan previa o concomitantemente a la acción típica para facilitar su logro.

c) Su presencia en el tipo presupone que la acción típica puede llevarse a cabo, sin esos medios o con otros diferentes.”<sup>237</sup>

En efecto, los medios utilizados no son ni la acción ni el resultado los cuales son establecidos por el tipo penal. En la segunda característica señalada por Sosa Ortiz, podemos comentar que el término diligencia es muy general, proponiendo que sea considerada como una actitud porque las diligencias las realiza la autoridad. Tampoco estamos de acuerdo con el inciso “c” en virtud de que los medios utilizados deben de llevarse forzosamente por los medios descritos en el tipo y no por otros diferentes porque de lo contrario la conducta es atípica.

En opinión de Moisés Moreno Hernández, “...en ciertos casos se agrava el injusto y consecuentemente la pena porque obedecen al tipo de medio que se utiliza y su constatación corresponde al Ministerio Público y al juzgador respectivamente, para establecer la correcta determinación típica desde el ejercicio de la acción penal, si desde ese momento existen datos suficientes que acrediten su existencia.”<sup>238</sup>

En los casos señalados por el maestro Moisés Moreno los medios utilizados servirán para agravar la penalidad en caso de que se llegara a encontrar culpable a una persona, sin embargo no serán parte del tipo penal, sino de las agravantes, creemos que el Ministerio Público al momento de consignar su averiguación previa ante el juzgador, debe de acreditar la existencia de las calificativas y de las agravantes, en virtud de que tales circunstancias

---

<sup>237</sup> SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*, pág. 220.

<sup>238</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op.cit.*, pág. 209.

serán tomadas en consideración para otorgarle o negarle la libertad provisional a una persona.

Existen tipos penales como el delito de fraude, en donde se establece el engaño como una de las formas de cometerse el delito, sin embargo para el maestro Sosa Ortiz, señala que no es posible eso, en virtud de que "...en efecto este tipo penal contendría medios comisivos si por ejemplo, el engaño del que se habla se requiriera realizar necesariamente mediante documento público alterado o falsificado o a través de la suplantación de una persona, pero como en la especie la falsa representación de la realidad del sujeto pasivo de la conducta se puede lograr mediante cualquier medio idóneo, el tipo penal de mérito no contiene medios de ejecución específicos.”<sup>239</sup>

No estamos de acuerdo con el criterio sustentado porque el medio de ejecución, es también una acción, ya que no nos podemos imaginar al fraude sin el engaño para la obtención del lucro, siendo importante lo que establece la maestra Amuchategui Requena quien señala que “el propio engaño suele ser simultáneamente la conducta y el medio comisivo, lo mismo podemos decir del aprovechamiento de error.”<sup>240</sup> También sucede en el delito de estupro al que con engaño obtenga el consentimiento de una mujer menor de 18 años, en este caso también, sino se realiza mediante engaños la conducta no debe de ser considerada como contraria a Derecho, aunque sea reprochable socialmente dicha conducta.

---

<sup>239</sup> SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*, pág.223.

<sup>240</sup> AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, “**Derecho penal; cursos primero y segundo**”, Harla, México, 1993, pág. 395.

Nos parece importante la siguiente jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“FRAUDE. ELEMENTOS DEL DELITO DE.- Conforme al artículo 386 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, los elementos que constituyen el delito de fraude son: a) engaño, actividad positivamente mentirosa que se emplea para hacer incurrir en creencia falsa; b) aprovechamiento del error, actitud negativa que se traduce en la obtención de dar a conocer a la víctima, el falso concepto en que se encuentra con el fin de desposeerla de algún bien o derecho; c) obtención de un lucro indebido, beneficio que se obtiene mediante la explotación del engaño o error de la víctima, d) relación de causalidad, el engaño o el error deben de ser determinantes de la obtención del lucro, la falta de los elementos enumerados hace inexistente el delito de fraude.”<sup>241</sup>

Lo anterior demuestra que para la Suprema Corte de Justicia de la Nación el engaño en el delito de fraude es un elemento del tipo, en donde lo equipara a la actividad o a la acción, dicho criterio no choca con lo señalado anteriormente de que en algunos delitos muy específicos pueden coincidir, en virtud de que la conducta es engañar y a su vez es el medio para cometer el delito, existen otros casos en donde no es así por ejemplo en el delito de violación en donde forzosamente se requiere la violencia física o moral.

---

<sup>241</sup> Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación, foja 69, tomo CV, sexta época del Semanario Judicial de la Federación.

### **3.2.4.8. Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión**

Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión como elementos no constantes en todos los tipos penales, contenidos solo en algunas figuras delictivas, se refieren a las especiales circunstancias, consideradas en abstracto por la ley, como por ejemplo en el “...caso del asalto en donde se tendrá que acreditar el despoblado o el lugar solitario; en el abandono de persona en su modalidad de abandono de víctima en lugar o paraje solitario; en el departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada en el allanamiento de morada, en éstos casos el Ministerio Público deberá de acreditar la circunstancia de lugar...”.<sup>242</sup>

La identificación de las circunstancias del lugar resulta sencillo porque ordinariamente aparecen de manera expresa en la redacción del tipo penal, su acreditación se basa en la prueba de inspección, la cual hará prueba plena de acuerdo a lo establecido por el artículo 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, previa reunión de los requisitos establecidos por los artículos 208 al 211 de la misma ley adjetiva penal, entre las que se encuentran, según el artículo 208 “...debe de ser practicada invariablemente bajo pena de nulidad, con la asistencia del Ministerio Público, o en su caso, del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso.” Creemos que la autoridad judicial podrá utilizar cualquier medio de convicción para normar su criterio, es decir que el abogado o el Ministerio Público podrán aportar cualquier otra probanza con la finalidad de que el juez, tenga conocimiento de los hechos materia del proceso, siempre y cuando sean idóneos para acreditar el delito.

---

<sup>242</sup> ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, *op.cit.*, pág.93.

Sosa Ortiz, menciona que “cuando el tipo penal con independencia, claro está de la validez espacial del ordenamiento que lo contiene, delimita el escenario local para su realización estamos en presencia de circunstancias de lugar como elementos de aquel, ejemplo de éstas las encontramos en los delitos de adulterio en donde se establece como requisito que se realice en el domicilio conyugal; en el allanamiento de morada se hace referencia al departamento, vivienda, aposento o dependencia habitada; en el delito de ataques a las vías de comunicación al que “inundare en todo o en parte un camino público”, en los delitos contra la salud, siendo aumentados en una mitad cuando se realice en centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión o en sus inmediaciones.”<sup>243</sup>

En muchas ocasiones las circunstancias están establecidas en el propio tipo penal base, sin embargo en otras ocasiones están establecidas como agravantes como por ejemplo “... en los delitos de robo agravado: lugar cerrado, casa en donde se recibe hospitalidad, obsequio o agasajo; lugar en donde presten servicios al público, vehículo estacionado en la vía pública o en otro lugar destinado a su guarda o reparación, etc.”<sup>244</sup>

Es decir, las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión tendrán que estar previamente establecidos en la ley y el Ministerio Público tendrá que comprobar dichas circunstancias, lo que se estila, es que las circunstancias se acrediten hasta el proceso, en nuestra opinión deben de acreditarse desde la etapa de averiguación previa, y el juez deberá cerciorarse de que estén comprobados al momento de que se dicte una orden de aprehensión o un auto de procesamiento, todo ello atendiendo al principio jurídico de seguridad jurídica.

---

<sup>243</sup> SOSA ORTIZ, Alejandro, *op.cit.*,pág. 225.

<sup>244</sup> MONARQUE UREÑA, Rodolfo, *op.cit.*, pág. 100.

Algunos tipos penales también requieren referencias temporales dentro de los cuales ha de realizarse o prolongarse la conducta o que se relacionen con el resultado material, como por ejemplo, el artículo 364-I del Código Penal Federal el cual establece que “al particular que prive a otro de su libertad hasta por cinco días. Si la privación de la libertad excede de cinco días, la pena de prisión será de un mes más por cada día.”

Otro de los ejemplos lo podemos encontrar en el artículo 403-III del Código Penal Federal el cual establece “Haga proselitismo o presione objetivamente a los electores el día de la jornada electoral...” Aquí específicamente la ley nos señala un día determinado en que se debe de cometer el delito, que es precisamente el día de la jornada electoral, si no es ese día, entonces por ese hecho la conducta realizada no se adecuará al menos a este tipo penal.

Para el maestro Moisés Moreno Hernández, “entre los tipos penales en que se hace mención en alguna modalidad o circunstancia de ocasión, pueden mencionarse algunos relacionados con delitos cometidos por servidores públicos, en que la conducta se realiza con motivo o en virtud del empleo, cargo o comisión...”<sup>245</sup>

En estos tipos penales, es requisito básico que el Ministerio Público compruebe en primer lugar que la persona acusada sea un servidor público en activo, pudiéndose comprobar con documentales que acrediten tal circunstancia, sin embargo la ley, no establece precisamente los medios probatorios que se deben de aportar para que se tenga por acreditado el delito, es decir la amplitud de facultades que tiene el Ministerio Público es inadecuada porque entonces cabría la posibilidad de consignar a las personas sin que tuvieran el nombramiento

---

<sup>245</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op.cit.*, pág. 210.

hecho por el Estado, como sucede con las “madrinas” de los que constantemente se hacen valer los policías judiciales para cumplimentar alguna orden de aprehensión o detención, estas personas si cometen algún delito, no deben de ser consignados por los delitos establecidos en el apartado de servidores públicos, en virtud de que carecen del nombramiento de servidores públicos que los faculta para realizar dicha actividad.

“Las anteriores circunstancias que no tan fácilmente se distinguen de otras, pueden también, según el caso, desempeñar funciones como las anteriores, es decir, hacer que la acción sea típica o que el injusto tenga una mayor o menor significación o gravedad y por lo tanto, una mayor o menor penalidad que la correspondiente al injusto en que esa circunstancia no se plantea y deben de ser acreditados para uno u otro efecto, cuando el tipo penal del delito de que se trate así lo requiera.”<sup>246</sup> Estamos de acuerdo con el autor antes señalado en virtud de que en ocasiones establece el tipo penal la circunstancia de ocasión formando parte de los elementos que integran el tipo penal, es decir que forma parte del cuerpo del delito, pero en otras ocasiones son circunstancias que agravan la penalidad.

#### **3.2.4.9. Las demás circunstancias que la ley prevea**

En este apartado quedarían comprendidos todos aquellos elementos que por su naturaleza son partes estructurales del tipo penal y que no encuentran ubicación en los apartados anteriores.

---

<sup>246</sup> UROSA RAMÍREZ, Gerardo, *op.cit.*,pág. 231.

Realizando una revisión de nuestro Código Penal se pueden encontrar dos de ellos a saber:

- a) La pluralidad específica del sujeto activo.
- b) La necesaria vinculación del objeto material del tipo con algún delito.

Contienen la primera, entre otros, los delitos de oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos según lo establece el artículo 185 del Código Penal Federal, el cual señala “cuando varias personas de común acuerdo procuren impedir la ejecución de una obra o trabajos públicos...” en este caso específico lo que se debe de demostrar es la reunión ocasional de dos o más personas para impedir la ejecución material de una obra, en caso contrario no se tipificaría el delito.

Otro de los ejemplos que se encuentran en el Código Penal Federal es el establecido en el artículo 216 el cual tipifica el delito de coalición de servidores públicos, señalando que “los que teniendo tal carácter se coaliguen para tomar medidas contrarias a la ley...” en éste sentido lo que se deberá de comprobar por parte del Ministerio Público es el carácter de servidores públicos de los participantes en el evento delictivo.

El artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa mencionando dicho numeral “al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años de prisión y de cien a trescientos días multa.” Dicho precepto impone como requisito para que se pueda dar el delito, la asociación de tres o más personas con el propósito de delinquir, sin

embargo también hay ocasiones en que no lo establece el tipo, sino que la cantidad de personas que intervienen en el delito será una circunstancia agravante, como es el caso de la agravante de pandilla establecida en el artículo 164-bis del Código Penal Federal el cual señala que “cuando se cometa algún delito por pandilla se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el delito o los delitos cometidos. Se entiende por pandilla para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.” La circunstancia de que el delito sea cometido en pandilla en ningún tipo se prevé como parte del tipo, esta agravante se diferencia de la asociación delictuosa en que en esta última se exige que estén asociados con el propósito de delinquir, mientras que en la agravante no se exige tal circunstancia.

En relación a la necesaria vinculación del objeto material del tipo con algún delito, lo podemos encontrar en el delito de encubrimiento establecido en el artículo 400-I, III del Código Penal Federal, dicho numeral establece que “se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa al que: I) con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste adquiere, recibe u oculte el producto de aquél a sabiendas de ésta circunstancia. III) oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe.” En éste apartado se deberá de demostrar que el objeto del delito es ilícito, sin embargo en muchas ocasiones es difícil demostrarse, tal como sucede en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, establecida en el artículo 400-Bis del Código Penal Federal el cual establece en su primer párrafo que “se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las

siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, de en garantía, invierta, transporte o transfiera dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir, conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes o alentar alguna actividad ilícita.”

Lo primero que debe de quedar bien demostrado es que los recursos son ilícitos, demostrándose jurídicamente tal circunstancia con una sentencia, imaginemos que un narcotraficante le entrega una fuerte cantidad de dinero a una persona con la finalidad de que cambie el dinero en moneda extranjera, la persona en el momento que está realizando el trámite ante una institución bancaria es detenido de inmediato, en este ejemplo la persona que realiza las operaciones, no podrá ser consignada por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, si antes no se demuestra que tenía conocimiento que el dinero es el producto del narcotráfico, de algún robo o de otro delito.

En conclusión podemos decir que los elementos del tipo que se deben de demostrar en todos los delitos son los siguientes:

- a) La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.
- b) La forma de intervención de los sujetos activos.

- c) La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Sin embargo existen otros elementos denominados contingentes, ya que pueden contenerse o no en el tipo penal:

- a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo.
- b) El resultado y su atribución a la acción u omisión.
- c) El objeto material.
- d) Los medios utilizados.
- d) Las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión.
- e) Los elementos normativos.

## CAPITULO CUARTO

### CONSIDERACIONES GENERALES DE LA PRUEBA

En este importante capítulo analizaremos la prueba, como un mecanismo para la obtención de certeza por parte del legislador de los hechos discutidos por las partes en el proceso penal, sin embargo dejar la libre aceptación y valoración de la misma al juzgador, sin estar debidamente reglamentadas, es dejar un margen muy amplio a los funcionarios encargados de administrar justicia pudiéndose dar excesos y arbitrariedades al momento de la aplicación de la norma.

#### 4.1. Los medios para comprobar el cuerpo del delito

En todos los pueblos, aún en los menos adelantados en la carrera de la civilización, existen ciertas nociones respecto a la economía de la prueba y por consiguiente acerca de los medios dados al acusador o al acusado para convencer al juez de la verdad de sus dichos y en cuanto a los motivos de prueba en que éstos habrán de fundar su sentencia. En toda prueba, cualquiera que sea, se ve en la idea de una verdad formal o de una verdad material, que sería su objeto, es decir, en el primer sistema, sin consideración a la íntima convicción del juez o a los motivos de decidir, suministrados por la razón y la experiencia, la ley le precisa a tener por verdadera tal demostración, que por lo demás sólo se apoya en ciertos motivos de pura forma, en el segundo, al contrario, el juez tiene el derecho de basar su

convicción en los medios más seguros para llegar a la verdad; aquí las reglas establecidas por el legislador no traen su origen, sino en el principio, que en el mismo se ha fijado, de sancionar solamente los medios de certeza más conformes a su objeto, que es la verdad absoluta, si por ejemplo la economía de prueba formase una gran parte de las presunciones legales, sólo por esto daría la preferencia al sistema de la verdad formal, en contraposición a las legislaciones modernas, a las que sus tendencias, en general, conducen al descubrimiento de la verdad material, estas mismas tendencias, también dominan, hasta cierto punto, la economía de la prueba en un pueblo civilizado, allí los individuos y los jueces, poco a poco y casi sin designio premeditado, se formulan a sí mismos ciertas teorías a fin de llegar a decidir lo mejor posible acerca de la verdad de los hechos, en el fondo de estas ideas, hay una lógica de instinto que guía sus averiguaciones.<sup>247</sup>

No estamos de acuerdo ya que tanto el Ministerio Público como el juez no deben de guiarse por instinto en materia probatoria, por el contrario debe de existir un razonamiento lógico jurídico en todas las resoluciones emitidas por la autoridad, ya que de la adecuada valoración de ellas dependerá la libertad de las personas. Si bien es cierto que la ley en la actualidad le da amplísimas facultades a la autoridad, para que se tenga por acreditado un delito, también lo es que en el afán de darle mayor seguridad jurídica al gobernando, la ley debe de señalar con claridad y precisión, las pruebas que el Ministerio Público debe de aportar para tener por acreditado el cuerpo del delito de una determinada conducta delictiva.

---

<sup>247</sup> Cfr. ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, “**Las Pruebas en materia criminal**”, 2ª edición, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, pág. 6.

En virtud de lo anterior podemos establecer que el juzgador, es una persona de carne y hueso que bien puede cometer errores debido a prejuicios religiosos, morales o políticos nada nos garantiza que el juzgador hará a un lado esos factores al momento de valorar una prueba. Cabe hacer mención que no solamente el tribunal debe valorar las pruebas en la sentencia, sino también en el momento de obsequiar una orden de aprehensión o al momento de emitir un auto de formal prisión. Al respecto Carrera Domínguez, manifiesta que “ciertas opiniones nacionales y extranjeras señalan que las ideas morales o religiosas o instituciones políticas, también influyen directamente en el sistema de prueba y al momento de emitir una resolución de fondo...”.<sup>248</sup> Estas afirmaciones no están del todo fuera de lugar, tomando en consideración que en México es muy deficiente la procuración y administración de la justicia, que si bien es cierto se han dado pasos para mejorar dichas instituciones en los últimos años, también lo es que falta mucho por hacer en estos rubros.

El juez de hecho es un hombre en posición de un instrumento temible que todo lo puede respecto a la fortuna, el honor y la vida de sus conciudadanos, le enseñan en fin, que para afianzar mejor la seguridad y la libertad individual, no debe ser considerado como un “superhombre”, sino más bien una simple persona, elegido especialmente para la causa, a quien deberá de ser confiada la libertad, el patrimonio o los derechos de otra persona.

El magistrado también es juez de hecho, el legislador llega con prontitud a erigir en reglas de apreciación de la prueba de ciertos principios consagrados por la experiencia usual a circunscribir dentro de ciertos límites la libertad del fallo del magistrado a no permitir, por

---

<sup>248</sup> CARRERA DOMÍNGUEZ, José Guadalupe, *op.cit.*, pág. 120.

ejemplo la condena, si no hay más que un testigo de cargo o también a declarar perentorias ciertas pruebas puramente formales, como el juramento o las presunciones legales.<sup>249</sup>

Es necesario dejar establecido en la ley las reglas precisas respecto de las pruebas que se deben de aportar para acreditar el cuerpo del delito. Como lo establece Kart Joseph, el juez es un simple particular con una gran responsabilidad de administrar justicia a sus conciudadanos, con los mismos defectos y las mismas virtudes de una persona común y corriente, es por ello que no debemos de darle facultades amplísimas a una persona cuya moral y cuya rectitud no está probada. Creemos que el juzgador debe de ser una persona íntegra consigo mismo y con las personas que le rodean, cuya moralidad esté debidamente demostrada, debiendo además de ser una persona cuyos conocimientos jurídicos no dejen lugar a dudas, pero sobre todo debe de ser justo en los asuntos que se le encomienden.

“El origen de la prueba estriba en un hecho que ha pasado fuera de la conciencia del juez y su efecto en las relaciones que se establecen por medio del pensamiento entre este hecho y lo que se ha de demostrar. Así es como nos sorprende la conducta de un acusado que procurando justificarse, emplea medios que no son los de la inocencia, entonces queremos explicar esa conducta por la confusión de una conciencia culpable y llegamos a creer que ha cometido algún delito, cuyas consecuencias se esfuerza en desviar. Del mismo modo cuando un testigo afirma haber visto a una persona cometer tal crimen, nuestro ánimo se encuentra sobrecogido y llega a persuadirse de que la verdad reside en el dicho de un

---

<sup>249</sup> Cfr. BENTHAM, Jeremy, “**Tratado de las pruebas judiciales**”, 2ª edición, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, págs.67-68.

hombre honrado y digno de fe.”<sup>250</sup> La finalidad de la prueba es conocer la verdad histórica que se desconoce, y que desde luego el juzgador debe de conocer para dictar una sentencia definitiva justa para las partes que intervienen, sin embargo hay ocasiones en que no es posible demostrar la culpabilidad de una persona, aún cuando en efecto haya cometido una conducta penalmente sancionable; precisamente en este apartado consideramos que la garantía de seguridad jurídica debe de estar por encima de cualquier política criminal establecida por el gobierno en el poder, consideramos que con leyes precisas, pero sobre todo eficaces es como se deben de combatir al delito.

La investigación de la certeza legal aparece sólo como una operación puramente científica, basada en reglas fijas y cuya marcha puede ser dirigida por el legislador. “En él se requieren los conocimientos jurídicos y sólo puede confiarse prudentemente esta misión a aquel a quien con una larga práctica, su educación científica y sus conocimientos en la jurisprudencia le pongan a la altura de su deber a éste puede también pedirse estrecha cuenta de los motivos de su convicción.”<sup>251</sup> Sin embargo el confiar dicha función a personas de ese nivel tanto jurídico como moral, requiere forzosamente que los órganos encargados de emplear a ese tipo de funcionarios deben de ser más minuciosos en sus designaciones y más estrictos en la selección del personal, no solamente a nivel de jueces sino a todos los niveles, empezando desde el personal administrativo y pasando por los magistrados.

---

<sup>250</sup> ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, *op.cit.*,pág. 45.

<sup>251</sup> ROSAL, Juan del. *op.cit.*, pág. 34.

“Es una locura se ha dicho, querer detener con reglas fijas el vuelo de la facultad innata en todos los hombres de investigar y descubrir lo cierto de las cosas, de esa facultad que guía a todo individuo en los sucesos cotidianos de la vida privada. Encadenar de ese modo su libre desarrollo, ¿no es encerrar al juez prudente y experimentado en un círculo de hierro del que no puede salir?, ¿no es crear al juez todavía inexperto e inhábil, una tutela ineficaz y que jamás podrá prestarle la sabiduría que le falta? Indudablemente, la ciencia puede formular ciertas reglas útiles para la investigación de la verdad, pero éstas son por su naturaleza, los consejos y no los preceptos y otras tantas advertencias generales, cuya aplicación basta en el caso particular el miramiento que aconseje la prudencia, la ley debe de guardarse de establecer semejantes reglas que vendrían a convertirse en absolutas e imperativas, por que tampoco sería razonable prescribir a cada uno un modo de pensar como un modo de convicción.”<sup>252</sup>

Nosotros no estamos de acuerdo con la aseveración del maestro Pallares debido a que no por el hecho de darle amplísimas facultades al juzgador en materia probatoria, se van a volver por ese hecho en prudentes y experimentados, si bien es cierto se requieren dichas cualidades en la función de juzgar, también lo es que no son las únicas ni mucho menos las más importantes para que el juzgador emita una sentencia apegada a Derecho, se requieren más que nada los factores de carácter moral y de conocimientos jurídicos. No se trata de encerrar en un círculo de hierro a este tipo de jueces, sino por el contrario de darle libertad en otros aspectos, como por ejemplo el de determinar la culpabilidad del delincuente, pero a su vez sujetarlo a la ley con la finalidad de que le sea más difícil desviar el fin principal del proceso, que es la de dictar una sentencia justa.

---

<sup>252</sup> PALLARES, Eduardo, *op.cit.*, pág. 67.

“La ley puede en fin, quitar todas las trabas a los jueces de hecho y quitar absolutamente su conciencia y su convicción, más para prevenir los inconvenientes de condenas no motivadas, viene a parar en una especie de sistema negativo, prohibiéndoles basar su declaración, pena de nulidad, en ciertas y determinadas pruebas.”<sup>253</sup>

En efecto, a nuestro modo de ver es preciso evitar todo inconveniente y qué forma más segura que constreñir al juzgador por medio de la ley para que se atenga a determinadas pruebas, para así tener por acreditado el cuerpo del delito, como sucede en nuestra legislación procesal penal para ciertos delitos entre los que se encuentran el homicidio, las lesiones, aborto, envenenamiento, violencia familiar, incendio, falsedad o falsificación de documentos, tal y como lo señalan los artículos 94 al 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así mismo el Código Federal de Procedimientos Penales, establece el tipo de diligencias que deben practicarse para la comprobación del cuerpo del delito, que van del artículo 168 al 180. De ésta forma se da seguridad jurídica a los gobernados ya que si la autoridad ministerial no practica dichas diligencias no se tendrá por comprobado el cuerpo del delito.

## **4.2. Los principios generales de la prueba**

Siguiendo al maestro Leopoldo de la Cruz Agüero, “el sistema probatorio que contempla el procedimiento mexicano debe de sujetarse a los principios, los cuales están previstos en el Código de Procedimientos Penales....”<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> *Ibidem*, pág. 234.

<sup>254</sup> CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 208.

Los principios jurídicos que rigen a las pruebas varían de autor a autor, consideramos que los principales son los siguientes:

A.- El de inmediación.- Consistente en que el juez debe de recibir personalmente las pruebas, con excepción de las que deban de practicarse fuera del lugar de la residencia del tribunal, las que se practicarán mediante exhortos, despachos o requisitorias, es importante “que en el desahogo de una prueba, el juez, esté presente, facultad que en la mayoría de las veces se delega en el secretario de acuerdos, apreciar el desarrollo de su verificación y estar en posibilidad de formular preguntas u ordenar una práctica de otra que surja como consecuencia del tal acto procesal e indirectamente delegar facultades a las autoridades, a quienes se encomienda la práctica de determinada probanza.”<sup>255</sup>

Este principio sólo se cumple en la praxis parcialmente, ya que quien realiza todo el trabajo en el juzgado es el secretario de acuerdos, él es quien acuerda la admisión o no de las pruebas ofrecidas por las partes, así como su desahogo en muchas ocasiones. En otras es el personal administrativo como mecanógrafas, pasantes en Derecho y el personal que realiza su servicio social son quienes llevan las audiencias. El juez en la praxis solamente se encuentra en su cubículo para firmar los autos, acuerdos y sentencias, cosa que no debería de ser, porque el juzgador no se encuentra en contacto directo con el procesado, mucho menos con la parte afectada, situación que va generando graves injusticias en el sistema de administración de justicia.

---

<sup>255</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *op.cit.*, pág. 45.

B.- El principio de contradicción.- Este principio procesal que indica que toda probanza debe de llevarse a cabo con citación de la parte contraria, "... pues de no hacerlo así, tal acto carece de validez legal por dejarse a una de las partes, que lógicamente tiene el derecho de comparecer y formar preguntas a la persona que de tal testimonio, sin embargo el testimonio así desahogado es nulo de pleno derecho.”<sup>256</sup>

En todo acto procesal, siempre deben citarse las partes con la finalidad de que hagan valer sus derechos ante la autoridad judicial respectiva, no obstante lo anterior creemos que nuestro Código Procesal Penal para el Distrito Federal, le otorga mayor preferencia al Ministerio Público quien no podrá dejar de asistir, pudiéndose llevar las audiencias de ley incluso sin la presencia del procesado o de su defensor, lo anterior lo establece el artículo 59 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, comprobándose con ello que no se aplica el principio de contradicción en nuestra legislación procesal para el Distrito Federal, siendo además violatorio de garantías el que se lleven a cabo las audiencias sin la presencia del abogado defensor.

C.- El principio de publicidad.- Este principio se basa en que las audiencias deben de celebrarse en lugar en donde el público tenga libre acceso, con las facultades de que la autoridad que preside, puede imponer el orden a través de medidas disciplinarias y ordenar el desalojo del lugar en donde se este llevando a cabo la audiencia en caso de considerarlo necesario, con excepción de lo establecido por el artículo 245 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual señala lo siguiente “cuando haya que examinar a los altos funcionarios de la Federación, quien practique las diligencias se trasladará al domicilio u

---

<sup>256</sup> GONZÁLEZ BUSTAMENTE, José, *op.cit.*, pág. 57.

oficina de dichas personas para tomarles su declaración o si lo estiman conveniente, solicitará de aquellos que la rindan por medio de oficio, sin perjuicio que el interesado, si se le requiere y lo desea, comparezca personalmente.” La excepción solamente es aplicable a los altos funcionarios de la Federación, como son el presidente de la República, secretarios de despacho, diputados y senadores, desde nuestro punto de vista serían las únicas personas que estarían exentas de dichas obligaciones, sin embargo la ley procesal federal no establece ¿cuáles son los funcionarios de alto nivel? quedando abierta la posibilidad que directores de área o jefes de unidades departamentales, puedan excusarse para presentarse ante la autoridad judicial a rendir sus respectivas declaraciones.

D.- El principio de legalidad.- Según el cual, cada prueba debe de ofrecerse, admitirse y desahogarse conforme a todos los requisitos establecidos en la ley de la materia para tal efecto.

E.- El principio de equilibrio de las partes, “significa con ello que las mismas deben de gozar de derechos iguales en la recepción o desahogo de las probanzas, como la de formular interrogatorios a los testigos, de pruebas periciales a favor de sus intereses.”<sup>257</sup>

El principio de equilibrio de las partes, no solamente debe basarse en igualdad en relación a la recepción o desahogo, sino en la valoración respectiva, y en caso de que el juzgador se incline por una prueba que a su juicio considere que aporta más elementos para saber la verdad de los hechos, entonces deberá de motivar o dejar señaladas las causas por las cuales considera que es más confiable un dictamen pericial o un determinado testigo.

---

<sup>257</sup> BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, *op.cit.*, pág. 48.

Al hablar de equilibrio estamos hablando de que se debe de gozar de derechos iguales, sin embargo creemos que al menos la defensa se encuentra en desventaja con respecto al Ministerio Público, por ejemplo la defensoría de oficio del Distrito Federal no cuenta con un departamento de servicios periciales, es más incluso no cuenta con los recursos económicos suficientes para dotar de mobiliario y papelería a los defensores de oficio adscritos a juzgados penales; por otra parte los salarios de estos servidores públicos en nada se comparan con los que reciben los Ministerios Públicos, éstos últimos son dos para cada juzgado auxiliados por dos o tres secretarios y dos policías judiciales, los cuales cuentan con modernos equipos de cómputo y amplios espacios donde desarrollan su trabajo dentro de los juzgados. Circunstancias con las que no cuenta el defensor de oficio ya que solamente es un servidor público por juzgado, sin auxilio de ninguna secretaria para realizar las diversas promociones las cuales se elaboran en máquinas mecánicas inservibles. En razón de lo anterior no podemos hablar de ningún equilibrio cuando una de las partes se encuentra en clara desventaja.

F.- El principio de idoneidad.- Consistente en que todas y cada una de las pruebas que ofrezcan las partes durante el procedimiento y se desahoguen, sean aptas para inducir al juez en el pleno conocimiento de la verdad y no se vea en la necesidad de desecharlas por inconducentes e improcedentes o inútiles, como señala el maestro Colín Sánchez, “los principios generales que imperan en materia de prueba son los siguientes: a) pertinencia y b) utilidad”<sup>258</sup>

---

<sup>258</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *op.cit.*, pág. 57.

Este principio se basa entonces en la utilidad que debe de tener la prueba, sino le va a proporcionar luz o conocimiento de los hechos al juez, entonces no debe de aceptarlas, es por ello que el juzgador deberá de tener especial atención en las pruebas que admite, las cuales deben de ser idóneas porque corre el peligro de retardar innecesariamente el proceso en perjuicio del procesado.

### **4.3. Sistemas probatorios**

En el procedimiento penal mexicano se contemplan los siguientes sistemas probatorios:

- a) Libre.
- b) Tasado.
- c) Mixto.

Por cuanto al sistema libre, se toma como ejemplo el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual establece que “se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 inciso “A”, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya en contra del derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad.”

La propia ley federal le otorga amplias facultades para la admisión de dichas pruebas, siempre y cuando la autoridad lo estime necesario para lograr conocer la verdad histórica de los hechos que se desconocen, esta facultad conferida al juzgador bien entendida puede

darle al juez honesto, justo y sabedor del Derecho la libertad de la investigación, sin embargo creemos que no todos los jueces son honestos ni mucho menos justos en sus resoluciones.

En otros casos la propia ley viene viciada de origen con redacciones confusas, incluso con criterios anticonstitucionales, creemos que la redacción de algunas leyes atentan contra el principio de inocencia como sucede en el delito de enriquecimiento ilícito, en donde por el hecho de no comprobar el aumento de los bienes del servidor público, se tipifica como delito, que de acuerdo al artículo 21 constitucional es el Ministerio Público quien tiene la obligación de demostrar que los bienes que están en poder del servidor público son bienes del gobierno, debiéndose además de demostrar por parte de la autoridad ministerial la existencia anterior de los bienes, así como su falta posterior.

El Ministerio Público que recibe la noticia de determinado hecho criminal, de inmediato debe de proceder a integrar la averiguación previa penal correspondiente, practicando las diligencias pertinentes y aportando todos los medios probatorios tendientes a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del autor, por lo que al formular su acusación inicial, lo hace fundado en sus apreciaciones que se derivan de todos y cada uno de los elementos probatorios que integran su indagatoria, por lo que el juez para resolver sobre el auto de formal prisión o de libertad por falta de elementos para procesar, hará un estudio de esas pruebas contenidas en la averiguación previa, la parte acusadora trata de reforzar las presunciones iniciales con objeto de convertirlas en convicción plena y

el defensor y el acusado buscarán los medios para desvirtuarlas, finalmente el juez hecho el estudio de pruebas realizará una valoración para condenar o para absolver.<sup>259</sup>

Creemos que todas las pruebas al momento de ser valoradas deben siempre atender al principio jurídico “*in dubio pro reo*” que significa que en caso de duda debe de estarse a lo más favorable al inculpado, sin embargo en la realidad el propio procesado tiene que demostrar su inocencia, porque si no lo hace, lo más seguro es que sea condenado por el delito que se le imputa, desde nuestro punto de vista el juez antes de obsequiar la orden de aprehensión debe de valorar las pruebas recabadas por la institución del Ministerio Público. En muchas de las ocasiones al momento de consignar se hace en muchas de las ocasiones en virtud de apreciaciones personales, consignando hechos solamente, en otras tantas el Ministerio Público el criterio absurdo de que “todos son culpables hasta que no se demuestre lo contrario” quedando a un lado la presunción de inocencia de los sujetos que se encuentran sujetos a proceso.

Leopoldo de la Cruz señala, hemos sugerido a los abogados defensores que desde el momento en que se hagan cargo de su misión patrocinadora, deben de analizarse punto por punto todos y cada uno de los elementos de la averiguación previa y combatir las pruebas aportadas por el Ministerio Público, ofreciendo a la brevedad posible los medios conducentes y consistentes a destruir las presunciones en contra del acusado y aportar convicciones en el ánimo del juzgador de la inculpabilidad de aquél, es decir agotar la instrucción en el tiempo concedido por la ley y no incurrir en dilaciones perjudiciales, puesto que si conforme a derecho de hacer uso del sistema libre de pruebas el juez no

---

<sup>259</sup> Cfr. ROSAL, Juan del. *op.cit.*, pág. 125.

admite las que considere conducentes, desechándolas de frívolas e improcedentes, el acusado o su defensor combaten ese acto negativo mediante los recursos que otorga la ley procesal y su tramitación se prolonga involuntariamente, haciéndose nugatorio otra vez el principio de justicia pronta y expedita, siempre en perjuicio del presunto responsable.<sup>260</sup>

Uno de los problemas a que nos enfrentamos diariamente en los tribunales, es el rechazo que hacen los jueces a algunas pruebas que consideran frívolas e improcedentes, que sin embargo para la defensa son básicas, a fin de combatir las presunciones que existen en contra de sus representados. El sistema libre impone el caos procesal porque impone una libertad absoluta al juzgador en la valoración de la prueba.

En relación al sistema de prueba tasado, éste se encuentra en la verdad formal, basándose exclusivamente en los medios probatorios establecidos en la ley y para cuya valoración el juez debe de sujetarse a las reglas establecidas para tal efecto, las cuales constituyen una necesidad de prevenir arbitrariedades, es decir debe de sujetar a las pruebas señaladas en el Código Procesal Penal para la acreditación del cuerpo del delito.

Para el maestro González Bustamante “conforme a este sistema tasado, no son los jueces, los que según los dictados de su conciencia, deben de juzgar de un hecho determinado, sino que los fallos deben de fundarse en la norma preestablecida por la ley y no a su libre albedrío, sino que sus resoluciones deben de dictarse apreciando las pruebas de acuerdo con las reglas de las normas procesales para su valoración.”<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> Cfr. CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 230.

<sup>261</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José, *op.cit.*, pág. 129.

Por ello consideramos que el sistema más adecuado para nuestro sistema jurídico mexicano, lo es sin duda el sistema tasado, en virtud de que impone seguridad jurídica a los gobernados, y se deja el arbitrio del juzgador a un lado, ya no es el capricho del tribunal quien determinará si está o no comprobado el cuerpo del delito, sino que lo establecerá la ley, dicho sistema es el adecuado tomando en consideración que nuestro sistema jurídico es eminentemente normativo, pero no una norma sujeta al capricho de una persona, sino sujeta a las disposiciones de la ley.

Para el maestro Manuel Rivera Silva, “la cantidad de verdad al definir el valor de la prueba, puede referirse a la verdad formal o a la verdad histórica. Cuando la ley fija, de manera determinada, el valor de la prueba, nos hallamos con una verdad formalista que motiva el llamado sistema de prueba tasado. Este sistema requiere justificarse, en el deseo de borrar las arbitrariedades nacidas de las simpatías o antipatías del juez o de la torpe valoración hija de la inexperiencia o ignorancia. Sin embargo hay que advertir que si el sistema tasado protege de las arbitrariedades o malas valoraciones jurisdiccionales, obstruye la vigencia de las formalidades correccionales, las cuales no pueden presentarse más que con la abolición absoluta de toda fórmula, sólo se pueden señalar caminos correctivos, cuando se conoce plenariamente la biografía del sujeto por corregir, es decir su verdad histórica.”<sup>262</sup>

El sistema tasado no obstruye los fines correctivos del delincuente, ya que las pruebas para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, nada tienen que ver con la ejecución de la pena, es más dicha ejecución no la establece el Código Penal o el Código de Procedimientos Penales, sino que la señala la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para

---

<sup>262</sup> RIVERA SILVA, Manuel, *op.cit.*, pág. 194.

el Distrito Federal a nivel local y a nivel federal la Ley de Normas Mínimas. El tratamiento de las personas sentenciadas es multidisciplinaria, es decir que están a cargo de los sentenciados, médicos, abogados, pedagogos y trabajadores sociales para su integración a la sociedad, es precisamente en la etapa ejecutiva en donde se tiene que personalizar el tratamiento a los delincuentes, previa individualización de la pena que lleve a cabo el juzgador en el momento de dictar la sentencia definitiva, razón por la cual no consideramos que el establecer un sistema tasado total en nuestra legislación sea una obstrucción a las finalidades correccionales del Estado.

En relación al sistema mixto se establece que "...es la combinación que surge entre el libre y el tasado, o sea, que además de que las partes deben sujetarse a las pruebas que señalan la fracción V, del artículo 20 constitucional y el 206 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como la obligación del juzgador de observar las reglas para su valoración, las partes pueden ofrecer y desahogar todo elemento de prueba no especificado por la ley procesal, siempre y cuando no sean contra Derecho y vayan en contra de la moral y de las buenas costumbres.”<sup>263</sup>

La doctrina mayoritaria, se inclina por el sistema libre, en virtud de que puede el juzgador establecer los casos en que esté acreditado el cuerpo del delito y en qué casos no es así; Dejar en completa libertad al juzgador trae más perjuicios que beneficios a las personas que se encuentran en la penosa situación de enfrentar un proceso. Tampoco creemos que el sistema mixto ofrezca una adecuada solución a los problemas planteados, ya que si bien es cierto se establece en la ley las pruebas que deben de tomarse en consideración para

---

<sup>263</sup> CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 202.

acreditar el cuerpo del delito, también es contradictorio se le de también la oportunidad al tribunal para tenerlo por acreditado cuando así lo considere.

El maestro Guillermo Colín Sánchez señala “...no debe de confundirse la libertad de los medios de prueba con el principio de la libre convicción del juez o comprobación de la verdad material, que se traduce en el deber del juez, ante la prueba insuficiente, de tomar la iniciativa y allegarse de los elementos pertinentes para la comprobar los hechos...”<sup>264</sup>

Creemos firmemente que la función del juzgador no es de allegarse de elementos pertinentes para comprobar los hechos, pensamos que la función del juzgador es la de aceptar o no las pruebas que le ofrezcan las partes, así como en su momento procesal oportuno valorarlas para emitir una resolución final.

#### **4.4. El objeto de la prueba**

Se estima que el objeto de la prueba no solamente se concreta a los hechos discutidos o probados en la averiguación previa, tales como la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sino también a los discutibles como son las pretensiones del proceso tendientes a demostrar su inculpabilidad, siempre y cuando los medios en que se basa el objeto de las probanzas no vaya en contra del Derecho, la Moral o las buenas costumbres, es decir, el objeto de la prueba es buscar la verdad, demostrar la verdad y que el juzgador, una vez concluida la secuela procedimental y contando con acervo probatorio

---

<sup>264</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *op.cit.*, pág. 312.

aportado por las partes, esté en aptitud de hacer uso del arbitrio judicial que le otorga la ley y pronunciar la sentencia que en Derecho corresponda, ejemplificando en un delito de violación cuya víctima resulta embarazada a consecuencia del ataque sufrido, la prueba idónea es el análisis espermatooscópico del sujeto activo, cuyo objeto es demostrar, si el mismo es fértil o estéril, se revierten los hechos y quien aparecía como víctima se convierte en victimario como responsable de difamación y calumnia.<sup>265</sup>

La violación es un delito que procesalmente se le ha dado un trato especial, en virtud de que por la simple declaración de la víctima se llega a condenar a los procesados, debido a que en la mayoría de los casos se lleva a cabo en ausencia de testigos, por lo cual el objeto de la prueba es determinar si una persona se le impuso la cópula sin su consentimiento, es por ello que el Ministerio Público debe de demostrar la afectación del bien jurídico protegido.

El procesalista José González Bustamante afirma "...el objeto de la prueba abarca también la comprobación de los elementos del cuerpo del delito, la conducta del sujeto activo, el resultado del hecho criminoso y el nexo causal que debe de unir a la conducta y el resultado, es decir, el objeto de la prueba abarca los elementos objetivos y subjetivos del delito."<sup>266</sup> En efecto en el plano procesal se debe de comprobar el cuerpo del delito en forma obligatoria para la representación social. Consideramos que dicha comprobación de reunir todos los elementos que contenía los elementos del tipo penal como sucedía hasta antes de la reforma de 1999.

---

<sup>265</sup> Cfr. ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, *op.cit.*, pág. 136.

<sup>266</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José, *op.cit.*, pág. 200.

Claria Olmedo señala el objeto de la prueba es "...la materialidad sobre la cual recae la actividad, lo que se puede o debe probar. No se trata propiamente del objeto procesal sino de los datos materiales que introducidos como elementos de convicción en el proceso, tienen capacidad de producir un conocimiento relacionado con la conducta incriminada; No es objeto de prueba el homicidio, sino la muerte de una persona por otra."<sup>267</sup> Desde nuestro punto de vista tanto el Derecho sustantivo como el adjetivo, van íntimamente relacionados, de tal suerte que nos parece difícil pensar en un Derecho que no se pueda aplicar, y por el contrario también nos parece difícil explicar las normas procedimentales sin un Derecho sustantivo.

Considerado en abstracto el objeto de la prueba comprende todo acontecimiento o circunstancia fáctica referida al hecho en sí, en cuanto cambio del mundo exterior (muerte, apoderamiento, etc.) a las manifestaciones psíquicas (inconciencia, emoción, perversidad, etc.) a las cosas en cuanto a la realidad, a las personas en su proyección física o biológica, a los lugares en relación a dimensiones espaciales y de ubicación, a los documentos escritos o grabados en su materialidad, a otros datos inmateriales susceptibles de conocerlos por sus manifestaciones físicas (electricidad, luz, calor, etc.) a los principios científicos o técnicos, a reglas de la experiencia en cuanto común modo de ser y de obrar de las personas o cosas y, a las normas jurídicas no vigentes en cuanto a su existencia temporal o espacial.<sup>268</sup>

---

<sup>267</sup> CLARIA OLMEDO, Jorge A. "**Derecho Procesal Penal**", 2ª edición, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1985, pág. 308.

<sup>268</sup> Cfr. CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 165.

En el delito de robo “...el objeto de la prueba es comprobar primeramente la propiedad, preexistencia y falta posterior de la cosa objeto del delito (dinero, alhajas, muebles, etc.) lo que se satisface con la documentación respectiva que acredite la propiedad, testigo que declare sobre la existencia y posesión de la cosa en poder del agraviado y la falta posterior de la misma y en segundo lugar el señalamiento del autor del robo, el apoderamiento sin consentimiento de esa cosa mueble de quien puede disponer de ella legalmente...”<sup>269</sup>

Lo señalado por el maestro González Bustamante no es acertado, debido a que para comprobar el cuerpo del delito en el caso del robo, no se requiere acreditar la propiedad de la cosa mueble, sino la posesión, se tipifica la sustracción del objeto en virtud de que no dio el consentimiento la persona quien legalmente podía haberlo dado, no es necesario acreditar la propiedad con documentos, sino con alguna otra probanza como las testimoniales.

Se ha sostenido que el procedimiento probatorio normalmente tiene por objeto la verdad o falsedad de los hechos discutidos, sean ambas alegadas por las partes en el procedimiento, sobre la certeza o equivocación de una proposición, planteamiento o exposición de algún dato, hecho o acontecimiento, conducta activa o pasiva.

¿Qué es lo que se pretende probar? Atento a lo que establece la teoría general de la prueba, la pregunta qué es lo que se debe de probar en el proceso, puede dar lugar a dos respuestas.

---

<sup>269</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José, *op.cit.*, pág. 236.

Dentro del sistema acusatorio, el Ministerio Público está obligado a demostrar su acusación, evidentemente este funcionario se verá en la necesidad de demostrar la existencia del delito, la culpabilidad del acusado, las circunstancias de ejecución, las particularidades, las modalidades, las calificativas y en general todo aquello que el juez necesite para fundar una sentencia acorde con sus pretensiones, éste es el verdadero sentido de la acusación, tal como fue entendido durante el siglo pasado y en una parte del actual.<sup>270</sup>

Nos parece magnífica la opinión del maestro Pérez Palma ya que para acreditar el cuerpo del delito, es necesario que se integren todos los elementos que establece el tipo penal respectivo y las demás circunstancias, calificativas y particularidades que analizamos en el capítulo anterior, es por ello que hacemos nuestra la opinión del citado tratadista.

#### **4.5. El órgano de prueba**

En la búsqueda de la verdad histórica no solamente intervienen las partes compuestas por el procesado y Ministerio Público y excepcionalmente el tercero con el derecho a la reparación del daño, sino también de una manera directa, el órgano jurisdiccional, quien con acuerdo con los extremos de los artículos 146, 180 y 206 del Código Federal de Procedimientos Penales, está obligado a aportar pruebas cuando advierte que las partes han incurrido en diferencia, fallas, negligencia y el reo se encuentra en estado de indefensión.<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> Cfr. PEREZ PALMA, Rafael, “**Guía de Derecho Procesal Penal**”, 2ª edición, Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1980, págs. 220-221.

<sup>271</sup> Cfr. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *op.cit.*, pág. 189.

Creemos que en caso de que el juzgador se percate de que ha renunciado el defensor particular, debe de nombrarle al defensor de oficio adscrito al juzgado a efecto de que no quede en estado de indefensión. Creemos que el código no establece los casos específicos en que se establece la negligencia, falla o deficiencia, no obstante lo anterior el juzgador no se encuentra en la posición de aportar pruebas a favor o en contra de alguna de las partes, puesto que es y debe de ser imparcial en los hechos de que conozca, en caso de que a su parecer exista negligencia del defensor de oficio, debe de llamar la atención del superior jerárquico con la finalidad de exponerle el caso concreto y poder determinar si es conveniente el nombrarle a otro defensor.

Estamos de acuerdo con el criterio establecido por el maestro Julio Hernández Pliego en relación a que “...se denomina órgano de prueba (inculpado, defensor, testigo) a quien aporta los datos de que se vale el juez para formar su convicción, por eso ni el Ministerio Público en la averiguación previa, o el propio juez pueden figurar como órganos de prueba aún en los casos en que por sí proporcionen el conocimiento del objeto de la prueba, por ser siempre receptores de ella.”<sup>272</sup>

En opinión de Leopoldo de la Cruz, “...según se advierte de la secuela procedimental realizada en una causa penal, no únicamente las personas pueden aportar los medios de conocimiento al órgano jurisdiccional, sino en la actualidad, conforme al avance de las ciencias y la tecnología, todos los medios concebibles pueden ser utilizados como órganos de prueba dentro del procedimiento, tales como los estudios computarizados, investigación

---

<sup>272</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. “Programa de Derecho Procesal Penal”, 4ª edición, Porrúa, México, 1999, pág. 180.

genética, disciplinas y ciencias relacionadas con la sociología y psiquiatría criminal, medicina legal, etc.”<sup>273</sup> No estamos de acuerdo con su posición, pues está confundiendo los medios de prueba que son los diversos instrumentos para convencer al órgano jurisdiccional de los hechos materia del proceso, con el órgano de prueba, que siempre serán las personas porque sólo éstas tienen la facultad de presentarlas, por ejemplo, ni los estudios computarizados ni los estudios de investigación genética se pueden presentar por sí solos, es decir, solamente son medios para que el juez se convenza si una determinada conducta es o no trascendente para el Derecho Penal.

El Doctor Fernando Arilla Bas establece que “el órgano de prueba es la persona física que proporciona al titular del órgano jurisdiccional el conocimiento del objeto de la prueba”<sup>274</sup>

Es la persona física quien tiene todas las facultades de movimiento y de razonamiento, las cuales debe de ofrecerlas al juzgador con la finalidad de que sean tomadas en consideración al momento de dictarse una resolución, si no lo hace estará dejando pasar un derecho procesal importantísimo.

#### **4.6. La carga de la prueba**

El problema de la carga de la prueba envuelve la interrogante acerca de quién está obligado a probar. Una parte de la doctrina procesal penal, estima que puede hacerse un trasplante de esta institución civil, al proceso penal, habida consideración de que en el enjuiciamiento civil, la carga de la prueba (*onus probandi*) la reporta quien realiza una afirmación, pero

---

<sup>273</sup> CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 205.

<sup>274</sup> ARILLA BAS, Fernando, *op.cit.*, pág. 243.

también quien niega un hecho, si esa negativa es contraria a una presunción legal envuelve una afirmación.<sup>275</sup> Consideramos desafortunada esta postura, en virtud de que en el proceso civil esta en juego el patrimonio de las personas, mientras que en el proceso penal está la libertad, es decir que en ésta última es un Derecho Público mientras que en la primera es un Derecho privado.

Siguiendo al maestro Ángel Martínez Pineda, "...los intereses ventilados en el proceso penal, por su carácter predominantemente público, determinan la imposibilidad de abandonar su satisfacción al eventual cumplimiento de la obligación de probar, mayormente si se entiende a la presunción de inocencia que recoge como principio universal nuestra legislación, por lo cual el inculpado está relevado de la obligación de probar su inocencia."<sup>276</sup> En efecto el procesado tiene a su favor la presunción de inocencia, por lo tanto es el Ministerio Público quien en todo momento tendrá la obligación de probar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado, sin embargo existen tipos penales con vicios de fondo, como en el delito de enriquecimiento ilícito en donde establece como obligación del servidor público justificar el aumento de su patrimonio, de lo contrario tendrá que sufrir la sanción por parte del Estado.

El tratadista Gómez Orbeja indica "...dicen que el proceso penal no es un proceso de partes, o sólo lo es en sentido formal o impropio, por lo que los dos intereses que coexisten en la justicia represiva, el interés de que no escape de la pena el culpable y el interés de que no se castigue al inocente e incluso de que no sea castigado el culpable más allá de la

---

<sup>275</sup> Cfr. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *op.cit.*, págs. 182-183.

<sup>276</sup> MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *op.cit.*, pág. 45.

medida de su responsabilidad, no son de ninguna manera intereses parciales, por lo que no cabe hablar de distribuir equitativamente entre las partes las cargas probatorias.”<sup>277</sup> En efecto, en el proceso penal no debe hablarse de distribuir las cargas probatorias equitativamente como sucede en el proceso civil, ya que el Derecho Público es irrenunciable, dicha obligación se la confiere la ley al Ministerio Público y en caso de que éste no aporte los suficientes elementos probatorios, el juez estará obligado a negar la orden de aprehensión, a dictar el auto de libertad o en su caso a dictar una sentencia definitiva absolutoria.

Criterio contrario se advierte en Díaz de León, quien sostiene “...no se requiere de mayor explicación para demostrar la vigencia de las cargas procesales en el proceso penal porque constituyen las reglas que aseguran su devenir, para llevarlo a su conclusión, sancionando la morosidad o inactividad de las partes y el juez, con la preclusión de los actos e inclusive con la caducidad de la instancia, además de que no es dable suponer en la positividad, un proceso penal sin ninguna disposición que impida su estancamiento en el que las partes puedan dejar de actuar sin ninguna consecuencia procesal que les perjudique.”<sup>278</sup> No estamos de acuerdo con el criterio sustentado por el maestro Díaz de León en virtud de que en el proceso penal, no se siguen las reglas del proceso civil, por ejemplo, en éste si se deja de actuar por un determinado tiempo y si no interponen las partes ninguna promoción el juez deberá de decretar la caducidad de la instancia, es decir, deberá de enviar al archivo el expediente suspendiéndose por ese hecho el proceso, cosa que desde luego no se puede permitir en el proceso penal, porque independientemente de que se promueva o no, el

---

<sup>277</sup> GÓMEZ ORBEJA, Luis, “**El proceso penal**”, Temis, Colombia, 1975, pág. 211.

<sup>278</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, “**Tratado sobre las pruebas penales**”, 2ª edición, Porrúa, México, 1986, pág. 300.

proceso tendrá que seguir, y si existe alguna negligencia del Ministerio Público o del defensor podrán caer en responsabilidad, pero eso no significa que se suspenda el proceso porque está en juego la libertad de las personas.

#### **4.7. El valor de la prueba**

El maestro Oronoz Santana nos señala en relación a la valoración de la prueba que "...es la cantidad de verdad que posee en sí mismo el medio probatorio, lo que se puede concebir como idoneidad que tiene la prueba para llevar ante el órgano jurisdiccional el objeto de prueba...".<sup>279</sup> La valoración de la prueba que haga el juzgador debe de estar apegado estrictamente a los razonamientos lógicos-jurídicos, no obstante lo anterior se debe de otorgar en la ley mayor seguridad jurídica para que el ciudadano común y corriente tenga la seguridad de que se le va a dar el valor probatorio real a las pruebas que haya presentando durante la instrucción.

Surge en la teoría general de la prueba la interrogante del significado de la palabra verdad, existiendo con tal interrogante el problema que la filosofía contemporánea ha dilucidado la verdad histórica, que no es otra cosa que la congruencia que existe entre el intelecto y una parte de la verdad total. La verdad formal es la analogía que hace el hombre de ciertos hechos que capta y que analógicamente comparados con otros similares le permite establecer premisas.

---

<sup>279</sup> ORONOZ SANTANA, Carlos, "Manual de Derecho Procesal Penal", 2ª edición, Limusa, México, 1989, pág. 231.

Para el tratadista Jorge Alberto Silva Silva “... la valoración o apreciación de la prueba (especialmente de los datos recolectados) es el proceso intelectual que consiste en una interpretación individual e integral de los resultados que conduce a asignarles o rechazarles consecuencias jurídicas...”.<sup>280</sup> Estamos de acuerdo con el autor, porque en efecto la valoración probatoria es una apreciación que debe realizarse por el Ministerio Público o en su caso por el juez de las pruebas que obren en el expediente, para tener por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona, la valoración jurisdiccional se debe de realizar desde el momento en que se obsequia una orden de aprehensión o un auto de procesamiento, para ser corroborado el valor de una prueba hasta la sentencia.

El maestro Oronoz Santana señala que la doctrina es individual e integral por cuanto que ha de amoldarse, tanto el sistema unitario como el globalizador de la apreciación de la prueba. En el sistema unitario el tribunal interpreta y evalúa cada uno de los medios en particular, en tanto que el globalizador, aprecia e interpreta los resultados en su conjunto. En el sistema libre es el hombre el que evalúa, aquí es el sentido común, no sujeto al razonamiento lógico, pero si al emotivo, el que asigna o no la eficacia a los datos incorporados, en el caso de México el jurado popular es un buen ejemplo de la evaluación libre, en la medida en que de acuerdo al artículo 369 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no importan los medios a través de los cuales toma convicción, ni se establece regla alguna a grado tal que incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún en contra de la obligación constitucional de fundar y motivar ha sostenido esta absoluta libertad de valoración.<sup>281</sup> La valoración libre en la forma en que lo expresa el maestro

---

<sup>280</sup> SILVA SILVA, Jorge Alberto, *op.cit.*, pág. 132.

<sup>281</sup> *Cfr.* ORONoz SANTANA, Carlos Manuel, *op.cit.*, pág. 243.

Oronoz Santana y ejemplificada en el artículo 369 del Código adjetivo penal para el Distrito Federal es inadecuada, porque la valoración de las pruebas se hace al arbitrio, deben de existir en la ley reglas claras y específicas para valorar las pruebas.

Arilla Bas menciona que tanto en la doctrina nacional como en el Derecho comparado existen cuatro sistemas de valoración de la prueba:

“1.- El sistema de la prueba legal, según el cual dicha valoración se ha de sujetar a las normas preestablecidas por la ley, este sistema se funda en la necesidad de prevenir la arbitrariedad y la ignorancia del juez;

“2.- El sistema de la libre prueba, de acuerdo con el cual la valoración se debe de sujetar a la lógica. Este sistema se justifica en la necesidad de adoptar la prueba a la infinita variabilidad de los hechos humanos;

“3.- El sistema mixto que como su nombre lo indica, participa de los dos sistemas anteriores, es decir, sujeta la valoración de la prueba a normas preestablecidas y deja otra a la crítica del juez y ;

“4.- El de la sana crítica que sujeta la valoración de la prueba tanto a las reglas de la lógica como a la experiencia del juez.”<sup>282</sup>

---

<sup>282</sup> ARILLA BAS, Fernando, *op.cit.*, pág. 46.

Podemos señalar que el sistema libre rige para la valoración de las pruebas en aquellos delitos cometidos por medio de la prensa (jurado popular), sin embargo “...de acuerdo a los tratadistas nacionales en México rige el sistema mixto, con leve tendencia hacia el de la prueba legal en el fuero común y hacia la libre valoración en el Federal.”<sup>283</sup>

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala en el artículo 248 “el que afirma está obligado a probar, también lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho.” Es inadecuado dicho precepto ya que el legislador común trató de aplicar el sistema probatorio en materia civil al proceso penal, no es posible que se le deje la carga de la prueba de su inocencia al procesado, el cual incluso tiene en todo momento el derecho de mentir y por ello no podrá ser procesado por falsedad en declaraciones por ser un derecho de defensa.

Algunos tipos penales tienen vicios de origen, es decir, desde que fueron creados por el legislador contravienen a la Constitución y a las normas secundarias que de ella derivan, por ejemplo el ya multicitado delito de enriquecimiento ilícito, es contrario al artículo 21 constitucional en el sentido de que el Ministerio Público es el único órgano encargado de perseguir al delito y al delincuente y es esta institución quien tendrá que comprobar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona acusada de haber cometido una conducta contraria a Derecho, pero no al revés que el acusado tenga que comprobar que no cometió el delito, puesto que a su vez existe en su favor la presunción de inocencia, es decir, por un lado la ley lo presume culpable y por el otro la

---

<sup>283</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *op.cit.*, pág. 124.

propia ley lo presume inocente, contradicciones que hacen ilógica la aplicación de la justicia en ésta clase de delitos.

Respecto a la valoración de la prueba por parte del juzgador la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterio, señalando que para llegar al conocimiento de la verdad, el mejor medio lo constituye la estimación de todas las pruebas que obran en autos, no considerándolas aisladamente, sino adminiculando unas con otras:

“PRUEBA TESTIMONIAL, VALOR PROBATORIO DE LA.- No es bastante la afirmación de los testigos, en el sentido de que lo declarado por ellos, lo saben y les consta de vistas y de oídos, para concederle valor probatorio a su declaración, pues es menester que sus versiones coincidan con los que da el oferente de la prueba.”<sup>284</sup>

El valor jurídico de las pruebas están debidamente establecidos en los artículos 246 al 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mientras que en materia Federal se encuentran señalados en los artículos 279 al 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, haciendo éste último referencia a las pruebas de la confesión, documentales, a la inspección judicial, a las testimoniales, sin embargo en la prueba pericial, el artículo 288 de la ley adjetiva federal señala que “los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aún la de los peritos científicos, según las circunstancias del caso” el artículo en comento le otorga las más amplias facultades al juzgador para valorar las periciales de acuerdo al criterio del propio juzgador, hecho totalmente ilógico en virtud de

---

<sup>284</sup> Amparo directo, diciembre 4 de 1973, cuarta sala, séptima época, volumen 60, quinta parte, pág. 19.

que si bien es cierto el juzgador es el “perito de peritos” también lo es que se solicitan las periciales con la finalidad de que el juzgador tome en consideración sus argumentos y base su sentencia en los criterios sustentados por personas conocedoras en la profesión, arte u oficio respectivo.

Al respecto es aplicable la siguiente jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“PRUEBA, VALORACION DE LAS.- Es obligación de los tribunales de instancia analizar razonadamente todas y cada una de las pruebas que puedan influir en la condena del acusado, por lo que resulta violatorio de garantías la sentencia que en perjuicio del reo deja de considerar una o varias de las que podían favorecerle.”<sup>285</sup>

En efecto el juzgador tiene la obligación de tomar en consideración todas y cada una de las pruebas que se hayan ofrecido y desahogado conforme a los preceptos legales, sin embargo poner al arbitrio sobre la valoración de las periciales nos parece por demás peligroso para la seguridad jurídica de los gobernados que se ven involucrados en un proceso, mientras menos tenga que interpretar el juzgador es mejor. Lo que se necesita en los procesos penales es llegar a la verdad histórica, a la verdad de lo que realmente ocurrió, para que con ello se dicte una sentencia apegada precisamente a esa realidad. También la siguiente tesis

---

<sup>285</sup> Jurisprudencia 523, sexta época, Pág. 547, volumen XXXI, primera sala, segunda parte, apéndice 1917-1975.

jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es aplicable a la valoración de las pruebas.

“PRUEBAS, VALORACION DE LAS.- Para llegar al conocimiento de la verdad el mejor medio lo constituye la estimación de todas las pruebas que aparezcan en autos, no considerándolas aisladamente, sino adminiculando unas con otras, enlazando y relacionando a todas.”<sup>286</sup>

La prueba valorada aisladamente no es suficiente ni para dictar un auto de procesamiento, mucho menos para dictar sentencia definitiva condenatoria, ya que deben de existir diversos indicios o pruebas que hagan prueba plena en su conjunto debidamente relacionadas entre si, de no ser de esa forma se estarían cometiendo injusticias y absurdos que a la larga, afectaría a la estabilidad social.

#### **4.8. Los grados de conocimiento**

El natural estado de inocencia del que goza toda persona, trae aparejada, la exigencia de que para poder originarse en su contra un proceso penal, deban existir ciertos elementos probatorios que conmuevan esa posición, debe de surgir cierta sospecha en su contra, más adelante para decidir su situación procesal, podrá optarse por el procesamiento si cabe la probabilidad de que el hecho se haya cometido y que el imputado haya tenido participación en él, sólo así será factible que el proceso continúe su secuela progresiva, requiriéndose que ese nivel de probabilidad se mantenga a la hora de elevar la causa a juicio, el que una vez

---

<sup>286</sup> Amparo directo, 3815/1972, julio 16 de 1973, tercera sala, séptima época, volumen 58, cuarta parte, pág. 49.

agotado, sólo podrá dar lugar a una sentencia condenatoria si existe la certeza sobre aquellos extremos. Se advierte entonces que la gestión y progreso paulatino del proceso penal, únicamente puede tener lugar cuando el grado de conocimiento del juez con relación al hecho y la individualización de sus partícipes, vaya aumentando, teniendo como sustento objetivo las pruebas reunidas en él. Para superar las distintas etapas se refieren específicos grados intelectuales en ese sentido, y así para que sea factible la génesis de un proceso penal, para que pueda luego continuarse con la investigación estando el imputado ligado a la relación procesal, para que pueda elevarse la causa a juicio, y en definitiva para que se concluya en una decisión condenatoria, será preciso que las pruebas puedan ir edificando los tres grados que para ello se requiere y que con la sospecha, la probabilidad y la certeza.<sup>287</sup>

Debe de comprobarse la existencia del delito, en todos y cada uno de los elementos que contemple los elementos del tipo penal, para que pueda ser consignada una persona ante la autoridad judicial, en este sentido no debe de ser una simple sospecha de la existencia del delito, sino que debe de estar sustentada en pruebas plenas y al menos un cierto grado de certeza que esa persona haya cometido el delito que se le imputa, de lo contrario se estaría regresando a tiempos primitivos en donde por simples sospechas se condenaba a las personas a la hoguera acusadas de practicar la brujería.

Para el maestro Jeremy Bentham "...la sospecha como estado psicológico, es el recelo o la desconfianza que con relación a algo o alguien se forma en el ánimo, debido a las

---

<sup>287</sup>Cfr. JAUCHEN, Eduardo, "La prueba en materia penal", 3ª edición, Rubinzal- Culzoni Editores, Argentina, 1980, Págs. 44-46.

conjeturas que se elaboran tomando como base ciertos datos reales. La sospecha es tal si va acompañada de un gran margen de duda sobre el resultado de las conjeturas.”<sup>288</sup> Si existe la duda en relación a la responsabilidad penal de un procesado, se debe de absolver, esto en virtud de que el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal así lo señala, cabe hacer mención que es únicamente la autoridad judicial quien determinará si existe duda o no, en el caso de la existencia del cuerpo del delito al momento de consignar, el órgano jurisdiccional tendrá que negar la orden de aprehensión si es solicitada por el Ministerio Público y deberá de dictar un auto de libertad, cuando exista duda sobre la comprobación del cuerpo del delito.

Si surgen nuevos datos que hacen superar esa duda, o parte de ella, se pasará a otro grado que será la posibilidad y posteriormente la probabilidad, pero más allá de ese aspecto subjetivo, la ley procesal exige cierta entidad objetiva, en el sentido de que ese estado tenga como origen y sustento elementos ciertos existentes en el proceso y no el mero arbitrio del juez.

“Para que pueda convocarse a una persona para tomársele declaración indagatoria, es necesario que existan en contra de ella elementos que la incriminen con cierta entidad, suficientes por lo menos como para poder sospechar de que ha participado en el hecho ilícito que se investiga, deben para ello existir motivos bastantes, entendiéndose por tal la presencia de un fundamento serio y objetivo. De modo que la objetividad indica que ello

---

<sup>288</sup> BENTHAM, Jeremy, *op.cit.*, pág. 48.

debe de extraerse de algún elemento probatorio específico que ya se haya obtenido previamente y no obedecer a designios arbitrarios o marginales del juez.”<sup>289</sup>

De lo que se trata es de que el juzgador utilice lo menos que sea posible su arbitrio, debido a que la práctica cotidiana nos ha señalado los errores en los que incurren frecuentemente los juzgadores en el momento de dictar una resolución de fondo. Existen jueces honestos, muy capaces que dignifican la función jurisdiccional, sin embargo existen otros que no cumplen con el perfil de tan alta función, por ello proponemos que al momento de consignar el Ministerio Público deba de cumplir con los requisitos que se exigían hasta antes de la reforma de 1999, en donde se le otorgaba mayor seguridad jurídica a los gobernados. En el momento de que se le llame a declarar ministerialmente al probable responsable se debe de contar con cierta posibilidad de que se haya cometido el delito, sería ideal que no se le molestará para nada al ciudadano si no existen pruebas suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La probabilidad se da en el momento de decidir sobre la situación procesal del imputado, “...el instructor cuenta con tres opciones: el procesamiento, el sobreseimiento, o la falta de mérito, para poder decidirse por el primero será necesario que conforme a la investigación, se hayan obtenido elementos que lleven a superar aquella inicial sospecha hasta el grado de la probabilidad. Ello implica más que la mera posibilidad y estando referida la existencia del hecho y a la participación del imputado, requiere que los elementos positivos o incriminantes superen a los negativos o desincriminantes...”<sup>290</sup> De acuerdo a este autor la

---

<sup>289</sup> JAUCHEN, Eduardo, *op.cit.*, pág. 57.

<sup>290</sup> ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, *op.cit.*, pág. 211.

probabilidad debe de estar demostrada plenamente al momento de determinar el auto de plazo constitucional, ya no es tiempo de que exista la sospecha de que una persona haya participado en un delito ni mucho menos debe existir dudas sobre la existencia del cuerpo del delito y en caso de no existir tal, entonces deberá el juzgador de emitir un auto de libertad.

En relación a la certeza el maestro Leopoldo de la Cruz Agüero señala que “el estado de inocencia del imputado sólo será quebrantado mediante la sentencia condenatoria, para que ello sea posible, es menester que las pruebas obtenidas tengan en cuenta su eficacia, la aptitud suficiente como para hacer madurar en el estado intelectual del juez, el pleno convencimiento de la existencia del hecho y la participación del imputado en el mismo. La verdad histórica de esos extremos debe de ser alcanzada de manera tal que la noción ideológica que de ella se tiene se corresponda con la realidad. No es posible en materia penal elaborar una verdad formal o ficticia, tampoco es aceptable que se le obtenga (en el sistema de libre convicción y sana crítica) mediante pura intuición o exclusivas conjeturas, los extremos de la acusación tienen que ser comprobados de forma tal que resulten evidentes...”<sup>291</sup>

Estamos de acuerdo con el tratadista Leopoldo de la Cruz en virtud de que solamente mediante la sentencia el juzgador y la ley pueden determinar la culpabilidad de una persona, es en la sentencia en donde se pierde la inocencia para convertirse en responsable de una conducta criminal por el cual se le haya seguido proceso, adquiriendo por tanto el grado de certeza la responsabilidad del sujeto activo en la propia sentencia definitiva,

---

<sup>291</sup> CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 243.

siendo hasta antes de la sentencia y de acuerdo a la teoría general de la prueba un “probable” respecto a su participación en los hechos materia del proceso, pero en este caso siempre se le deberá de respetar su condición de inocente.

De la prueba que se obtenga una conclusión objetivamente unívoca en el sentido de no dar lugar a que del mismo material pueda simultáneamente inferirse la posibilidad de que las cosas hayan acontecido de diferente manera. Pues si los elementos existentes admiten una conclusión diferente, aceptable en cuanto a su criterio lógico en el mismo grado que aquella que incrimina al imputado, se estará sólo ante contingencias equívocas que en manera alguna pueden legitimar un quebranto del estado de inocencia. En otros términos es imprescindible no solamente superar toda duda sobre los hechos, sino también fundamentalmente, la mera probabilidad sobre los mismos, al momento de la decisión final no basta que los elementos convergentes superen a los divergentes, sino que es menester que aquellos tengan suficiente idoneidad como para edificar solidamente en el juzgador la plena convicción de haber obtenido la verdad. A su vez es importante destacar que dentro del sistema de la sana crítica o libre convicción en cuanto a la valoración de la prueba, ese grado de certeza se debe de obtener únicamente de las pruebas que se hayan producido regularmente en la causa, debiendo el tribunal fundar su decisión dando las razones analíticas de las cuales se desprende su subjetiva certeza que se corresponde objetivamente con aquellas pruebas.<sup>292</sup>

Estamos de acuerdo con el maestro Jauchen debido a que no es suficiente que se tengan veinte testigos de cargo por el delito de enriquecimiento ilícito, ya que si no existe un

---

<sup>292</sup> Cfr. JAUCHEN, Eduardo, *op.cit.*, pág. 62.

documento que acredite a esa persona como servidor público, por lo tanto no se podrá proceder en contra del mismo, las testimoniales no son idóneas para determinar si una persona es autoridad.

El estado de inocencia del imputado como uno de los principios fundamentales que gobierna el proceso penal, trae necesariamente como derivación, la exigencia para el órgano jurisdiccional de que para poder llegar a una conclusión condenatoria se haya obtenido el pleno convencimiento sobre los extremos de la acusación con grado de certeza, de forma que la duda sobre alguno de los extremos aludidos impone una decisión absoluta que con fuerza de cosa juzgada, mantenga aquél estado de inocencia que no ha podido ser desvirtuado. Este principio denominado antiguamente *in dubio pro reo* cuya traducción lleva claramente el enunciado de que en caso de duda se estará a favor del imputado, de tal modo que no solamente es una pauta indicativa sobre la forma en que el órgano jurisdiccional debe valorar la prueba, sino una exigencia que no puede soslayar.

Para el maestro Jorge Vázquez Rossi, "...el estado de duda resulta así de relevancia vinculante al momento de dictar una sentencia, pero solamente con referencia al aspecto puramente fáctico, ya que la duda en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley, a pesar de las numerosas polémicas suscitadas en la doctrina, no da lugar a la aplicación del principio." <sup>293</sup>

---

<sup>293</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, "El principio *in dubio pro reo* en relación a la defensa", 3ª edición, Sentis Melendo, Argentina, 1983, pág. 25.

Cabe hacer mención que solamente al momento de dictarse la sentencia definitiva, es cuando el juzgador y en base a la insuficiencia de pruebas que comprueben la participación de un individuo en algún hecho delictivo, se debe de determinar su culpabilidad plena, sin embargo desde nuestro punto de vista podemos hacernos la siguiente pregunta ¿cuál sería la finalidad del Estado al someter a juicio a una persona, cuya responsabilidad no está bien determinada? pensamos que ni la teoría de la retribución, ni las teorías de la prevención especial ni la general, dan ninguna respuesta, de hecho no existe ninguna, puesto que en el momento en que se ejercita acción penal en contra de una persona es con la finalidad de que una autoridad judicial determine sobre la culpabilidad o no de la persona, no obstante lo anterior el Ministerio Público ni la autoridad jurisdiccional deben de someter a proceso a ninguna persona si la conducta no reúne los mínimos requisitos para que se pueda someterse a juicio, los requisitos son la comprobación del cuerpo del delito con todos los requisitos establecidos en los elementos del tipo, como es la acción u omisión, la forma de intervención del sujeto activo, el dolo o la culpa, la calidad del sujeto activo o pasivo si lo requiere el tipo penal, el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión, la comprobación del objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

## CAPITULO QUINTO

### LA INTEGRACION DEL CUERPO DEL DELITO COMO GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

A través del tiempo se ha integrado el cuerpo del delito de diferente forma, de tal suerte que en la actualidad al menos a nivel federal solamente es necesario acreditar los elementos objetivos, y normativos para la acreditación de un delito, cosa que desde nuestro punto de vista es inadecuado, porque atenta en contra de la garantía de seguridad jurídica de los gobernados.

#### 5.1. La averiguación previa

La integración del cuerpo del delito es una actividad, a cargo del Ministerio Público durante la investigación ministerial previa y durante la instrucción tiene su fundamento en imperativos de carácter legal, esto es en la ley procesal.

Rivera Silva opina que la averiguación previa “...principia en el momento en que la autoridad investigadora tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso o que aparentemente reviste tal característica y termina con la consignación.”<sup>294</sup>

---

<sup>294</sup> RIVERA SILVA Manuel, *op.cit.*, pág. 97.

En esta fase de la averiguación previa es cuando el Ministerio Público tiene el carácter de autoridad y sus determinaciones incluso pueden ser combatidas por medio del juicio de amparo, dicha fase se caracteriza porque el funcionario en cuestión deberá de investigar si en efecto existe delito y si existe la probable responsabilidad penal de una persona, si es afirmativo entonces deberá de consignar el expediente ante un juez, quien se cerciorará si existe la conducta criminal y si en efecto hay responsabilidad probable.

Para el estudio de la averiguación previa se puede dividir en cuatro partes:

- a) La recepción.
- b) La investigación.
- c) La determinación.
- d) La consignación.

### **5.1.1. La recepción**

Esta primera fase está conformada por el conocimiento de hechos o circunstancias plasmadas en la denuncia o querrela.

En el trámite ordinario en relación a la mayoría de los delitos contenidos en la parte especial del ordenamiento jurídico son la denuncia verbal o escrita que se recibe en las oficinas del órgano designado para ello por disposición constitucional, el Ministerio Público o si se quiere ante cualquier servidor público de la Procuraduría y como regla excepcional la policía judicial cuando en el lugar de los hechos no exista agencia del Ministerio Público, esto así lo establecen y delimitan algunos códigos procedimentales de los Estados como por ejemplo en Zacatecas, Oaxaca, Baja California Norte, Veracruz, entre otros, dicha circunstancia obliga a poner en movimiento a la institución del Ministerio Público, esto es, la maquinaria ministerial y su sistema de prosecución al ser receptores de los hechos, circunstancias o situaciones que están evidenciando un delito, formalmente procederán a llevar a cabo la diligenciación de todas aquellas actuaciones que estén destinadas a cubrir la materialidad del tipo penal, motivo y razón de su proceder de oficio y llevar a cabo otras tantas actuaciones que complementan su función de carácter administrativo, legal y formal según sea el caso a estudio, pero todo ello emana de la recepción de los sucesos ya que si estos nunca llegan al conocimiento del Ministerio Público, no existe la funcionalidad de esta institución y por consecuencia la acción oficiosa, acusatoria anónima no puede tener la debida eficacia si esta acción no se lleva a cabo, caso contrario será el Ministerio Público quien salga de su oficina y realice todo el conjunto de actuaciones cuando se requiera su presencia tratándose de ilícitos contra la vida, daños

culposos o intencionales, cuando los vehículos no puedan trasladarse o de bienes inmuebles hasta donde tendrá que recurrir dicho agente.<sup>295</sup>

En la recepción es donde el Agente del Ministerio Público recibe la noticia criminal echándose a andar la maquinaria del Estado, que puede dar como resultado la consignación de los hechos ante un juez siendo la querrela o de la denuncia un requisito básico para que pueda actuar, ya que si no recibe la noticia y actúa por cuenta propia pudiera darse una violación de garantías individuales en perjuicio de los gobernados. Si bien es cierto de que goza de amplias facultades para investigar, también lo es que toda autoridad deberá de sujetarse a lo establecido por la ley el servidor público de fincársele responsabilidad no solamente civil, sino también penal.

Por lo general, dentro de la fase receptiva, se hacen llegar testigos (clasificándolos según el delito) documentos u otros medios u objetos, que venga a estructurar el ilícito, como por ejemplo el arma, la ropa, llaves, zapatos, pero éstas pruebas prácticamente las recibe en su oficina y no sale de ella para integrar su investigación ministerial previa, aquí dicho órgano deberá de utilizar la técnica valorativa, manejando preceptos, principios, rasgos culturales que lo ilustren o lo motiven.

Tendrán que agregarse a la fase receptiva para ilícitos que no necesiten indagaciones establecidas en la ley las siguientes:

“a) Testigos.

---

<sup>295</sup>Cfr. PRIERO -CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *op.cit.*, págs. 231-232.

“b) Documentos, dependiendo de sus modalidades del delito.

“c) Actuaciones y diligencias policíacas.

“d) Inspecciones.

“e) Diligencias diversas que no necesitan investigación, sino que requieren sólo el levantamiento de ellas como constancias de hechos, de documentos.

“f) Fe ministerial, que aunque no es ni debe considerársele como prueba, es simple y llanamente una facultad exclusiva que le da legitimidad y legalidad a todo lo actuado.”<sup>296</sup>

El Ministerio Público en la etapa de ministerial no realiza la función de investigador en virtud de que solamente se encuentra en sus oficinas, requiriéndole al ofendido o al denunciante los testigos, o documentos necesarios para acreditar el cuerpo del delito, creemos necesario que la función investigadora que le confiere la constitución debe de realizarla como un auténtico funcionario investigador y no solamente receptor de pruebas.

---

<sup>296</sup> ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, *op.cit.*, pág. 231.

### 5.1.2 La investigación

Esta es la fase más trascendental, técnica, objetiva, legal y procedimental “...porque en ella se fundarán los postulados incuestionables de la imputabilidad, de la culpabilidad y por supuesto de la carga de la prueba no solamente para el momento de la integración de la investigación ministerial previa, sino también en la instrucción en el juicio, hasta lograr la sentencia condenatoria justa, apoyada en la ley.”<sup>297</sup> Con esta fase la función persecutoria, cobra real y verdadera relevancia legal, con base en la Constitución en donde el Ministerio Público se convierte en un auténtico investigador, cuya actividad principal proveniente de esa facultad expresada en la ley máxima le permita, lo obligue y lo condicione a realizar diligencias que tengan como fin, encontrar todas aquellas pruebas, medios, instrumentos o cualquier otro tipo de elementos.

Esta fase encierra tecnicismos, objetivos, metodología y resultado, ya que utiliza como tal el campo de la indagación científica, para la integración de las investigaciones ministeriales, será la base medular de un final incuestionable positivo para la obtención de resultados en materia de procuración de justicia, con la praxis de la técnica tanto la defensa del acusado cobrará mayor eficacia y preocupación en los efectos de la defensa del acusado, como la acuciosidad en el análisis valorativo probatorio que efectuará el juzgador, desde el término constitucional hasta el momento que se emita una sentencia definitiva.

La investigación técnica debe de encaminarse a realizar todas las diligencias probables tendientes, a descubrir la verdad histórica. Es una fase de averiguación o indagación, sujeta

---

<sup>297</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José, *op.cit.*, pág. 198.

a una comprobación investigatoria cuya búsqueda nos denote un resultado. La investigación ministerial tiene que provenir de la manifestación, calificados como delitos y plasmados a través de la expresión descrita ya en una denuncia, en una querrela o un ilícito oficioso, en donde dicho órgano tendrá que utilizar todo su ingenio y técnica de investigación para lograr recibir los datos que realmente necesite para que primeramente los ubique como actos preiniciales, después como actos indiciarios y posteriormente como pruebas.

De esta fase se deben de manejar los siguientes niveles:

“a) Receptor de hechos, actos circunstancias, evidencias y medios probatorios, los cuales deben primero entender, captar, interpretar y posteriormente en su conjunto investigar.

“b) Tener contacto directo con la víctima, los familiares de la víctima, testigos y otras probanzas relacionadas con el hecho delictivo.

“c) Como tercer nivel, manejar todo lo anterior, ya como elemento de prueba para acreditar el tipo penal, la probable responsabilidad o el juicio valorativo técnico y legal, sobre la o las sospechas para la captura o detención del probable ejecutor del ilícito.

“d) Por último valorar todas las circunstancias, ya como prueba para remitirlo con ese sentido legal al momento de la consignación.”<sup>298</sup>

---

<sup>298</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *op.cit.*, pág. 231.

La fase de investigación radica en realizar todas aquellas diligencias establecidas en la ley para comprobar si en efecto existe o no delito en los hechos denunciados y si existe la probable responsabilidad de una determinada persona. La investigación debe versar sobre dos aspectos, uno práctico y el otro legal, el primero enfocado a la técnica de campo (se debe de investigar el lugar de los hechos, los momentos, las circunstancias y peculiaridades del evento, los datos que denoten evidencias que vengán a asentarse como verdades lógicas interpretativas, ya diligenciadas bajo un sistema informativo de acción directa sobre dicho ilícito) el segundo porque todas las diligencias que realiza el órgano ministerial estarán sujetas a las reglas establecidas para un fin, tanto en la Constitución (cosa que no existe) como en la ley adjetiva penal, así también en todos aquellos que están regulados por el ordenamiento, pero que vendrán a dar luz o provocarán una visualización más completa de los hechos, siempre y cuando no vayan en contra del propio Derecho, amén de que esta regulación debe de ser precisa, técnica, clara y necesaria.

Los únicos medios de prueba directa son la inspección y la documental, nosotros somos partidarios de la prueba tasada, en virtud de que ello provocaría mayor seguridad jurídica a los gobernados.

También somos de la opinión que el Ministerio Público debe de avocarse a la investigación de los hechos constitutivos del delito, pero basándose en las reglas establecidas, es decir, debe de comprobar en todas las consignaciones, la forma de intervención de los sujetos, el dolo o la culpa, las calidades de los sujetos activos o pasivos que el tipo lo requiera, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, se debe de comprobar el objeto material,

los medios utilizados, circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión y las demás circunstancias que la ley prevea.

Consideramos que realmente el órgano ministerial como órgano técnico que es, está obligado a cumplir con todas las exigencias que se establezcan en la ley. Comprobar el cuerpo del delito en la actualidad por parte del Ministerio Público es comprobar la conducta como mejor les parece, es decir, como puede y quiere el Ministerio Público comprobarlo ya que la ley adjetiva federal no le exige realizar determinadas diligencias más que comprobar los elementos objetivos y normativos, sin embargo por experiencia propia nos damos cuenta que también el juzgador determina en base a su arbitrio la comprobación o no de dicho cuerpo, es por eso que existe una gran rivalidad entre el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional, porque lo que es para uno, no lo es para el otro, lo que proponemos es el establecimiento de todos aquellos requisitos que hasta antes de la reforma de 1999 existían y, que la propia ley les denominaba elementos del tipo penal.

No obstante lo anterior después de la reforma nos damos cuenta que el cambio de nombre en nuestras leyes de elementos del tipo por cuerpo del delito, semánticamente no representa ningún problema, sin embargo a nivel jurídico vemos cómo se eliminaron requisitos básicos no solamente a nivel del cuerpo del delito, sino a nivel de la responsabilidad, siendo dichas reformas contrarias a las garantías de seguridad jurídica y de certeza jurídica que deben de prevalecer en toda sociedad civilizada.

En el Derecho adjetivo, el Ministerio Público ha de realizar las siguientes diligencias:

“a) Las obligatorias, que están señaladas en la ley para la comprobación de los delitos o para algunos en forma particular.

“b) Las discrecionales, son aquellas que sin estar expresamente señaladas en la ley, sean necesarias lógicamente para la acreditación de los elementos del tipo penal, por ejemplo las encaminadas a descubrir la acción ejecutada con un delito, utilizando los adelantos técnicos y científicos.”<sup>299</sup>

Las diligencias que debe de realizar el Ministerio Público para tener por comprobado el cuerpo del delito y la responsabilidad de una persona, deben de basarse en reglas claras y no en reglas discrecionales para la autoridad. La redacción de algunos delitos está viciada de origen, atentando con ello en contra de la constitución y de las leyes secundarias, al establecer la presunción de culpabilidad, como sucede en la redacción del tipo penal de enriquecimiento ilícito que a la letra dice:

Artículo 275 del Código Penal para el Distrito Federal.- “Comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia.

“Para determinar el enriquecimiento del servidor público, se tomarán en cuenta los bienes a su nombre y aquéllos respecto de los cuales se conduzca como dueño, además de lo que al respecto disponga la legislación sobre responsabilidades de los servidores públicos.”

---

<sup>299</sup> UROSA RAMÍREZ, Gerardo, *op.cit.*, pág. 23.

La redacción del artículo en análisis establece en perjuicio del probable responsable una peligrosa inversión de la carga de la prueba, mismo que contradice el principio de presunción de inocencia, aceptado en nuestro sistema penal, al establecer una proposición normativa acerca de la verdad o exigencia del hecho de enriquecimiento ilícito, únicamente por falta de la prueba, es decir, con tales disposiciones propiamente se ha establecido una presunción *iuris tantum* sobre la existencia del delito en cuestión, aunque el aumento del patrimonio fuere legítimo, partiendo únicamente de la circunstancia de que el servidor no pudiese comprobar el legítimo aumento de su patrimonio. Por otra parte, se trata de una grave infracción en materia de prueba, al establecer la exigencia de ésta a cuestiones negativas.

Se debe de recordar el decreto de promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en Nueva York en Estados Unidos de América, el 19 de Diciembre de 1966, pacto que fue aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el día 18 de Diciembre de 1980, en cuyo artículo 14 establece que toda persona tiene derecho a su presunta inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley. Así mismo el Decreto de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecida en la ciudad de San José de Costa Rica, el día 22 de Noviembre de 1969, también lo señala. El hecho de que no se respeten los pactos en algunas legislaciones la presunción de inocencia acarrea el problema de que se violentan las garantías individuales de los ciudadanos, dando como resultado más delitos.

En el tipo penal de enriquecimiento ilícito, el Ministerio Público debe en primer lugar de acreditar, que el probable responsable es servidor público, cosa que la ley también le da

amplísimas facultades para demostrarlo como mejor quiera y pueda, en segundo lugar debe de cerciorarse que no haya acreditado el legítimo aumento de su patrimonio, siendo necesarias estas dos circunstancias para que el Ministerio Público consigne los hechos ante el juzgador para que se le dicte su auto de formal prisión y consecuentemente la sentencia correspondiente.

La investigación del Ministerio Público se va a basar únicamente en esas dos circunstancias, aunque dicho precepto vaya en contra de la Constitución y en contra del principio jurídico de presunción de la inocencia, en estos casos es donde el procurador en turno debería de influir en el Congreso respectivo para redactar en una forma adecuada el tipo penal de enriquecimiento ilícito y no influir para consignar a todos los casos en que se llegue a emitir una denuncia o una querrela. La burocracia en procuración de justicia se refleja en la idea de que la institución es solamente una oficina de trámite en donde su obligación es consignar y el juzgador sentenciar, en efecto éste último es quien decide, sin embargo creemos que el Ministerio Público en la actualidad no cumple con las expectativas sociales que de ella se requieren, en primer lugar porque no investiga, sino que solamente es receptor de indicios y pruebas que le aporta la víctima o el ofendido de los hechos delictivos, en segundo lugar también el legislador es quien no ayuda a la institución del Ministerio Público, en virtud de que en ocasiones las leyes son oscuras e imprecisas.

Los Códigos de Procedimientos Penales, indican que “cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la policía investigadora lo hará constar en el acta o parte que levante, según el caso, recogiendo si fuera posible” según lo señalan artículos 94 del Código de Procedimientos Penales del

Distrito Federal y 168, 181 y demás relativos del Código Federal de Procedimientos Penales.

Jesús Martínez Garnelo señala que “...de los elementos probatorios que se hayan logrado acumular durante la investigación previa, dependerá que el cuerpo del delito resulte comprobado, es innegable que la actividad del Ministerio Público, durante la etapa mencionada, tiende esencialmente a la integración del *corpus delicti*, esa es una función característica.”<sup>300</sup> En efecto, de la adecuada investigación ministerial dependerá que el cuerpo del delito quede comprobado o a *contrario sensu* que el representante social no logre la suma de pruebas para acreditar los hechos constitutivos del delito, en tal caso no podrá consignar el expediente ante la autoridad judicial y si lo hace el juzgador está obligado a negar la orden de aprehensión o en su caso a dictar un auto de libertad.

Para comprobar que ha habido un incendio o una inundación basta la fe del juez de haber presenciado ese incendio o esa inundación, base en que descansan las investigaciones o diligencias especiales posteriores, para aclarar si tales hechos fueron intencionales o casuales. Para comprobar un homicidio, unas lesiones, un robo con fractura u horadación, basta que el juez de fe de haber visto las consecuencias directas y necesarias del hecho delictuoso, la existencia de un cadáver con tales y cuales lesiones, de una persona herida de tal o cual forma, de una caja fuerte fracturada, así pues cabe indicarse que la diligencia judicial del juez que practica las primeras diligencias, será la base y continuidad en que descansa la comprobación del cuerpo del delito.<sup>301</sup>

---

<sup>300</sup> MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *op.cit.*, pág. 133.

<sup>301</sup> Cfr. MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *op.cit.*, págs. 233-234.

Cabe hacer mención que en la etapa ministerial, quien debe de dar fe y practicar todas aquellas diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona, es el agente del Ministerio Público, el juez por su parte debe basarse en las pruebas aportadas por las partes en el proceso, y si una de ellas le solicita la práctica de una diligencia, entonces deberá de practicarla siempre y cuando se haya ofrecido cumpliendo con los requisitos legales, así mismo creemos que el tribunal no tiene por qué comprobar si el delito fue doloso o culposo ya que la obligación es del agente del Ministerio Público el de aportar los elementos probatorios.

Es muy importante, por ende, "...establecer la reunión de exámenes periciales y métodos científicos de las primeras diligencias, que como regla deberán de desarrollarse sobre el mismo sitio de los acontecimientos por el propio juez, expertos o la policía verdaderamente técnica y no abandonarse como sucede en nuestras más pobres localidades al descuido y a la torpeza de los más ignorante gendarmes o comisarios que en lugar de descubrir, pierden o inutilizan los mejores vestigios del delito y de sus autores, si quiera como precaución elemental aunque insuficiente se recomienda el levantamiento de planos, la fotografía (sobre todo la fotografía métrica) de lugares y objetos, guarda y conservación de los mismos." <sup>302</sup>

El problema de que la autoridad ministerial no conserva el lugar de los hechos es bien conocido, el hecho más relevante fue el lugar en donde fue asesinado Luis Donaldo Colosio en donde se construyó una plaza con su nombre, modificando totalmente el lugar, de tal suerte que con posterioridad a los hechos, ya no se pudo seguir practicando ninguna

---

<sup>302</sup> CLARIA OMEDO, Jorge A. *op.cit.*, pág. 231.

diligencia debido a su modificación. Creemos que en algunas ocasiones no se conserva el lugar de los hechos con la finalidad de que no se llegue a demostrar la culpabilidad de una persona, pero en otros casos es la ignorancia de los servidores públicos, quienes no toman en consideración que ya radicado el expediente ante el juzgado se pueden realizar otras diligencias, como por ejemplo la toma de huellas digitales en el arma homicida, o el rastreo hemático (sangre), la pericial en criminalística, etc.

El tratadista Eduardo Jauchen, opina que "...la comprobación del cuerpo del delito conduce al capítulo la forma en que debe de demostrarse éste, o lo que es lo mismo, cómo se debe de acreditar la existencia de los actos típicos. La acreditación puede realizarse de manera directa o indirecta cuando lo que se acredita es determinado elemento o elementos, del cual se puede inferir lógica y naturalmente la existencia del acto, así los medios indirectos nunca se comprueban de manera mediata o indirecta y es lo que bien podría llamarse presuncional, debido a que acreditan algo de lo cual se infiere el acto previsto en el delito legal.”<sup>303</sup>

Las presunciones son indicios de que una persona pudo haber cometido una conducta delictiva, sin embargo, para dictar una orden de aprehensión o dictar un auto de procesamiento el cuerpo del delito tiene que estar comprobado forzosamente, no debe de quedar duda alguna en este apartado.

---

<sup>303</sup> JAUCHEN, Eduardo, *op.cit.*, pág. 142.

Para el maestro Jesús Martínez, de acuerdo a nuestras leyes positivas, encontramos que los delitos, en lo relativo a la comprobación del cuerpo del delito se pueden comprobar de la siguiente manera:

“a) Los delitos cuyo cuerpo se comprueba directamente.

“b) Los delitos cuyo cuerpo se comprueba en forma indirecta, probando ciertas situaciones.

“c) Los delitos cuyo cuerpo se comprueba por cualquiera de las dos formas antes enunciadas.”<sup>304</sup>

En los delitos del primer grupo se observa lo establecido por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde para comprobar el cuerpo del delito se debe de demostrar la existencia del acto previsto en la ley, esto es, lo que encaja en la descripción legal. El artículo 168 último párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales señala que “el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.” Como se desprende de la ley, se le otorgan las más amplias facultades a la autoridad para demostrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sin sujetarse a ninguna prueba en específico, a excepción de las lesiones señaladas en los artículos 169 y 170 de la ley adjetiva federal, en el delito de homicidio señala el artículo 171 de la misma ley que se deberá “...de practicar la inspección del cadáver, describiéndosele minuciosamente y se recabará el dictamen de

---

<sup>304</sup> MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *op.cit.*, pág. 135.

los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron la muerte. Si hubiere sido sepultado se procederá a exhumarlo.”

El artículo 172 de la ley adjetiva federal señala que “cuando el cadáver no se encuentre o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos en vista de los datos que obren en el expediente, declararen que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas”, aquí se deduce que hay testigos de que fue privada de la vida una persona y que por diversos motivos no se encontró el cadáver, sin embargo consideramos que la opinión de los peritos es determinante para poder señalar que tal o cual persona fue muerta por otra persona, es necesario que por los diversos medios probatorios establezcan que el occiso recibió lesiones mortales por medio de testigos, documentos y toda aquella probanza que acredite el tipo de lesión que recibió.

El artículo 173 del Código Federal de Procedimientos Penales, prevé que “en los casos de aborto o de infanticidio, además de las diligencias mencionadas en los artículos 171 y 172, así como de cualesquiera otras que resulten pertinentes, en el primero también reconocerán los peritos médicos a la madre, describirán las lesiones que presente y dictaminarán sobre la causa del aborto. En uno y otro caso expresarán la edad de la víctima, si nació viable y todo aquello que pueda servir para fijar la naturaleza del delito.” Al respecto podemos comentar que si bien es cierto que la Procuraduría General de la República tiene la facultad de atracción, es decir, que tiene la facultad para conocer de delitos del fuero común que por su trascendencia o importancia sean relevantes socialmente. También es cierto que en ocasiones se contraponen las legislaciones del fuero común y del fuero federal en cuanto a

los nombres de los tipos penales y sus respectivas penalidades. Por ejemplo en el CPF se establece el delito de homicidio en razón del parentesco señalándose en el artículo 323, la penalidad es de 10 a 40 años de prisión, y en el CPDF existe su similar que es el delito de homicidio, artículo 125, cuya penalidad va de 10 a 30 años de prisión, la característica de este delito es que la víctima es un ascendiente o un descendiente consanguíneo en línea recta, creemos que este delito no debería de ser considerado en el CPF, ni el hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro, incesto, adulterio, amenazas, violencia familiar, injurias; consideramos que este tipo de delitos no representan por sí mismos ninguna trascendencia social a nivel federal, desde luego que dichos delitos afectan a bienes jurídicos tutelados, pero eso no es suficiente para que el CPF lo establezca en su contenido, por lo que corresponde a la legislación del fuero común, también la comprobación del cuerpo del delito de tales ilícitos se encuentran contemplados del artículo 94 al 124 del CPPDF.

En cambio, entre los tipos penales cuyo cuerpo del delito se comprueba por cualquiera de las dos formas antes enunciadas, encontramos “...al robo, peculado, abuso de confianza y fraude. En el orden federal deben de agregarse los delitos contra la salud y el peculado.”<sup>305</sup>

Por lo que hace a este grupo de delitos, que son los más, la legislación no establece la forma en que se debe de comprobar el cuerpo del delito, motivo por el cual creemos que este sistema no es el más seguro, para otorgarle al ciudadano común y corriente la seguridad jurídica que necesita, de antemano deben de existir reglas claras y precisas de la forma en que se deben acreditar las conductas delictivas y lo contrario sería darle libertad al juzgador para que a su arbitrio pudiera determinar qué conductas están acreditadas como

---

<sup>305</sup> ROSAL, Juan del. *op.cit.*, pág. 187.

delictivas y en qué casos no, éste último consideramos que es característico de una sistema penal arbitrario y dictatorial, pues la democracia no se limita únicamente al sufragio que hace la sociedad para elegir a sus representantes, sino que implica el compromiso de que lo que se haga por parte del gobierno, debe de ser con la finalidad de otorgarle seguridad jurídica a los ciudadanos para que puedan desarrollarse en su vida familiar, profesional, laboral, económica, es decir en todos los aspectos de la vida social.

En los delitos del tercer grupo “...el cuerpo del delito se debe de comprobar en primer lugar con la regla general, pero como el legislador estima que los actos informantes de dichas infracciones pueden presentar dificultades en sus verificaciones, fija también comprobaciones especiales como las de los delitos cuyo cuerpo se comprueba en forma indirecta (artículos 170, 171, 172, 173, 176, 177, 179 del CPPF y de los artículos 109 bis, 111, 112, 113, 114, 115, 118 y 119 del CPPDF...”<sup>306</sup> las reglas deben de ser claras y precisas para poder integrar el cuerpo del delito, es decir, deben de señalarse en la ley, como por ejemplo en el artículo 115 CPPDF, se señala expresamente que “Para comprobar el cuerpo del delito de violencia familiar deberán acreditarse las calidades específicas y circunstancias de los sujetos señalados en los artículos 200 y 201 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, además de agregarse a la averiguación previa los dictámenes correspondientes de los peritos en el área de salud física y mental, según lo señalan los artículos 95, 96 y 121 del presente Código.” En éste delito el legislador determinó que el Ministerio Público debe de acreditar:

- a) las calidades específicas.

---

<sup>306</sup> BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, *op.cit.*, pág. 165.

- b) Circunstancias de los sujetos.
- c) Dictámenes de peritos en salud física.
- d) Dictámenes de peritos en salud mental

Cuando menos en este delito, sí se establece la forma clara sobre las situaciones que se deben de comprobar, para tener por acreditado el cuerpo del delito, si no se llega a comprobar que el sujeto activo sea padre, tutor, familiar o persona que viva o tenga acceso a la vivienda no se acreditará el cuerpo del delito, así en cada delito se deberá de señalar con precisión estas circunstancias, es de suma importancia que se acrediten las calidades específicas por medio de pruebas idóneas.

El maestro Jesús Garnelo opina que "...si en un caso concreto es posible comprobar todos los elementos del delito, aunque el legislador señale reglas especiales, siempre son supletorias ante la dificultad de la prueba de todos los elementos...".<sup>307</sup>

Es importante que se señale en la ley las pruebas que se deben de acreditar para cada delito ya que si se le deja en completa libertad al órgano jurisdiccional o al agente del Ministerio Público, para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, dicha situación trae como consecuencia inseguridad jurídica. Desde nuestro punto de vista no se le debe de entregar toda la facultad a los funcionarios encargados de procurar y administrar la justicia, hasta en tanto no esté comprobada la honestidad, capacidad y sapiencia de estas personas.

---

<sup>307</sup> MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *op.cit.*, pág. 135.

Desde luego que se pueden distinguir los delitos en transitorios y permanentes, según que por su naturaleza ordinaria dejen huellas materiales, como el homicidio o el aborto, o no produzca ninguna como por ejemplo las injurias verbales, desobediencia, ocultación de nombre. El cuerpo del delito en éstos últimos (las palabras injuriosas o el acto desobediente) sólo podrá comprobarse por los mismos elementos que la responsabilidad o intervención de su autor, pruebas personales de testigos, informes, presunciones, con excepción ordinariamente de la confesión. En cambio en las primeras la prueba material es a todas luces preferente.<sup>308</sup>

En los delitos que dejen huellas materiales de su perpetración, se deben de presentar pruebas materiales que acrediten la afectación al bien jurídico protegido, en los delitos de resultado formal pueden ser preferentes la presentación de testigos, informes o presunciones, la rendición de dictámenes periciales, ello con la finalidad de que se determine si hubo o no afectación en la psique de la víctima.

Las pruebas materiales o reales son pruebas de demostración y las morales o personales son sólo pruebas de confianza, por eso las primeras deben de considerarse como principales y las segundas como accesorias o supletorias, aquellas deben de practicarse precisamente siempre que puedan tener lugar, esto es, siempre que los delitos dejen rastro permanente, como los de homicidio, heridas, falsificación y otros que se pueden conocer por señales físicas, estas sólo deben adoptarse cuando no son posibles aquéllas, es decir, cuando los delitos son transitorios y no dejan rastro, como los robos simples y las injurias de palabras,

---

<sup>308</sup> Cfr. BARRITA LÓPEZ, Fernando, “Averiguación previa; enfoque interdisciplinario”, 5ª edición, Porrúa, México, 2000, págs. 65-67.

y aún entonces no ha de dárseles otro carácter que el de supletorias. Este orden y este valor respectivo de las pruebas no pueden invertirse sin grave riesgo de caer en el error y en el engaño, por ejemplo, un homicidio por testimonio de personas que vieron muerto a un individuo con señales que no dejan duda de la violencia cometida, por la falta o desaparición de este individuo, por los rastros de sangre, por la opinión pública, por antecedentes que fortifiquen esta creencia y todavía no podrá negarse la posibilidad del error, porque la suplantación, la falacia y falsificación y la credulidad han podido dar las apariencias de realidad del supuesto hecho, como se ha visto más de una vez, pero si se justifica con pruebas materiales, examinando el juez por sí mismo el cadáver y asegurándose de que se le privó de la vida por mano.<sup>309</sup>

En efecto, el cuerpo del delito se acredita en el homicidio no solamente con el cadáver del fallecido, sino que además es necesario la autopsia respectiva para determinar que la muerte fue producida por un hecho no natural y provocado por otra persona, si tal cuestión no se acredita no obstante que se encuentre el cadáver de la víctima, no será delito, es decir el hecho del fallecimiento no será trascendente para el Derecho Penal.

Es importante dejar claro que es obligación del legislador cerrar las aristas que se pudieran dejar en la ley y que pudiera provocar en el aplicador del Derecho confusiones que implicaran el sometimiento de personas inocentes a proceso, como por ejemplo en el caso de homicidio cuando no se encuentre el cadáver son necesarias para acreditar el cuerpo del delito las declaraciones de testigos y el dictamen de un médico, puede darse el caso que al final del proceso o en el peor de los casos una vez que ya se ha dictado sentencia, resultare

---

<sup>309</sup> Cfr. ROSAL, Juan del. *op.cit.*, págs. 178-179.

que el deceso no fue producto de las lesiones sino de otras causas totalmente ajenas, tal como lo señaló Antonio Martínez de Castro en la exposición de motivos del Código Penal de 1870 “...nada tiene de raro que un hombre herido mortalmente, fallezca de una apoplejía fulminante o de cualquier otra causa repentina diversa de la herida.”<sup>310</sup>

Jesús Martínez Garnelo señala que “...conforme a nuestro sistema, para probar e imputar un homicidio, no basta acreditar una herida y un fallecimiento posterior, sino que es preciso demostrar también la relación de una causa a efecto entre la una y el otro y eso sólo puede hacerse pericialmente...”.<sup>311</sup> También cabe hacer mención que en el sistema jurídico mexicano, la ley le da las más amplias facultades al juzgador para que de acuerdo a su arbitrio determine entre varios peritajes, el más adecuado, por que el juzgador es el perito de peritos y es quien determina el peritaje real.

Barrita López menciona que “faltando la fe del cadáver y el dictamen de los expertos, probablemente no podría consignarse a nadie por homicidio aunque hubiera cien testigos de un delito, ni aunque estuviera perfectamente confeso del mismo el presunto autor...”.<sup>312</sup>

El dictamen de un experto es una aportación que hace una persona que tiene conocimientos especiales en un arte, oficio o ciencia y por lógica ni el Ministerio Público ni el juzgador pueden comparar sus conocimientos con un experto, en virtud de que para eso se les llama, para que den su opinión en relación a determinada interrogante que se presente en la averiguación de una conducta criminal.

---

<sup>310</sup> AMUCHATEGUI REQUEMA, Irma Griselda, *op.cit.*, pág. 232.

<sup>311</sup> MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *op.cit.*, pág. 200.

<sup>312</sup> BARRITA LÓPEZ, Fernando, *op.cit.*, pág. 79.

### 5.1.3. La determinación

Juan Palomar de Miguel considera que la determinación consiste en “...fijar los términos de una cosa, señalar un plazo, discernir, distinguir, fijar, señalar una cosa por algún efecto, tomar resolución. Der. Sentenciar es una resolución influenciada a través de los motivos legales...”.<sup>313</sup> En la práctica por lo general a la determinación se le toma como un mero requisito sin la elevada trascendencia legal que merece y que debiera imponérsele como una obligación del Ministerio Público al momento de calificar, determinando cuales son los datos y hechos que vienen a dar la materialidad del tipo penal.

Para Martínez Garnelo “...la determinación es la etapa legal de la actuación ministerial más solemne y formal, ya que con ella prácticamente se está emitiendo una de las primeras resoluciones ministeriales, en la que se hará constar la clara motivación y por supuesto la conformada fundamentación del hecho delictivo investigado, con carácter sustantivo y adjetivo, calificando y clasificando dicho ilícito y explicando el por qué determina su acción ministerial.”<sup>314</sup>

Es muy importante esta etapa porque no solamente el Ministerio Público debe de fundamentar sus resoluciones, sino que además debe de motivarlas, es decir, debe de expresar las razones, motivos o circunstancias que lo llevaron a tomar esa determinación, no es suficiente que el Ministerio Público en sus determinaciones señale artículos de la ley penal, sino que dichos artículos deben de coincidir exactamente con los hechos materia de la investigación ministerial, de lo contrario no estará fundamentada.

---

<sup>313</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *op.cit.*, pág. 450.

<sup>314</sup> MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *op.cit.*, pág. 421.

La determinación entonces es "...una de las fases de la investigación ministerial previa, con ello se especifica técnica y legalmente el delito por el cual se consignará tal investigación, con ello se acabarán todas las dudas si existieren, no cabe en ella alguna otra consideración respecto del acto, por demás solemne de especificar, por qué delito o delitos, modalidad o agravante el Ministerio Público consignará, esto es, el de entrar de lleno al último momento legal de una denominada averiguación previa...".<sup>315</sup> De lo anterior se desprende que la fase de determinación es una etapa que debe de llenar ciertos requisitos de forma y de fondo, en los primeros se encuadran las conductas mientras que el requisito de forma se referirá a los de carácter técnico administrativo, remitiendo el original de la averiguación previa al juez, y una copia al director de control de procesos, otra al director del centro de readaptación social, asimismo se pondrán a disposición los objetos del delito, los vehículos, pidiéndose la reparación del daño.

El Ministerio Público debe de convertirse en un verdadero órgano de investigación y por supuesto de acusación, puesto que su preocupación deberá quedar sujeta bajo el principio de buena fe, al integrar su investigación, debe receptar pruebas, investigar todos aquellos medios, indicios o probatorias y concluir determinando si consignan tales hechos o, bien si se reservará el derecho de ejercitar acción penal. En sí esta resolución es básica, dado que se trata de una resolución de primer orden, en la cual el Ministerio Público no dudará sobre aquello que consigna y que por supuesto le redituará los efectos legales que buscó al integrarla, sin preocuparle más que el hecho de que realizó su mayor esfuerzo para proteger los derechos o bienes jurídicos vulnerados en la víctima o en sus familiares de éste.<sup>316</sup>

---

<sup>315</sup> BARRITA LÓPEZ, Fernando, *op.cit.*, pág. 121.

<sup>316</sup> *Cfr.* ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *op.cit.*, pág. 231.

En la práctica el Ministerio Público en algunos delitos los expedientes al órgano jurisdiccional basado en la simple declaración de un denunciante incluso se llega a sentenciar, porque ya no es necesario integrar todos los elementos del tipo que se exigían antes de la reforma de 1999, provocando con ello que se consignen un gran número de averiguaciones sin que realmente se encuentre acreditado el cuerpo del delito, ni existan los elementos suficientes para acreditar la probable responsabilidad de los consignados. Lo que constituye a nuestro parecer, un retroceso en las garantías de seguridad jurídica de los gobernados y en particular de las personas que han tenido la desgracia de verse inmiscuidos en un asunto penal, nuestra propuesta es que se vuelva a señalar en la Constitución y en las leyes secundarias los elementos del tipo penal, con la finalidad de que no se consigne a ninguna persona, si antes no se acreditan los elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala en su segundo párrafo que “por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera.” Como se podrá observar la legislación federal no exige para la comprobación del cuerpo del delito la comprobación de los elementos subjetivos, cosa que es totalmente ilógico pasar por alto, sobre todo en los delitos de resultado formal, otro ejemplo es el delito de fraude en donde forzosamente se debe de comprobar el engaño que utilizó el sujeto activo para obtener un lucro indebido, pero para la legislación federal no es necesaria dicha comprobación de acuerdo a la interpretación literal del artículo 168 de la ley Adjetiva Penal Federal, razón por la cual proponemos una modificación al citado artículo con la finalidad de que no consigne a

ninguna persona, si antes no se han comprobado los aspectos subjetivos que establezca el tipo penal correspondiente.

Para el maestro Jesús Martínez la determinación debe de contener varios aspectos:

“Los resultados.- Que se refieren a los antecedentes, a los datos de inicio de la investigación ministerial y todo aquello que esté intrínsecamente correlacionado con los aspectos utorales (sic) de lo que son los datos generales que en forma precisa se detallan en la investigación ministerial, incluyendo por supuesto los de control administrativo.

“Los considerandos.- Estos estarán conformados por cuatro aspectos o apartados trascendentales (tipo penal, probable responsabilidad, reparación del daño y el manejo de la pena, tomando en cuenta la modalidad o modalidades del tipo penal, las calificativas o agravantes y las circunstancias especiales que redunden en forma especial en el manejo de la pena para que se solicite al momento de la consignación al juez la aplicación de la posible sanción al momento de que se dicte sentencia), todos estos considerandos deberán estar motivados y fundados, debe de insertársele también para que entren en el manejo de una resolución solemne de aspectos doctrinales, jurisprudenciales, respecto de la valoración de pruebas y su correspondiente tasación y por supuesto del análisis objetivo e interpretativo de los hechos delictuosos de las modalidades o de las formas de ejecución, de los grados de culpabilidad, de los niveles de la imputación directa e indirecta, de los nexos de causalidad, de los bienes jurídicos, de los sujetos pasivos, para que desde este aspecto podamos motivar y fundar esta trascendental resolución ministerial sólo así y de ésta forma podemos sostener que técnica y legalmente o incluso conforme a una adecuada ius-

apreciación penal se está describiendo una resolución ministerial que es la parte más trascendental en cuanto al manejo de lo que es su determinación respecto de un ilícito.”<sup>317</sup>

Para nosotros determinar es calificar los hechos presumiblemente constitutivos de un delito con los cuales una vez analizados de manera detallada por el Ministerio Público, se concluya con el estudio técnico, con la cual prácticamente se cierra la fase de la recepción de pruebas y de la investigación de los datos, hechos y sucesos delictivos que conformen el tipo penal y la probable responsabilidad.

Conforme a Fernando Barrita López diremos que el Ministerio Público puede dictar las siguientes determinaciones:

“1.- Ejercitar la acción penal.

“2.- No ejercitar la acción penal.

“3.- De reserva y de archivo.

“4.- Enviar la investigación ministerial previa a:

“a) La mesa investigadora desconcentrada.

“b) La mesa investigadora del sector central.

---

<sup>317</sup> MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *op.cit.*, pág. 388.

“c) La agencia central.

“d) La agencia especializada para un delito exclusivamente (violación, homicidio, despojos) o para menores de edad.

“e) Una delegación regional u otra agencia.

“f) Declinar y no seguir conociendo por incompetencia y enviarla a la Procuraduría General del Estado o a la General de la República (según sea el delito).

“g) Declinar por incompetencia y enviarla a la dirección de Consignaciones.

“h) La fiscalía especial para homicidios internacionales y casos relevantes.

“i) La subdelegación de la fiscalía especial para homicidios, casos graves o relevantes.”<sup>318</sup>

Así, independientemente del tipo de resolución que pueda tomar el Ministerio Público investigador, siempre debe de reunir los requisitos de forma y de fondo expuestos anteriormente, esto con la finalidad de que el órgano jurisdiccional no maneje pretextos, respecto a la deficiente integración de las averiguaciones previas.

El maestro Colín Sánchez señala que la determinación es “... cuando se ha llevado a cabo un conjunto de diligencias y el Ministerio Público está en aptitud de dictar resolución en el

---

<sup>318</sup> BARRITA LÓPEZ, Fernando, *op.cit.*, pág. 142.

acta de policía judicial, cuyo contenido se expresa en el mismo.”<sup>319</sup> Nada tiene que ver la determinación, con el acta de policía judicial, si bien es cierto se tienen que anexar a la investigación ministerial todas aquellas diligencias realizadas durante la misma, también lo es, que son diligencias hechas por un órgano distinto al Ministerio Público como es la policía judicial.

La determinación es una fase formal que será acorde a cada caso en concreto, por ejemplo si están satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional y existe detenido, se tendrá que poner a disposición del juez penal en turno, conjuntamente con las diligencias practicadas en el momento de la consignación, cuando sea sin detenido solamente deberá de remitir las diligencias al juez solicitando la orden de aprehensión.

#### **5.1.4. La consignación**

En opinión del licenciado Osorio y Nieto la consignación es “...el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria que se efectúa una vez integrada la averiguación previa y en virtud de la cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado en la mencionada averiguación así como las personas y cosas relacionadas en su caso.”<sup>320</sup> Es ordinaria en virtud de que se ponen a disposición del juez penal a las personas relacionados con todo lo actuado en etapa ministerial, quien deberá de cerciorarse que se encuentre comprobado debidamente el cuerpo del delito y que

---

<sup>319</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *op.cit.*, pág. 269.

<sup>320</sup> OSORIO Y NIETO, César Augusto, “**La averiguación previa**” 7ª edición, Porrúa, México, 1994, pág. 26.

al menos se compruebe la existencia de los “suficientes elementos” para considerar a una persona probable responsable de una conducta delictiva.

Colín Sánchez, anota que la consignación “...es el acto procedimental a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción poniendo a disposición del juez las diligencias o al indiciado, en su caso, iniciando ello el procedimiento penal judicial, al llevarse a cabo el ejercicio de la acción penal, hasta antes, en preparación, se inician los actos de persecución del delito, de este modo, los actos de acusaciones darán margen a los actos de defensa y a los actos de la acción.”<sup>321</sup> De hecho no estamos de acuerdo en que a partir de que se consigna ante el órgano jurisdiccional un expediente, empiezan los actos de defensa del inculpado, para nosotros desde que es detenido el probable responsable tiene derecho nombrar a una persona para que lo defienda.

La averiguación previa es una etapa del procedimiento donde se deben de ofrecer y desahogar las pruebas que presente el probable responsable o su defensor para desvanecer las acusaciones de la parte denunciante, no obstante que existe legalmente la presunción de inocencia.

Jesús Martínez asienta que la consignación es “...la segunda resolución legal, formal, doctrinal y procesal, con la que se concluyen las fases de la investigación ministerial y que se realizan acorde con las facultades del Ministerio Público, mediante la cual ejercitará la acción penal cumbre de la investigación ministerial, con la cual solemnemente y formalmente acusa, poniendo a disposición del juez competente al sospechoso detenido o

---

<sup>321</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *op.cit.*, pág. 273.

en su caso, aquellas diligencias que conforman su indagación, para que sea aquél quien determine mediante auto motivado y fundado legalmente, si es procente con dicho ejercicio ministerial...”.<sup>322</sup>

Para nosotros la consignación es también una resolución ministerial muy importante, es donde se debe de señalar el o los delitos por los cuales se ejercita acción penal, así como sus calificativas o agravantes, resolución que se deberá de tomar en consideración por parte del órgano jurisdiccional para dictar el auto de plazo constitucional, pudiéndose dictar el auto de libertad con las reservas de ley o incluso una libertad absoluta por fallas técnicas del consignador, en este caso el juzgador no debe de suplir las deficiencias de forma ni de fondo del Agente del Ministerio Público porque es una institución técnica, quiere decir que quien la realiza es un servidor público con una alta especialidad en la materia, siendo ilógico subsanar deficiencias de una institución dedicada a ese tipo de actividades.

La resolución de la consignación a nivel constitucional está regulada por los artículos 16 y 21, aunque literal y conceptualmente en ninguno de los dos artículos se indique con exactitud los aspectos que la componen, el primero de los artículos en comento se refiere al mandato legal de cumplir con los requisitos suficientes para acreditar el delito al momento de ejercitar la acción penal y el segundo numeral se refiere a la facultad procedimental y doctrinal del Ministerio Público de ejercitar tal acción penal. Por otra parte la disposición normativa de naturaleza procedimental la ubicamos en el artículo 2, 122, 3 inciso b, fracción I de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como también del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

---

<sup>322</sup> MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *op.cit.*, pág. 420.

En relación al contenido de la consignación, en el pliego de consignación deberán de expresarse cuando menos los siguientes datos:

1.- La expresión de ser con o sin detenido.

2.- Número de consignación.

3.- Número de acta.

4.- Delito o delitos por los que se consigna.

5.- Agencia o mesa que formula la consignación.

6.- Número de fojas.

7.- Juez al que se dirige o juzgado.

8.- Mención de que procede el ejercicio de la acción penal.

9.- Nombre del o de los probables responsables.

10.- Delito o delitos que se imputan.

11.- Artículos del Código Penal que establezcan y sancionen los ilícitos de que se trata.

12.- Síntesis de los hechos materia de la averiguación en los que se conforman por separado dos apartados, el de acreditar el cuerpo del delito con sus correspondientes medios probatorios y el acreditamiento técnico, mediante acciones ministeriales o pruebas en concreto así como el apartado correspondiente de probable responsabilidad, ambos aspectos deberán de ir fundados y motivados, esto significa que contendrán e indicarán legalmente todos y cada uno de los elementos exigidos por el Código Procesal Penal y el Código Penal, con las cuales valorará sus diligencias y tendrán aplicación formal para dichos aspectos y por otro lado la motivación razonada, lógica de todas y cada una de las pruebas utilizadas en el caso concreto para que una vez entrelazados conformen los datos bastantes y suficientes que exigen las disposiciones constitucionales.

13.- La forma de demostrar la probable responsabilidad.

14.- La mención expresa de que se ejercita la acción penal.

15.- Si la consignación se realiza con detenido deberá de precisarse el lugar en donde queda a disposición del juez.

16.- Si la consignación se realiza sin detenido, se solicitará orden de aprehensión o de comparecencia según sea el caso.

17.- Firma del responsable de la consignación.

En relación a las características de la consignación Jorge Vázquez Rossi señala que es un acto unilateral, autónomo e independiente, en razón de que se lleva a cabo con la sola intervención del Ministerio Público, no dependiendo en cuanto a su ejercicio de ninguna otra autoridad o particular, lo que se deriva del monopolio del ejercicio de la acción penal, que se ejerce en forma absoluta de acuerdo al artículo 21 constitucional, que lo convierte en cierta forma en juzgador de los hechos delictuosos, quedando en consecuencia a su juicio en muchas de las ocasiones, el destino que se dará a las personas y objetos relacionados con el delito, de los que en muchos de los casos por falta de capacitación profesionalizada o especializada del ejecutor ministerial, se cometen diversas arbitrariedades pese a ello, el remarcar esta fase consignataria como la fórmula más técnica y solemne que practicará el investigador ministerial, al grado de elevarla a resolución.<sup>323</sup>

Para que las resoluciones emitidas por el agente del Ministerio Público no sean arbitrarias se deben de establecer en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el CPDF y CPPDF las fases que deben de conformar la averiguación previa; como es la recepción, la investigación, la determinación y la consignación, para que con ello se obligue al sistema de procuración de justicia a actuar legalmente y acorde con las formalidades y técnicas establecidas en las disposiciones normativas establecidas.

Si en el artículo 16 constitucional se consagra la garantía de legalidad, la consignación debe de estar ajustada a los puntos rectores de la seguridad jurídica de cualquier gobernado, la función ministerial se ajustará estrictamente a todos los presupuestos normativos que señala

---

<sup>323</sup>Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *op.cit.*, pág. 122.

la Constitución, esto con la finalidad de que el Ministerio Público al integrar la averiguación previa, no medie sospecha, acusación injusta o ilegalidad.

### **5.1.5. La acreditación del cuerpo del delito**

La integración fáctica proviene del latín *factum* que significa perteneciente o relativo a los hechos, lo que se basa en los hechos o lo que se limita a ellos en oposición a lo imaginado o teórico, son pues las formas de integración o configuración de todos aquellos hechos o datos que establecen un algo, prohibido o permitido por una norma, una ley, costumbre, etc.

Ya que toda figura típica delictiva se refiere a hechos, sólo el acontecimiento de hechos puede dar lugar a delitos, dicho de otro modo, sólo tiene sentido hablar de delitos respecto del acontecimiento de hechos que son el resultado de la comisión delictiva; para encontrar las formas de integración fáctica, se deben de clasificar las formas que se encuentran configuradas las figuras típicas en grandes grupos primarios o custodios de bienes jurídicos, divididos en apartados y de éstas hacer nuevos grupos específicos que nos permitan lograr alcanzar el objetivo propuesto.<sup>324</sup> Desde nuestro punto de vista si bien es cierto que los hechos son el punto de partida para comprobar el cuerpo del delito, también lo es que dependerá del tipo del delito que se trate de comprobar, si son delitos de resultado formal, entonces será necesario comprobar los aspectos subjetivos del autor, que nada tienen que ver con los hechos materiales de realización.

---

<sup>324</sup>Cfr. BARRITA LOPEZ, Fernando, *op.cit.*, pág. 145.

Carlos Barragán Salvatierra señala que “la integración fáctica de las figuras típicas tiene sentido al referirnos al delito cuando éste acontece, cuando tiene su realización en el mundo de los hechos, cuando acontece un delito. Esta postura enmarca la materialización objetiva del ilícito, cuando precisamente acontecen los hechos tipificados contenidos en la descripción legal de la figura jurídica y que tuvo en los hechos, esto es, cuando acaecen, cuando se realiza la conducta típica descrita y se produce el resultado previsto en la descripción legal, como puede ser el apoderamiento de la cosa ajena mueble en el robo, cuando se causa el daño en el delito de lesiones. En sí la acreditación quedará sujeta a la propia materialidad probatoria de los hechos, actos y circunstancias que de acuerdo a la conducta que realiza su autor o con base en el orden del resultado que se produce con la realización de dicha conducta, se configura un ilícito hipotético, plasmado en la norma penal para transformarlo en un hecho típico, cuyo resultado es sancionado por la ley.”<sup>325</sup>

Para configurar o acreditar el cuerpo del delito en la averiguación previa, es necesario que la conducta del sujeto se encuadre perfectamente en lo establecido por el tipo penal, sin que quede ninguna duda y por lo contrario si existe, de ninguna manera el representante social investigador deberá consignar en todo caso el juzgador no deberá de obsequiar la orden de aprehensión o, en su caso deberá de dictar el auto de libertad.

Según Martínez Garnelo, “el tipo penal es de primordial importancia en nuestro procedimiento porque viene a conformar la estructura científica, técnica y legalista de la investigación ministerial previa, esto significa, que en él, las primeras indagaciones, las primeras muestras de la indagación, determinarán la comprobación del hecho delictuoso, lo

---

<sup>325</sup> BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, *op.cit.*, pág. 234.

cual constituirá lo que técnicamente se ha denominado tipo penal, de donde se sustraerá al ejecutar, el resultado, el pasivo, el bien jurídico vulnerado, el núcleo, el nexo causal y por supuesto la existencia del acto en la infracción.”<sup>326</sup>

Las reformas establecidas en el año de 1999 en donde se cambiaron los elementos del tipo por el de cuerpo del delito, vino a afectar la seguridad jurídica de los gobernados que se ven involucrados en algún delito. El cambio no fue solamente de nombre, sino que se eximió de cubrir los requisitos establecidos por la ley al Ministerio Público, quedando solamente obligado a comprobar los elementos objetivos o externos, así como los subjetivos y/o normativos cuando el tipo lo requiriera.<sup>327</sup>

Sin embargo en materia federal únicamente deben comprobarse los elementos externos y los normativos si el tipo lo requiere, en éste último caso no es necesario de acuerdo al CFPP que el Ministerio Público de la Federación compruebe los elementos subjetivos, cosa que nos parece ilógico, porque en el delito de fraude se requieren de los tres elementos para que se pueda tener por acreditado el cuerpo del delito, el artículo 386 primer párrafo del CPF señala textualmente que “comete el delito de fraude el que engañando a otro o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.” El engaño como tal es un elemento subjetivo del sujeto que comete el delito, debe tener el *animus* interno de engañar ello se debe de analizar al nivel del injusto penal y no al nivel de la culpabilidad.

---

<sup>326</sup> MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *op.cit.*, pág. 435.

<sup>327</sup> *Cfr.* DÍAZ DE LEON, Marco Antonio, *op. cit.* pág. 455.

Desde nuestro punto de vista el ciudadano que se vea involucrado en una actividad ilícita tendrá mayor seguridad jurídica si se obliga a las autoridades a comprobar desde la averiguación previa la acción u omisión, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la forma de intervención del sujeto activo, el dolo o la culpa, y cuando el tipo lo requiera la calidad del sujeto activo o pasivo, el resultado, la atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos. Como ejemplo podemos señalar al tipo penal de enriquecimiento ilícito, en donde se puede consignar al servidor público por el hecho de no haber acreditado el monto de sus bienes, sin siquiera haberse demostrado si se afectó algún bien jurídico.

José Guadalupe Carrera Domínguez opina que la acreditación material, técnica y doctrinal de los elementos del tipo representan una garantía constitucional, cosa que no lo hace el considerado cuerpo del delito, del primero emanan los presupuestos procedimentales, que se describen en cada Código Adjetivo ya sea local o federal, ya que con un sistema de estricta legalidad, se denota que el tipo penal, representa una garantía propia de una ley máxima, evolucionista, democrática y científica, una de las características es la de tutelar y proteger la libertad de los individuos, frente a los posibles desvíos o abusos del poder, incluso el folclorismo jurídico, puesto que si no hay descripción exacta de una conducta delictiva, no habrá delito siendo por la tanto válido el principio jurídico de no hay crimen sin tipo, toda vez que en los países cuyo sistema político es el democrático la analogía es repudiada. La ausencia de la tipicidad es de trascendental interés, ya sea desde el punto de vista constitucional, como dentro de la conformación de la investigación previa, puesto que de una correcta interpretación del tipo penal y de un adecuado ordenamiento de la conducta

de éste, dependerá la acertada integración material, formal y legal, tanto del tipo penal, base de la resolución ministerial y del proceso mismo, como la de la probable responsabilidad.<sup>328</sup>

Compartimos lo referido por el maestro Carrera Domínguez, debido a que algunas personas se jactan que México es un país donde ha entrado a la democracia, dicha situación no representa únicamente que los ciudadanos hayamos escogido a nuestros gobernantes, sino que además realicen actos que beneficien a la mayoría de los ciudadanos tanto en lo económico, como en lo social y desde luego en lo jurídico, y no como un dictador en donde únicamente se ven reflejados los beneficios en su familia o en su grupo social.

De lo que se trata es de realizar reformas en nuestras legislaciones con la finalidad de que se someta a proceso solamente a aquellas personas de quienes se tenga la certeza de que cometieron el delito y de la existencia probable de la responsabilidad del sujeto, además entraña en el aspecto sustantivo el respeto a principios jurídicos como el de la presunción de la inocencia y el respeto a nuestra Constitución, con la finalidad de que no se emitan normas donde el probable o el procesado tengan la carga de la prueba como sucede en el delito de enriquecimiento ilícito, porque el Ministerio Público tiene la obligación de comprobar el ilegítimo aumento del patrimonio del servidor público, si no lo hace, entonces el juzgador deberá de otorgarle al procesado su libertad en forma inmediata.

---

<sup>328</sup> *Cfr.* CARRERA DOMÍNGUEZ, José Guadalupe, *op.cit.*, págs. 234-236.

Creemos que el cambio en nuestras leyes del concepto de elementos del tipo al ya comentado cuerpo del delito, no significa que se haya vuelto al sistema causalista, ya que en nada se relaciona el concepto de cuerpo del delito con alguna de las teorías penales, así mismo creemos que es perfectamente complementario el concepto antes citado con la idea de que se debe de comprobar por parte del Ministerio Público la acción u omisión, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la forma de intervención del sujeto activo, el dolo o la culpa, y cuando el tipo lo requiera la calidad del sujeto activo o pasivo, el resultado, la atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos.

Una vez ejecutado el delito, la estructura material de su conformación comienza a integrarse sus elementos, uno a uno, según el tipo descriptivo en donde esos datos, esas huellas, esos vestigios, dejen de serlo para convertirse en evidencias indiciarias o medios probatorios que de manera técnico legal, comprobarán la existencia del ilícito.

Julio Acero, asevera: para comprobar que ha habido un incendio o una inundación basta la fe del juez de haber presenciado ese incendio esa inundación, base en que descansan las averiguaciones posteriores para aclarar si tales hechos fueron intencionales o causales. Para comprobar un homicidio, unas lesiones, un robo, una caja fuerte fracturada, una gravación, basta que el juez dé fe de haber visto las consecuencias directas y necesarias del hecho delictuoso; la existencia de un cadáver con determinadas lesiones, una persona herida y tal o cual forma de una caja fuerte fracturada, de una pared horadada, esto último a reserva de comprobar el robo mismo. Así pues puede decirse que la expresión “ocular” del juez que

practica las mismas diligencias es la base en las que descansa la comprobación del cuerpo del delito, pero como la fe judicial se basa en hechos externos y por otra parte el juez y su autoridad que practica las diligencias iniciales de comprobación del delito, así sea la persona más ilustrada, no puede tener multiplicidad de conocimientos, necesita ser auxiliado en sus labores de comprobación, en muchos de los casos por peritos técnicos que pongan a su saber, sus conocimientos y su experiencia facultativa al servicio de la justicia para comprobar los hechos de un modo positivo y absoluto.<sup>329</sup>

Lo ideal es que el juzgador pueda cerciorarse de las consecuencias dejadas por el delito, sin embargo existen muchos casos en que desafortunadamente no puede dar fe de lo que no se ha percatado, en este caso tendrá que hacerse valer de testigos, en el caso del homicidio, en los delitos de aborto, infanticidio, envenenamiento, violencia familiar, incendio, falsedad o falsificación de documentos, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala expresamente la forma en que se debe de comprobar el cuerpo del delito.

El artículo 124 del mismo ordenamiento señala que “para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio Público y el juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por esta.” Para nosotros este artículo atenta en contra de la seguridad jurídica, porque el Ministerio Público puede comprobar el cuerpo del delito como mejor le parezca.

---

<sup>329</sup> Cfr. ACERO, Julio, “**El procedimiento penal mexicano**”, Cajica, México, 1990, págs. 96-97.

Quizás como mera recomendación o precaución elemental, aunque insuficiente, se solicita el levantamiento de planos, fotografías, principalmente la métrica de lugares y objetos, a fin de que se guarden en el mismo estado por un tiempo determinado después de la ejecución de los hechos y por supuesto de la propia conservación de los mismos, tal y como lo sostienen la mayor parte de los ordenamientos procedimentales, los cuales quedan enclaustrados dentro de las formalidades que como reglas especiales debe de realizar, ya sea el propio órgano investigador o el juez.

Tratándose de conductas que están en el catálogo de los delitos contra la vida (como por ejemplo lesiones, homicidio, infanticidio, instigación o ayuda al suicidio) en los ordenamientos jurídicos penales, éstos se comprobarán desde el punto de vista procesal atendiendo a las reglas establecidas en el capítulo especial del Código Federal de Procedimientos Penales y para el Distrito Federal. Fuera de los casos antes mencionados la misma ley le otorga al juzgador una libre apreciación de las mismas.

Cuando se hable de conductas injuriosas o delitos que atenten contra el honor, la honorabilidad y la reputación de las personas, sólo podrán comprobarse por los mismos elementos que la responsabilidad o cuando se demuestre con la intervención de su autor.

## **5.2. La preinstrucción**

La preinstrucción es una etapa procedimental en donde se debe de “...recabar todos los elementos que de acuerdo con la ley, sean indispensables para que pueda originarse el proceso penal en sentido estricto.”<sup>330</sup> En razón de lo anterior podemos señalar que la preinstrucción tiene una duración constitucional de 72 horas o 144 si se solicitó la duplicidad del plazo constitucional, la cual se inicia con el auto de radicación y concluye con el auto de plazo constitucional.

El auto de radicación tiene por objeto establecer la jurisdicción de la autoridad judicial que lo dicta y como consecuencia decidir todas las cuestiones que se deriven del hecho delictuoso motivo de la consignación.

Parte de la doctrina considera que las etapas en que se divide la instrucción en el procedimiento penal son las siguientes:

- a) Desde el momento en que se recibe la averiguación previa y se radica hasta que se dicta el auto de formal prisión.
- b) Desde el auto de procesamiento hasta el auto que declara cerrada la instrucción.

Ni la Constitución, ni el Código Federal de Procedimientos Penales, mucho menos la ley Procesal Penal del Distrito Federal imponen requisitos para dictar un auto de radicación, sin embargo, en la práctica como medida de seguridad procesal, se debe sujetar el auto de radicación a determinados requisitos, entre las que se hace figurar: el lugar y la fecha en

---

<sup>330</sup> GONZÁLEZ BLANCO, Alberto, “**El procedimiento penal mexicano**”, Porrúa, México, 1975, pág. 95.

que se dicta, la prevención de que se tome al inculpado su declaración preparatoria en audiencia pública y dentro del término constitucional, que se le dé al Ministerio Público la intervención que legalmente le corresponda, que se practiquen todas aquellas diligencias que el caso requiera y las que soliciten los sujetos procesales y sean procedentes, que se requiera al inculpado, para que designe defensor y se le prevenga para el caso de no hacerlo se nombre a un defensor de oficio, el nombre y la firma del juez que la dicta y el secretario que lo autoriza.<sup>331</sup>

Radicar significa sentar raíz, lo que se asiente son los datos de la averiguación previa que se ha recibido en el juzgado. La doctrina dominante establece que no existe fundamento alguno sobre los requisitos que debe de contener el auto de radicación, sin embargo han nacido de la práctica cotidiana, como la formalidad de poner el día y la hora, se encuentra fundamentada en el artículo 20 constitucional, en lo referente a que se debe de establecer el delito y nombre del acusado lo refiere el artículo 16 constitucional; En relación a que debe de estar firmado por el juez y su secretario el fundamento se encuentra establecido en el artículo 72 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pero en materia federal se encuentra establecido en el artículo 98 del CFPP, que señala textualmente lo siguiente “las resoluciones judiciales se dictarán por los respectivos magistrados de la Suprema Corte de Justicia, magistrados o jueces y serán firmados por ellos y por el secretario que corresponda o a falta de éste por testigos de asistencia.”

De acuerdo a lo anterior podemos señalar que el auto de radicación debe de contener los siguientes requisitos:

---

<sup>331</sup> Cfr. CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 102.

- 1) Lugar.
- 2) Fecha.
- 3) Hora en que se dicta, que sirve para computar las 72 horas.
- 4) Se debe de señalar quien lo recibió.
- 5) Delito que se le atribuye al inculpado.
- 6) Nombre del denunciante.
- 7) Nombre y firma del juez y del secretario de acuerdos.

Para el maestro Luis Gómez Orbeja, “...una vez decretado el auto de radicación pueden darse las siguientes situaciones, que la averiguación previa se consigne sin detenido, que el delito que se atribuya al detenido no merezca pena privativa de libertad, sino alternativa, que el delito cometido merezca pena corporal pero el presunto responsable se encuentre sustraído a la acción de la justicia...”.<sup>332</sup> El juez deberá de dictar la orden de aprehensión correspondiente cuando el delito imputado al probable responsable merezca pena privativa de libertad o una orden de presentación cuando el delito contemple pena alternativa.

---

<sup>332</sup> ORBEJA GÓMEZ, Luis, *op.cit.*, pág. 151.

### 5.2.1. La orden de aprehensión

Marco Antonio Díaz De León señala que "...aprehensión es la medida cautelar que consiste en la captura del acusado penalmente, la cual únicamente puede ser decretada por un juez y que tiene por fin asegurar el objeto y desarrollo del proceso, así como hacer factible la imposición de la pena privativa de libertad en los delitos que la prevén para el caso de que dictara una sentencia condenatoria. Por lo mismo, la aprehensión sólo se da en los procesos donde se da la prisión preventiva, es decir, en aquellas instancias que tratan de delitos que contemplan una sanción privativa de libertad."<sup>333</sup> De acuerdo a lo anterior podemos comentar, entonces que la orden de aprehensión es la resolución de la autoridad jurisdiccional, para privar a un individuo de su libertad y someterlo a proceso por un delito que merezca cuando menos pena privativa de libertad (sin perjuicio de que con posterioridad proceda la libertad provisional) para determinar sobre su responsabilidad en la sentencia definitiva.

El maestro Pompeo señala que "la orden de aprehensión desde el punto de vista dogmático es una situación jurídica, un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso...".<sup>334</sup>

Desde luego que la orden de aprehensión es una de las formas de lograr la presencia del inculcado ante el juez, la otra es la orden de presentación que se gira cuando el delito tiene

---

<sup>333</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *op.cit.*, pág. 234.

<sup>334</sup> POMPEO PEZZATINI, Francesco, "**La custodia preventiva**", 2ª edición, Dott, Italia, 1970, pág. 35.

pena alternativa. La orden de aprehensión es ejecutada por conducto de la policía judicial, la cual al momento de lograr la detención del sujeto deberá de ser internado en el reclusorio preventivo respectivo y el director de éste tendrá la obligación de notificarle al juzgador que el inculpado se encuentra a su disposición en el interior del reclusorio, empezando a transcurrir los plazos constitucionales para tomarle su declaración preparatoria y para dictarle el auto de plazo constitucional respectivo.

Guillermo Colín Sánchez admite que “desde un punto de vista procesal, es una resolución judicial, en la que con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto de inmediato a disposición de la autoridad que lo reclama o requiere con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye.”<sup>335</sup> En efecto los requisitos mínimos para decretar o librar una orden de aprehensión se encuentran previstos en el artículo 16 párrafo segundo Constitucional que indica “no podrá librarse orden de aprehensión, sino por 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 que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

Del análisis del párrafo transcrito se advierten los siguientes requisitos para librar una orden de aprehensión:

---

<sup>335</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *op.cit.*, pág. 267.

- a) Que exista previamente y ante el Ministerio Público una denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley estime como delito.
- b) Que una vez integrada la averiguación previa, el Ministerio Público ejercite la acción penal que le compete, en contra de quien se considere responsable de la comisión u omisión del delito atribuido.
- c) Que el delito que se le impute merezca pena privativa de libertad.
- d) Que los datos que arroje la averiguación previa sean suficientes para acreditar el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del acusado.

González Blanco señala que si el inculcado o su defensor advierten que la orden de aprehensión no se ajusta a los requisitos previstos por el aludido artículo 16 constitucional, la misma puede ser combatida mediante juicio de amparo indirecto ante un juez de Distrito, el quejoso, por conducto de su defensor o de la persona que autorice en los términos del artículo 27 de la ley de amparo cuenta con los derechos y garantías más amplias para ofrecer todas las pruebas permitidas por la ley, tendientes a desvirtuar la acusación en su contra y la inconstitucionalidad de la orden de captura, salvo aquellas pruebas que van en contra del Derecho y las buenas costumbres.<sup>336</sup>

En efecto, el amparo en nuestro medio es un instrumento muy importante para utilizarlo en defensa de nuestros intereses, cuando se vean afectadas las garantías individuales, no

---

<sup>336</sup> Cfr. GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op.cit.*, pág. 121.

obstante lo anterior el cambio de nombre de elementos del tipo por cuerpo del delito, vino a afectar la seguridad jurídica porque se eximió al Ministerio Público de cubrir los requisitos establecidos en los elementos del tipo penal como son la acción u omisión, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la forma de intervención del sujeto activo, el dolo o la culpa, y cuando el tipo lo requiera la calidad del sujeto activo o pasivo, el resultado, la atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos.

### **5.2.2. La declaración preparatoria**

Dentro de las 48 horas contadas a partir de que el indiciado ha quedado a disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción, se procederá a tomarle su declaración preparatoria, la misma se rendirá en forma oral o escrita, por el inculpado en presencia de su defensor para la asistencia jurídica que requiera. El inculpado podrá dictar sus declaraciones, pero si no lo hiciera el juzgador que practique la diligencia las redactará con la mayor precisión posible. Si fueren varios los inculpados por los mismos hechos, se les tomará su declaración por separado en una sola audiencia.

Para el maestro Carlos Barragán Salvatierra la diligencia de la declaración preparatoria se deberá de practicar donde el público pueda tener libre acceso, a excepción de cuando se trate de un delito contra la moral o cuando en el proceso sea ésta atacada, la audiencia tendrá lugar a puerta cerrada y solamente podrán entrar al lugar las personas que

intervienen oficialmente en ella, debiéndose de impedir que permanezcan en dicho lugar los que tengan que ser examinados como testigos de la misma causa, así mismo la autoridad por ningún caso y por ningún motivo podrá emplear la incomunicación, intimidación o tortura para lograr la declaración del indiciado o para otra finalidad.<sup>337</sup> En relación a ésta última parte es pertinente aclarar que en algunos juzgados no les permiten a los abogados tener ningún tipo de comunicación con el indiciado, hasta después de habersele tomado su declaración preparatoria, ello es atentatorio de las garantías individuales, ya que en ningún momento se le debe de negar el derecho de comunicarse con quien desee.

La diligencia de la declaración preparatoria comenzará por los datos generales del indiciado, en los que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico al que pertenezca, en su caso, si habla o entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho a una adecuada defensa por sí, por abogado o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará uno de oficio. Es por ello que en la declaración preparatoria el juzgador tendrá la obligación de exhortarlo para que nombre a su defensor y en caso de negarse se le deberá de exhibir la lista de defensores de oficio, para que el inculpado designe al o a los defensores que le convengan, en la praxis ésto es poco probable que suceda debido a la carencia de personal para cubrir la demanda cada vez más creciente de asesoría jurídica. Es necesario que el Gobierno del Distrito Federal asigne mayor presupuesto para contratar los servicios de más defensores de oficio se requieren mínimo dos defensores por juzgado, es necesario también aumentar los salarios de estos profesionistas, dotarlos de mobiliario

---

<sup>337</sup> Cfr. SALVATIERRA BARRAGAN, Carlos, *op.cit.*, págs. 322-323.

adecuado para realizar sus funciones tales como escritorios, sillones, computadoras, papelería suficiente con la finalidad de cubrir las necesidades más elementales.

Si el indiciado no hubiere solicitado su libertad bajo caución en la averiguación previa, se le deberá de hacer mención de ese derecho, en los términos establecidos en el artículo 20, apartado "A", fracción I, de la Constitución y del artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la forma en que se deberá de garantizar la libertad provisional, quedará a elección del inculpado de acuerdo a lo establecido en el artículo 561 de la misma ley adjetiva para el Distrito Federal, el cual señala textualmente lo siguiente:

“La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige, para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En el caso de que el inculpado, su representante o su defensor no hagan la manifestación mencionada, el Ministerio Público, el juez o el tribunal de acuerdo con el artículo que antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución.”

En el foro las formas de garantizar la libertad provisional, las fija el juez, incluso está muy generalizada la costumbre que los jueces exijan la exhibición de las garantías en billete de depósito expedido por el Banco del Ahorro Nacional, dicha exigencia contraviene el principio de legalidad.

Si no está debidamente comprobado el cuerpo del delito o no existen indicios suficientes de la probable responsabilidad penal de una persona, deberá el Agente del Ministerio Público dejarlo en libertad sin la exigencia de que se garantice pecuniariamente.

En la misma declaración preparatoria se le hará saber en qué consiste la denuncia o querrela, así como los nombres de sus acusadores, denunciantes o querellantes y el nombre o nombres de los testigos que declaren en su contra, se le preguntará si es su deseo declarar y en caso de que quiera se le examinará sobre los hechos consignados, si el inculpado decide no declarar, el juzgador respetará su decisión y dejará constancia de ello en el expediente. La garantía de no declarar es un derecho consagrado por nuestra Constitución y ni el Ministerio Público ni el órgano jurisdiccional pueden coaccionar ni física ni psicológicamente a las personas que se encuentren en calidad de probables responsables, inculpados o procesados.

También se le deberán de hacer saber las garantías que le concede el artículo 20, apartado "A", de la Constitución, en donde se prevé que tendrá derecho a que se le reciban todos los testigos y pruebas que ofrezca, ayudándole para obtener su comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio, asimismo le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa. En materia procesal se presume la inocencia del inculpado hasta que no se demuestre lo contrario, quiere decir que el inculpado procesalmente hablando no tiene por qué demostrar su inocencia, sino que es el Ministerio Público, quien tendrá la obligación de comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, no obstante lo anterior el indiciado puede aportar todos los elementos probatorios que considere pertinente para comprobar que no existe el cuerpo del

delito o bien que no existen los suficientes elementos para incriminarlo en la conducta delictiva. Aparentemente es una contradicción, sin embargo consideramos que no es así ya que procesalmente la obligación es para el Ministerio Público.

Leopoldo de la Cruz Agüero indica que “el agente del Ministerio Público y la defensa tendrán derecho de interrogar al procesado, pero el juez tendrá en todo tiempo la facultad de desechar las preguntas si fueren objetadas fundadamente o a su juicio resultaren inconducentes...”.<sup>338</sup> En primer término se le debe de preguntar al indiciado el derecho que tiene declarar, si decide no hacerlo, no se le podrá que preguntar absolutamente nada sobre los hechos, respetando su derecho constitucional de no ser obligado a declarar en su contra.

Asimismo el inculpado podrá redactar sus contestaciones, si no lo hiciera, las redactará el juzgado interpretándolas con la mayor exactitud posible sin omitir detalle alguno que pueda servir de cargo o descargo, inclusive se deben de redactar las declaraciones con las mismas palabras que utilice el indiciado, de lo que se trata es de no variar el sentido de las declaraciones por una redacción incorrecta o por poner palabras que no se señalaron.

Barragán Salvatierra, señala que “terminada la declaración u obtenida la manifestación del indiciado de no desear declarar, el juez le nombrará un defensor de oficio, cuando proceda.”<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 251.

<sup>339</sup> BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, *op.cit.*, pág. 324.

Dicha aseveración está sustentada por el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no obstante lo anterior nos parece incorrecto y anticonstitucional nombrarle un defensor de oficio a una persona que ya declaró, ya que la finalidad es que el inculpado en el momento de rendir su declaración preparatoria esté debidamente asesorado, el artículo 294 choca con el espíritu de defensa consagrado en la Constitución y en las demás disposiciones normativas como el artículo 290 de la ley adjetiva penal para el Distrito Federal.

Según Silva Silva, “la declaración del inculpado puede asumir alguna de las siguientes formas:

“Confesión, es decir, el inculpado acepta que realizó los hechos objeto del proceso, esto es, la *causa petendi*.

“Negación de los hechos, donde el inculpado niega total o parcialmente su relación con los hechos objeto del proceso.

“Actitud neutra, donde el inculpado ni acepta, ni rechaza los hechos, su actitud raya en lo indiferente e imparcial.

“Aducir excepciones procesales, donde el inculpado aduce la ausencia o incumplimiento de algún requisito procesal.

“Aducir excepciones sustanciales o defensas, donde el inculpado afirma la existencia de algún elemento positivo del delito, esto es, alguna circunstancia negativa del mismo (causas de justificación).”<sup>340</sup>

Es en la declaración preparatoria en donde se puede revertir lo que dijo en la agencia el inculpado, sobre todo si esta confeso porque en muchas de las ocasiones son presionados en forma física o psicológica.

Durante la declaración preparatoria tanto el defensor como el inculpado tienen derecho a solicitar la duplicidad del término constitucional de 72 a 144 horas con la finalidad de aportar y desahogar las pruebas que consideren pertinentes para desacreditar el cuerpo del delito o bien la probable responsabilidad, desafortunadamente en la práctica es necesario ofrecer toda clase de pruebas para acreditar la inocencia, ya que todos estos elementos deberán de ser tomados en consideración para que el juez dicte el auto de plazo constitucional que bien puede ser de formal prisión, de libertad con las reservas de ley, de sujeción a proceso sin restricción de su libertad, o de libertad absoluta.

### **5.3. El auto de formal prisión**

Colín Sánchez alude que el auto de formal prisión es “...la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del

---

<sup>340</sup> SILVA SILVA, Jorge Alberto, *op.cit.*, pág. 308.

delito, que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad, siempre y cuando no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha seguirse el proceso.”<sup>341</sup> En efecto el auto de formal prisión es una resolución, emitida por el órgano jurisdiccional, cuya finalidad es la de iniciar la etapa de instrucción formal, asegurándose que este debidamente comprobado el cuerpo del delito y que halla los suficientes elementos para considerar la participación de una persona en un delito.

En relación a los requisitos del auto de formal prisión, éstos son establecidos por el artículo 297 del CPPDF y por el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, el primero de los mencionados, señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 297.- Todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos:

“I. Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;

“II. Que se le haya tomado su declaración preparatoria al inculpado en los términos de ley, o bien conste en el expediente que se negó a emitirla;

“III. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito por el cual deba de seguirse el proceso;

---

<sup>341</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *op.cit.*, pág. 290.

“IV. Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad;

“V. Que no esté acreditada alguna causa de licitud;

“VI. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado, y

“VII. Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que lo autorice.”

Del artículo anterior podemos obtener entonces los requisitos de forma y de fondo que debe poseer un auto de formal prisión, los requisitos de forma están contemplados en las fracciones I y VII, los requisitos de fondo, en las fracciones II, III, IV, V y VI de la misma ley adjetiva. Creemos que son requisitos de fondo porque ningún auto de formal prisión debe de dictarse, sino está debidamente comprobado el cuerpo del delito, por lo tanto si no hay delito, no existe pena, tal como lo señala el principio jurídico “*nullum crimen sine lege*”.

Tampoco debe de dictarse el auto de formal prisión si no existen elementos “suficientes” que acrediten probable responsabilidad, nuestra propuesta es concreta al momento de dictarse el auto de procesamiento debe de acreditarse plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad con los siguientes elementos: en primer lugar que se demuestre la acción u omisión, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la forma de intervención del sujeto activo, el dolo o la culpa, deben además acreditarse los elementos

complementarios como son la calidad del sujeto activo y pasivo, el resultado, atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, circunstancias de lugar, tiempo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos y los demás que prevea la ley.

También la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido ejecutorias en el sentido de que los jueces tienen plena libertad de valoración sobre las pruebas recibidas para dictar el auto de formal prisión:

“AUTO DE FORMAL PRISIÓN.- Los Tribunales Federales tienen facultades para apreciar directamente, según su criterio, el valor de las pruebas recibidas y que tienda a demostrar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculcado; si los jueces federales no estuvieran al arbitrio de hacer la estimación de esas pruebas, estarían incapacitados para resolver sobre la constitucionalidad del auto de formal prisión.”<sup>342</sup>

Creemos que esta facultad amplísima de los jueces se puede prestar a excesos por parte del órgano jurisdiccional, los cuales pueden provocar daños en la esfera jurídica de los inculcados.

En relación a los requisitos de forma y siguiendo al maestro Guillermo Colín Sánchez diremos que “el auto de formal prisión se hace por escrito, principia con la indicación de la hora y la fecha en que se pronuncia, el número de la causa y el nombre de la persona cuya situación jurídica va a determinarse. En un resultado o varios se hace una relación de los

---

<sup>342</sup> Semanario Judicial de la Federación. Quinta época, tomo XXXII, página 1742.

hechos contenidos en las diligencias de averiguación previa y las practicadas durante el término de setenta y dos horas. Contendrá asimismo, una parte considerativa en la cual el juez mediante el análisis y la valoración jurídica de los hechos imputados al sujeto determinará si está comprobado el cuerpo del delito, siendo así explicará la razón por la cual estima que existen indicios bastantes para considerar al procesado como su posible autor, para estos efectos, el juez aplicará los preceptos legales procesales...”<sup>343</sup> Los requisitos de forma son los que nada tienen que ver con la acreditación del cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculcado, sino que se refieren a los requisitos que debe de contener la resolución en su aspecto meramente material.

Para el maestro Eduardo Jauchen, “una vez decretada la formal prisión o el auto de sujeción a proceso, el juez ordenará la identificación del inculcado por el sistema administrativo adoptado, acto procesal que resulta benéfico para los intereses del procesado dado que con ello no se causa ningún perjuicio ni daño irreparable, sino por lo contrario, el juez al recabar sus antecedentes penales los toma en cuenta al individualizar la pena correspondiente, en caso de sentenciar condenatoriamente.”<sup>344</sup>

El requisito de identificar por medio de la ficha signalética al procesado afecta en forma trascendental porque todavía no se llega a considerar culpable al procesado. Cuando el juzgador mediante una sentencia señale que determinada persona es responsable de haber cometido un delito, creemos que a partir de ese momento es cuando se debería de identificar administrativamente al sentenciado.

---

<sup>343</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *op.cit.*, pág. 291.

<sup>344</sup> JAUCHEN, Eduardo, *op.cit.*, pág. 101.

#### 5.4. La instrucción

González Bustamante señala que la instrucción es “enseñar, informar de alguna cosa o circunstancia, a su vez, instructor proviene de *instructoris*, que significa supervisor...”.<sup>345</sup>

Para nosotros la palabra instrucción es la etapa procedimental en la que se informa al órgano jurisdiccional mediante las pruebas correspondientes, sobre la existencia de un delito y la probable responsabilidad de una persona.

Para Leopoldo de la Cruz Agüero la instrucción debe de considerarse como “...el trámite, curso o formalización de un proceso o expediente, reuniendo pruebas, citando y oyendo a los interesados, practicando cuantas diligencias y actuaciones sean necesarias para que el órgano jurisdiccional esté en posibilidad de fallar o resolver en definitiva el asunto...”.<sup>346</sup>

En la instrucción es donde se reciben las pruebas, se escucha a las partes y se realizan toda clase de diligencias para conocer la verdad histórica de los hechos debatidos en el proceso.

---

<sup>345</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José, *op.cit.*, pág. 197.

<sup>346</sup> CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 149.

La instrucción se inicia a partir del auto de formal prisión o de sujeción a proceso según la doctrina dominante, la instrucción es "... la etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas en el proceso penal."<sup>347</sup>

En efecto, la instrucción se refiere al periodo de ofrecimiento de pruebas por parte del Ministerio Público, del procesado y del defensor, quienes tendrán 3 días para el ofrecimiento de pruebas, si el juicio es sumario o 15 días para el ordinario, el órgano jurisdiccional podrá aceptarlas, según se haya o no cumplido con los requisitos legales, para posteriormente señalar día y hora para su desahogo.

El maestro Julio Acero asegura que la instrucción "consiste en introducir, es decir, dar a conocer por lo que toca a las partes, mediante pruebas en su ofrecimiento y desahogo al juez, las circunstancias relacionadas con la conducta delictiva y la responsabilidad o inculpabilidad penal del procesado...".<sup>348</sup>

En la instrucción el cuerpo del delito ya ha quedado debidamente demostrado, es por ello que el órgano jurisdiccional dictó el auto de procesamiento, sin embargo. El hecho de que exista en favor del procesado la presunción de inocencia, no significa necesariamente que deba de quedar en un estado pasivo total el procesado, sino por el contrario demostrar con pruebas fehacientes la inexistencia del delito o de la no participación en los hechos materia del proceso.

---

<sup>347</sup> BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, *op.cit.*, pág. 315.

<sup>348</sup> ACERO, Julio, *op.cit.*, pág. 124.

En opinión de Carlos Barragán Salvatierra, la instrucción aplicada al procedimiento judicial, debe de tomarse en su significado técnico-jurídico como la fase preparatoria o juicio que tiene por objeto la reunión de las pruebas y el uso de procedimientos y formalidades para poner un negocio en estado de ser juzgado, la instrucción es la primera parte del proceso en que se recogen y coordinan las pruebas con sujeción a las normas procesales, se perfecciona la investigación y se prepara el material indispensable para la apertura del juicio.<sup>349</sup> En efecto la instrucción formal es aquella etapa previa al juicio en donde, se deben de ofrecer y desahogar las pruebas ofrecidas por las partes con la finalidad de demostrar los extremos de sus pretensiones.

Según el maestro Guillermo Colín Sánchez la instrucción es la "...etapa procedimental en donde se llevarán a cabo los actos procesales, encaminados a la comprobación de los elementos del cuerpo del delito y al conocimiento de la responsabilidad o inocencia del supuesto sujeto activo. El órgano jurisdiccional, a través de la prueba, conocerá la verdad histórica y la personalidad del procesado para estar en aptitud de resolver en su oportunidad la situación jurídica planteada."<sup>350</sup> La instrucción es la etapa más importante del procedimiento penal, porque es la etapa en donde las partes gozan de más igualdad, lo anterior lo afirmamos porque en la agencia investigadora se le da un trato preferencial al ofendido, pasando a un segundo plano el probable responsable, tomándosele su declaración únicamente como requisito para poder consignar el expediente ante el juez.

---

<sup>349</sup> Cfr. BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, *op.cit.*, págs. 316-317.

<sup>350</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *op.cit.*, pág. 235.

El Código Federal de Procedimientos Penales establece claramente en su artículo 1, fracción III, lo siguiente: “El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que se hubiese cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.” La instrucción abarca desde el auto de procesamiento hasta que se declara cerrada la instrucción, pasándose inmediatamente a la etapa de juicio, en donde el órgano jurisdiccional determina en definitiva sobre los hechos cuestionados.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, divide en dos períodos la instrucción: el primer período abarca desde el auto de radicación hasta el auto de formal prisión o del auto de sujeción a proceso, y la segunda parte empieza con el auto de procesamiento y termina con el auto que declara cerrada la instrucción.

En la actualidad, el procesado durante la instrucción cuenta con diversos medios probatorios para demostrar la inocencia o inexistencia del cuerpo del delito, auxiliándose con las múltiples ramas de las ciencias y sus disciplinas, tales como la Criminalística, la Medicina Legal, la grafoscopía, dactiloscopía, balística, documentología e incluso el arte, para demostrar que no existe el cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad.

La duración de la instrucción se encuentra contemplada en el artículo 20, apartado “A”, fracción III, constitucional, donde se indica que “será juzgado antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.”

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no contempla ningún plazo para que el órgano jurisdiccional pueda dictar sentencia, es por ello que se habrá de estar a lo dispuesto por el citado artículo 20, apartado "A", fracción VIII Constitucional, si se realiza un análisis exhaustivo del referido plazo establecido se tendrán que contar también las etapas de preinstrucción, instrucción y juicio contándose a partir de que se haya puesto a disposición de la autoridad judicial al inculpado.

El Código Federal de Procedimientos Penales sí establece un plazo para que se dicte sentencia, al respecto el artículo 147 señala "la instrucción deberá de terminarse en el menor tiempo posible. Cuando exista auto de formal prisión y el delito tenga señalada una pena máxima que exceda de dos años de prisión, se terminará dentro de diez meses; si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o se hubiere dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de tres meses.

"Los plazos a que se refiere este artículo se contarán a partir de la fecha del auto de formal prisión o del de sujeción a proceso, en su caso. Dentro del mes anterior a que concluya cualquiera de los plazos antes señalados, el juez dictará auto que señala esta circunstancia, así como la relación de pruebas, diligencias y recursos que aparezcan pendientes de desahogo. En el mismo auto el juez ordenará se gire oficio al tribunal unitario que corresponda, solicitándole resolver los recursos antes de que se cierre la instrucción y dará vista a las partes, para que, dentro de los diez días siguientes, manifiesten lo que a su derecho convenga, indicándoles que de no hacerlo resolverá como lo ordena el artículo 150 de este Código.

“Cuando el juez omita dictar el auto a que se refiere el párrafo anterior, cualquiera de las partes podrá recurrir en queja, en la forma prevista por este Código.”

En materia procesal federal, se establecen los plazos de 10 y 3 meses respectivamente atendiendo a la penalidad establecida para cada delito, lo que trató el legislador fue hacer más pronta la administración de justicia en materia federal.

Es recomendable que una vez dictado el auto de formal prisión, si no se ofrecieron y desahogaron pruebas dentro del plazo constitucional, se proceda a hacerlo, analizando minuciosamente todos los elementos contenidos en la averiguación previa para aportar las probanzas necesarias tendientes a desvirtuar las del Ministerio Público.

Una vez que se han desahogado todas y cada una de las pruebas ofrecidas y admitidas durante la secuela procedimental, procede solicitar al juez se declare agotada la instrucción o bien el juez de oficio acordará esta situación, ordenando se ponga a la vista de las partes por diez días comunes para promover pruebas que no se ofrecieron, los cuales deben de desahogarse dentro de los 15 días siguientes a partir del auto que las admita, esto según el artículo 150 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Leopoldo de la Cruz Agüero advierte “con el objeto de evitar situaciones que pueden retardar el procedimiento, lo recomendable para el defensor y para el inculpado es que desde el inicio de la instrucción se ofrezcan todas las pruebas que procedan y se puedan cumplimentar dentro de los plazos que la ley de la materia fija, evitando de esa manera problemas moratorios que redundan en perjuicio de una justicia pronta y expedita en la

inteligencia de que en la segunda instancia, al promoverse el recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, no tendrán el defensor ni el inculpado los mismos derechos y garantías que tuvieron en la primera instancia en cuanto a pruebas se refiere, por lo que no deben de desaprovecharse los derechos y garantías que se otorgan a las partes en la primera instancia.”<sup>351</sup>

Existen diversos factores que pueden retardar el procedimiento, el principal es que el órgano jurisdiccional tenga pruebas pendientes que desahogar, en ese supuesto o viola la garantía de defensa del procesado cerrando la instrucción o bien viola la garantía de ser sentenciado en los 10 o 3 meses que señala el artículo 147 del Código Federal de Procedimientos Penales, ante tal situación el órgano jurisdiccional incurre en responsabilidad, tal y como lo señala la siguiente tesis jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la nación :

“INSTRUCCIÓN, TERMINOS PARA CERRAR LA.- aún cuando fuese cierto que el término para cerrar instrucción excediere del establecido por el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sinaloa, ello significaría en todo caso la existencia de una responsabilidad oficial, en que incurriría el juzgado por exceder el término legal para cerrar la instrucción, más no implica que tenga como consecuencia en que se reponga el procedimiento por la supuesta violación cometida, máxime si durante el proceso se observaron las normas que lo

---

<sup>351</sup> CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, *op.cit.*, pág. 159.

regulan y se desahogaron las pruebas necesarias ofrecidas por las partes y las consideradas por el propio juzgador.”<sup>352</sup>

Son varias las causas por las cuales el órgano jurisdiccional puede excederse en plazos para dictar sentencia, entre las que tenemos:

a) La interposición del amparo contra el auto de formal prisión o de cualquier otra resolución decretada por el juez. En tales casos se prolonga la secuela procedimental probatoria por circunstancias o factores ajenos a las partes, como cuando no existen peritos, cuando se presentan pruebas supervenientes que se encuentran fuera de la jurisdicción, cuando se diligencian exhortos, inspecciones, testimoniales en lugares distintos.

b) El exceso de labores imperantes en los juzgados, lo que hace materialmente imposible desahogar las pruebas con la brevedad que se requiere.

La incapacidad de los secretarios y demás servidores públicos que debido a su deficiente preparación, falta de práctica o de estudio, resultan un obstáculo para el buen funcionamiento del tribunal.

Las violaciones procesales que cometa el tribunal, como la de no dictar sentencia dentro de los plazos establecidos, no trae como consecuencia la libertad absoluta del procesado, sino que cesen las demoras injustificadas por parte del tribunal, es decir, el tribunal de alzada no

---

<sup>352</sup> A. D. 50927/1971. Juan Figueroa Pacheco, Marzo 13 de 1972, primera sala, séptima época, volumen 39, segunda parte.

entrará al estudio del cuerpo del delito ni de la probable responsabilidad, se basará únicamente en el hecho de que no se ha dictado sentencia dentro de los plazos señalados por la legislación, al efecto es aplicable la siguiente jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“PROCESOS.- El amparo que se conceda porque no son fallados dentro del término constitucional, lo es para el objeto de que la autoridad responsable dicte a la mayor brevedad posible la sentencia correspondiente y la de amparo no puede tener otros alcances que la de hacer que desaparezcan las demoras injustificadas en la tramitación del juicio; pero no que éste, se falle inmediatamente, cualquiera que fuere su estado.”<sup>353</sup>

Para Rivera Silva, en el primer período de la instrucción se liquida con la recepción de las pruebas que las partes y el juez han propuesto, en cambio en el segundo período “...tenemos el auto que declara agotada la averiguación. Esta resolución es llamada vulgarmente auto de vista de partes y se dicta cuando a juicio del juez instructor, se encuentra agotada la averiguación por haberse agotado todas las diligencias solicitadas por las partes, avisándoles que estando por cerrarse la instrucción, deben de revisar el expediente con el objeto de que se den cuenta de las diligencias que faltan y en su caso, solicitar el desahogo de ellas...”<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> Primera Sala, Apéndice de jurisprudencia 1975, segunda parte, volumen XXXI, pág. 346

<sup>354</sup> RIVERA SILVA, Manuel, *op.cit.*, pág. 285.

En efecto, el auto que declara agotada la instrucción puede abrir un segundo período de ofrecimiento de pruebas, sin embargo es opcional para el órgano jurisdiccional abrirlo, esto acorde a la interpretación del artículo 314, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual señala textualmente lo siguiente: “si al desahogar las pruebas aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad.

## 5.5. El juicio

Para Díaz de León, el juicio es el acto “...procesal por medio del cual el juez realiza un estudio pormenorizado de los hechos contenidos en la causa concatenándolos de una manera lógica y natural con todas y cada una de las pruebas que obran en el sumario para estar en posibilidad de pronunciar sentencia que conforme a Derecho proceda.”<sup>355</sup> El juicio es la etapa en donde va a tener aplicación el análisis de los hechos controvertidos y que serán plasmados en la sentencia, en donde el órgano jurisdiccional debe de concatenar de manera lógica y natural todas las pruebas para condenar o para absolver a un procesado.

Rafael de Pina puntualiza que “...juicio y proceso son sinónimos, significando con ello el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la finalidad judicial la aplicación judicial del Derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto mediante una decisión de un juez competente.”<sup>356</sup>

---

<sup>355</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *op.cit.*, pág. 432.

<sup>356</sup> PINA, Rafael de, “**Diccionario de Derecho**”, 3ª edición, Porrúa, México, 1983, pág. 223.

Este criterio antes señalado no es el adecuado para la materia penal en virtud de que si bien es cierto el juicio y el proceso tienen como finalidad la aplicación judicial del Derecho objetivo, también lo es que el proceso es una etapa en donde se ofrecen, se admiten y se desahogan las pruebas aportadas por las partes, cabe hacer mención que no existe ninguna injerencia ni decisión del tribunal, en cambio el juicio es cuando se cierra el proceso, es decir, cuando el órgano jurisdiccional entra al estudio del caso concreto para con posterioridad plasmarlo en la sentencia.

Joaquín Escriche, señala que el juicio “...en el sentido procesal, es el conocimiento que el juez adquiere de una causa en la cual tiene que pronunciar sentencia, o la legítima discusión de un negocio entre actos (sic) y reo ante un juez competente, que la dirige y la determina con su decisión o sentencia definitiva...”.<sup>357</sup>

Tampoco estamos de acuerdo con el criterio sustentado por el maestro Escriche en virtud de que el juicio no es el conocimiento de un caso concreto, porque conoce el órgano jurisdiccional de un hecho desde el momento en que le es consignado el expediente, en cambio en donde se decide sobre el Derecho de fondo es en la sentencia.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se encuentran los siguientes datos “JUICIO. I. (Del latín *iudicium*, acto de decir o mostrar el derecho (sic). En términos generales, la expresión de juicio tiene dos grandes significados en el Derecho procesal. En sentido amplio, se le utiliza como sinónimo de procedimiento o secuencia ordenada de actos a través de los

---

<sup>357</sup> ESCRICHE, Joaquín, “**Diccionario de Legislación**”, 2ª edición, Porrúa, México, 1993, pág. 346.

cuales se desenvuelve todo un proceso...en un sentido más restringido, también se emplea la palabra juicio para designar sólo una etapa del proceso la llamada precisamente juicio y a un solo acto la sentencia...”.<sup>358</sup>

El artículo 1-IV del Código Federal de Procedimientos Penales señala textualmente lo siguiente: “El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva.” De acuerdo a este artículo los actos o elementos que componen el juicio son los siguientes:

- a) Los actos de acusación, la cual quedará precisada en las conclusiones emitidas por el Ministerio Público.
- b) Los actos de defensa, los cuales quedarán a cargo del abogado defensor y del propio procesado presentar sus conclusiones en donde se ataque el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.
- c) Los actos de decisión o de sentencia.

De este modo estimamos que por juicio debe entenderse, la etapa procesal que sigue una vez concluida la secuela probatoria y que corresponde solamente al juzgador, para realizar un estudio pormenorizado de todas y cada una de las pruebas, así como de los hechos que obran en el sumario de una manera lógica e imparcial en la sentencia.

---

<sup>358</sup> Diccionario jurídico mexicano, tomo G-J, *op.cit.*, pág. 345.

Para el maestro Constancio Bernardo de Quirós, la conclusión significa “término, fin, extinción. Determinación adoptada en un asunto, proposición que se da por firme, como demostrativa de un hecho, cada una de las afirmaciones numeradas que exige la ley en el escrito de calificación penal, la terminación de los alegatos y defensa de una causa, así como el fin material de un procedimiento o de un periodo del mismo.”<sup>359</sup>

En efecto las conclusiones, del Ministerio Público es la acusación en firme que realiza en contra de un enjuiciado, debiendo de reunir ciertos requisitos para que deban de ser tomadas en cuenta por parte del juzgador tal y como lo señalan los artículos 316 y 317 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, el primero de los numerales señala textualmente lo siguiente: “El Ministerio Público al formular sus conclusiones, hará una exposición sucinta y metódica de los hechos conducentes, propondrá las cuestiones de derecho que de ellos surjan, citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables y terminará su pedimento en proporciones concretas.”

La exposición sucinta y metódica de los hechos conducentes que señala el autor se refiere más a establecer con toda claridad por parte del Ministerio Público los hechos materia del proceso, debiéndose de realizar en forma histórica, es decir, exponiendo los hechos más remotos a los hechos más recientes, en razón a lo anterior los hechos deberán de acreditar plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado.

---

<sup>359</sup> QUIROS, Constancio Bernardo de, “**Diccionario jurídico elemental**”, 3ª edición, Cajica, México, 1968, pág. 34.

En la praxis se estila que los Ministerios Públicos se dedican solamente a transcribir todas las pruebas exhibidas durante la averiguación previa y durante la instrucción sin que se le dé atención especial al razonamiento que debe de realizar el representante social en su escrito de conclusiones. Como segundo requisito el Ministerio Público deberá de proponer las cuestiones de Derecho que de los hechos surjan, en otras palabras deberá de establecer los preceptos normativos aplicables al caso concreto controvertido; citará las leyes, ejecutorias y doctrinas aplicables, pues es muy importante que el Ministerio Público al momento de realizar sus conclusiones haga transcripciones de ejecutorias o jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplicables al caso concreto en la práctica es muy raro que esto suceda debido al cúmulo de trabajo que tienen éstos servidores públicos. Otro de los requisitos para la emisión de conclusiones del representante social está la de establecer su pedimento en proposiciones concretas, es decir, de todo el análisis hecho en el cuerpo de las conclusiones se debe de llegar al punto en donde se determine en cuatro o cinco renglones lo que solicita el Ministerio Público.

Otro de los requisitos que establece la ley para la emisión de conclusiones del Ministerio Público está contenido en el artículo 317 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual prevé “en las conclusiones que deberán de presentarse por escrito, se fijarán en proposiciones concretas los hechos punibles que se atribuyan al acusado, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y perjuicio, con cita de las leyes y de la jurisprudencia aplicable al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos de prueba relativos a la comprobación del delito y las conducentes a establecer la responsabilidad penal.” De lo anterior podemos señalar que este artículo contempla los siguientes requisitos:

- a) Se deberán de presentar por escrito.
- b) Se deberán de fijar proposiciones concretas de los hechos punibles que se atribuyan al acusado.
- c) Solicitar la aplicación de las sanciones correspondientes.
- d) Solicitar la condena de la reparación del daño y del perjuicio ocasionado a la víctima del delito.
- e) Citar las leyes y jurisprudencias aplicables al caso concreto.
- f) Las proposiciones deberán de contener los elementos de prueba relativos a la comprobación del delito y las conducentes a establecer la responsabilidad penal.

En relación al primer requisito podemos comentar que las conclusiones emitidas por las partes deberán emitirse por escrito en los juicios ordinarios, al contrario de cómo sucede en los juicios sumarios en los cuales deberán de emitirse en forma verbal, tal y como lo señala el artículo 308, segundo párrafo, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el cual señala que “una vez terminada la recepción de pruebas, las partes deberán de formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta respectiva.” Es muy difícil que en la praxis se lleve a cabo esta disposición en virtud de

que se tendría que disponer de una persona del juzgado para realizar únicamente la captura de las conclusiones del Ministerio Público. En el proceso sumario si bien es cierto que la ley no establece requisito alguno para la emisión de sus conclusiones, también lo es que mínimo deben de reunir los requisitos establecidos por el artículo 316 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, debido a que de esa forma podrá llevarse un pedimento de una forma más lógica.

El tercero de los requisitos señala que en las conclusiones se deben de solicitar la aplicación de las sanciones correspondientes, sin embargo creemos que dicho requisito no es obligatorio, en virtud de que la institución del Ministerio Público es de buena fe, es decir, el representante social bien puede realizar conclusiones inacusatorias pidiendo el sobreseimiento del juicio en razón de que no esté plenamente acreditado el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del enjuiciado. También deberán de tomarse como conclusiones no acusatorias en aquellos en donde no se concrete la pretensión punitiva, es decir, que no se establezcan en las conclusiones en forma clara y precisa la acusación por la cual pide se aplique una determinada sanción según lo establece el artículo 320 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Las conclusiones del Ministerio Público deberán de contener los elementos de prueba relativos a la comprobación del cuerpo del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad penal, los elementos probatorios deberán de ser bastantes a juicio del juzgador para tener por comprobado el cuerpo del delito, no obstante que ya en el auto de procesamiento o en la orden de aprehensión se haya tenido por comprobado, ya sea con los mismos elementos probatorios que se exhibieron en la agencia investigadora o bien con

otras probanzas que se hayan desahogado durante la instrucción. A nuestro parecer la ley procesal debe de establecer con toda precisión las pruebas que se deben de aportar durante el procedimiento para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, por ello proponemos que se imponga como obligación para el Ministerio Público acreditar los elementos básicos de los elementos del tipo penal como son:

- a) La acción u omisión.
- b) La lesión o bien la puesta en peligro del bien jurídico.
- c) La forma de intervención del sujeto activo.
- d) El dolo o la culpa.

Así como los elementos complementarios entre los que tenemos:

- 1) La calidad del sujeto activo y pasivo.
- 2) El resultado.
- 3) Atribuibilidad a la acción u omisión.
- 4) El objeto material.

- 5) Los medios utilizados.
- 6) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.
- 7) Los elementos normativos.

Cabe hacer mención que todos estos elementos son necesarios para darle mayor seguridad jurídica a las personas que son acusadas de una conducta criminal, debiéndose de realizar cambios estructurales para que estos queden establecidos en la Carta Magna, así como en las leyes secundarias.

Los alegatos son de vital importancia, y deben de estar señalados en las propias conclusiones, sólo sirven para tratar de lograr la convicción del juez en el tránsito justo de lo fáctico hacia lo jurídico, pero nunca deben de vincular obligatoriamente la decisión del juzgador, pues si esto ocurriera, sería tanto como trasladar el poder de la jurisdicción a las partes, quienes lo ejercerían al mediatizar al tribunal con sus alegatos.

Díaz de León considera que los alegatos son el sinónimo de las conclusiones, señalando que “en el proceso penal mexicano los alegatos, aunque desnaturalizados, reciben el nombre de conclusiones. Las conclusiones, pues, son los alegatos que expresan las partes al juez, después de cerrada la instrucción, en los que manifiestan sus puntos de vista sobre los

hechos que versa el proceso, las pruebas desahogadas y sus alcances, así como del Derecho sustantivo penal que cada una de aquellas por su lado considera debe de aplicarse.”<sup>360</sup>

Por cuestiones de política criminal en nuestro sistema jurídico las conclusiones del Ministerio Público pierden su naturaleza de alegatos, sin embargo no dejan de poseer la calidad de opiniones orientadoras para el juez, las conclusiones son decisiones unilaterales del Ministerio Público que fijan la pretensión punitiva por la cual debe de fallarse en definitiva, tratándose de las conclusiones inacusatorias es obligatorio para el juzgador decretar la libertad del procesado, al respecto es aplicable la siguiente jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“ACUSACION. EL JUEZ NO DEBE DE REBASARLA. El órgano jurisdiccional no puede sancionar atendiendo a situaciones más graves que las consideradas por el Ministerio Público.”<sup>361</sup>

En efecto, el órgano jurisdiccional actúa en virtud de las peticiones formuladas por el Ministerio Público, ya que éste al momento de emitir las realiza la acusación formal en contra de una persona donde establece el delito, las calificativas y las agravantes que pudieran comprobarse durante la secuela procesal.

Es importante dejar establecido que cuando el Ministerio Público en sus conclusiones solicite se tome en consideración alguna agravante o alguna calificativa, debe de señalar

---

<sup>360</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *op.cit.*, pág. 622.

<sup>361</sup> Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, segunda parte, volumen XII, pág. 14.

con precisión la calificativa respectiva, porque si no lo hace, al momento en que se dicte la resolución definitiva se debe de absolver por éste concepto en virtud de que no existe una acusación concreta, al respecto es aplicable la siguiente jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“ACCION PENAL. CONCLUSIONES ACUSATORIAS DEL MINISTERIO PUBLICO.- La responsable aplicó el artículo 281 bis del Código Penal, sin especificar cuál de las calificativas concretas que dicho precepto prevé, se estimó demostrada, si bien parece deducirse que el robo se tuvo por cometido en casa habitada; como las conclusiones del Ministerio Público no sólo no contienen imputación específica de que el delito es calificado, sino que siquiera el precepto de referencia se invoca como aplicable, debe de concluirse que la responsable, al hacer suya la decisión del inferior, sobrepasó los términos de la acusación del Ministerio Público, con violación del artículo 21 constitucional.”<sup>362</sup>

Es importante este criterio jurisprudencial, porque las conclusiones del Ministerio Público son la base de las conclusiones de la defensa, en primer lugar, debe existir la acusación concreta del representante social, para que con ello se pueda realizar una defensa adecuada.

En relación a las conclusiones de la defensa podemos comentar que la ley procesal no exige ningún requisito ni de forma ni de fondo, así se deduce de lo preceptuado por el artículo 318 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual señala textualmente lo siguiente: “La exposición de las conclusiones de la defensa no se sujetará a

---

<sup>362</sup> Semanario Judicial de la Federación, 1ª sala, Séptima época, Vol. XCX, pág. 24.

regla alguna; si aquella no formula conclusiones en el plazo que establece el artículo 315 de éste Código, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad y se impondrá al o a los defensores una multa hasta de cien veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal o un arresto hasta de tres días.” La primera parte de lo establecido por el artículo en comento señala que no se tendrán que sujetarse los defensores a ninguna regla para formular sus conclusiones, desafortunadamente dicho precepto se utiliza por algunos defensores para realizar de una forma deficiente las conclusiones.

Es importante dejar asentado que la defensa no debe ceñirse a criterios meramente subjetivos, sino que por el contrario deben realizarse de acuerdo a los probanzas desahogadas durante la instrucción, se debe solicitar incluso la aplicación de leyes o artículos que beneficien al enjuiciado, atacando de una forma directa las conclusiones acusatorias presentadas por el Ministerio Público, el Código Federal de Procedimientos Penales no hace alusión a las conclusiones de la defensa, únicamente el artículo 297 del citado ordenamiento señala que “si al concluirse el término concedido al acusado y su defensor, éstos no hubieren presentado conclusiones, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad”, de lo anterior se desprende que tampoco en materia federal existen requisitos que exija la ley para la presentación de las conclusiones de la defensa.

Una vez presentadas las conclusiones acusatorias del Ministerio Público y las propias de la defensa, el órgano jurisdiccional señalará día y hora para la celebración de la audiencia de vista como lo señala el artículo 325 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual menciona textualmente que “exhibidas las conclusiones de la defensa, o en el caso de que se le tengan por formuladas las de inculpabilidad, conforme al artículo 318,

el juez fijará día y hora para la celebración de la vista, que se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes.” En efecto si el abogado defensor no presenta sus conclusiones en legal tiempo y forma, entonces el juez tendrá por formuladas las de inculpabilidad, pasando de inmediato a señalar día y hora de la audiencia de vista. En nuestro sistema jurídico no se le toma mucha importancia a dicha audiencia en virtud de que los servidores públicos, no le otorgan el uso de la palabra a las partes y solamente se concretan a llenar un formulario, para de inmediato pasarlo a las partes para su firma.

Díaz de León señala que en nuestro sistema procesal penal se llama audiencia de vista a la diligencia final de primera instancia, en la cual las partes se hacen oír del órgano jurisdiccional sobre las posturas procesales y de fondo que hubieren sostenido en el proceso, lamentablemente acaso por desconocimiento, las partes y aún el tribunal soslayan la importancia de esta audiencia, por lo mismo es una diligencia donde las partes deberán de llamar la atención del juez sobre sus respectivos puntos de vista. La obligación del juez de presenciar la audiencia, se basa en el principio de inmediación procesal que obliga al juez a actuar junto a las partes, en tanto sea posible el contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios. La audiencia de vista busca dar así vigencia al principio para que el órgano jurisdiccional tenga contacto directo y personal con las partes pero principalmente con el inculcado a fin de oír a éstos en sus opiniones respecto de cómo se encuentra el proceso de acuerdo a los intereses que tengan o representen, lo cual vendrá a equivaler a algo así como sus alegatos.<sup>363</sup>

---

<sup>363</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *op.cit.*, pág. 639.

La visión del autor antes citado es parcial porque establece como finalidad única de la audiencia de vista, la emisión de alegatos, sin embargo en la misma se deben de leer todas aquellas diligencias que considere el procesado que sean necesarias para su debida defensa, puede incluso el abogado defensor ratificar y ampliar en la audiencia de vista sus conclusiones, pero sobre todo existe una especie de citación para sentencia, es decir, a partir de ese momento en los juicios ordinarios el juez tendrá 15 días hábiles para dictar su sentencia. El artículo 328 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala las finalidades de la audiencia de vista, refiriendo lo siguiente: “después de recibir las pruebas que legalmente puedan presentarse, de la lectura de las constancias que las partes señalen y de oír los alegatos de las mismas, el juez declarará visto el proceso, con lo que termina la diligencia.” En relación al primer supuesto del artículo 328 diremos que en la audiencia de vista también pueden presentarse las pruebas, aquí es necesario dejar claro que el artículo es general, es decir no señala las pruebas que deben ser admitidas, por lo cual opinamos que son todas aquellas que establece el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Joaquín Escriche señala que “...cualquiera de las partes puede solicitar la repetición de algunas diligencias de prueba que se hubieren desahogado en la instrucción, así se efectuará siempre y cuando, ello sea necesario y posible a juicio del tribunal, ésto implica la posibilidad de que se repitan en la audiencia múltiples probanzas ante la presencia del juez, aunque claro está dentro de los marcos de su desahogo anterior, pueden pues citarse con los

apercibimientos que correspondan a testigos o peritos, por ejemplo para que concurran a la vista a repetir diligencias probatorias en las que hubieran intervenido...”<sup>364</sup>

Creemos acertado lo establecido por el maestro Joaquín Escriche en relación a que en la audiencia de vista se puede solicitar la repetición de alguna diligencia, sin embargo esto estará supeditado a que el órgano jurisdiccional lo considere pertinente para saber la verdad de los hechos, sin embargo esto no quiere decir que se pueden presentar toda clase de pruebas, tal y como se pudiera interpretar del artículo 328 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, porque entonces se estaría hablando de un tercer período de ofrecimiento de pruebas, sin embargo consideramos lógico que en la audiencia de vista puedan repetirse algunas probanzas que con anterioridad ya se hubiesen desahogado siempre que se justifique su necesidad, que dicha repetición debe de realizarse el día y hora señalado para la celebración de la audiencia de vista.

Al solicitar la repetición de alguna diligencia, es necesario que quien lo solicite señale los motivos, las causas o las circunstancias por las cuales están solicitando la repetición en caso contrario la desechará de plano el juzgador. También es perfectamente legal que previo a la audiencia de vista la parte interesada solicite el auxilio del juzgado, para que por su conducto se cite a alguna persona, ya sea denunciante, policías remitentes, testigos de cargo, peritos o cualquier persona que haya declarado en la instrucción, para la repetición de la diligencia.

---

<sup>364</sup> ESCRICHE, Joaquín, op.cit., pág. 341.

Una vez que se haya declarado visto el proceso se pronunciará sentencia dentro del plazo de 15 días hábiles, esto en los juicios de naturaleza ordinaria. La sentencia es la resolución definitiva en donde se hace el estudio del cuerpo del delito, así como de la responsabilidad penal del enjuiciado, dicha resolución tiene el carácter de fija. Una vez dictada el juez no puede modificarla, pero las partes tienen derecho a apelar la resolución y cuando se ha dictaminado en la segunda instancia aún así nuestro punto de vista la definitividad no es completa, ya que se puede interponer el juicio de garantías ante los Tribunales Colegiados de Circuito, en esta resolución es cuando se puede hablar en estricto sentido de definitividad de la sentencia.

Para el maestro Carlos Barragán Salvatierra, el juez al dictar la sentencia definitiva, tiene que entrar al estudio de todas y cada una de las pruebas ofrecidas, admitidas y desahogadas por las partes, esto, es la verdad histórica y es fundamental tomar en cuenta el estudio de personalidad del delincuente para que dicha sentencia sea ajustada a derecho (sic) si el juez al dictar la sentencia definitiva tiene duda sobre la responsabilidad del sujeto o por insuficiencia de las pruebas debe de absolver al procesado, bajo el principio de que se debe de estar a lo más favorable al reo, ajustándose a la acusación del Ministerio Público.<sup>365</sup>

## **5.6. La sentencia**

---

<sup>365</sup> Cfr. BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, *op.cit.*, pág. 457.

La voz sentencia encuentra su raíz etimológica en “*sententia*” palabra latina que significa dictamen o parecer de *sentien*, *sentientis*, participio activo, *sentire*, sentir y es utilizada en el Derecho para denotar al mismo tiempo un acto jurídico procesal y el documento en el cual se consigna una determinación de carácter judicial, se le llama sentencia porque deriva del término latino *sentiendo*, ya que el tribunal declara lo que siente según lo que resuelve en el proceso.

Según González Blanco en la sentencia “...en sentido estricto, el objeto se reduce a los hechos motivadores del ejercicio de la acción penal, mismos que tomará en consideración el órgano jurisdiccional relacionándolos con todas las diligencias practicadas durante el procedimiento, para así resolver sobre la situación jurídica del sujeto a quien se le atribuyen. En cambio el fin de la sentencia es la aceptación o negación de la pretensión punitiva y para ello será necesario que el juez mediante la valoración procedente, determine la tipicidad o atipicidad de la conducta, la suficiencia o insuficiencia de la prueba, la existencia o inexistencia del nexo causal entre la conducta y el resultado la capacidad de querer y entender del sujeto, para así establecer la culpabilidad o la inculpabilidad, la operancia o no de la prescripción o de alguna otra causa extintiva de la acción penal...”<sup>366</sup>

Rivera Silva menciona “a pesar de que la doctrina sistemáticamente determina la irrevocabilidad de la sentencia ejecutoriada, es pertinente aclarar que debido al juicio de amparo y al hecho de no existir plazo para acudir al juicio de garantías, la verdad legal no

---

<sup>366</sup> GONZÁLEZ BLANCO, Alberto, *op.cit.*, pág. 321.

se establece, sino después de la resolución dictada en amparo directo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o del Tribunal Colegiado, según su competencia...”.<sup>367</sup>

En efecto mientras que la sentencia no cause estado, no se puede hablar de irrevocabilidad porque el tribunal que conozca del amparo directo puede revocar la determinación del inferior, como sucede con las sentencias de segunda instancia en donde es factible que se modifique la sentencia.

### **5.7. El ejemplo del delito de enriquecimiento ilícito**

El caso del delito de enriquecimiento ilícito sirve para ejemplificar que nuestro sistema jurídico se encuentra de cabeza, ya que el legislador con el afán de contener la corrupción de los servidores públicos ha creado tipos penales, que a nuestra consideración afectan de forma grave la seguridad jurídica de las personas que ostentan ese tipo de cargos y que van en contra de los principios establecidos por nuestra Carta Magna sobre todo el de presunción de inocencia.

El artículo 275 del Código Penal para el Distrito Federal señala textualmente que “comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia.

---

<sup>367</sup> RIVERA SILVA, Manuel, *op.cit.*, pág. 310.

“Para determinar el enriquecimiento del servidor público, se tomarán en cuenta los bienes a su nombre y aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, además de lo que al respecto disponga la legislación sobre responsabilidades de los servidores públicos.

“Al servidor público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito, se le impondrán las siguientes sanciones:

“Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y en el momento en que se comete el delito, se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a trescientos días de multa.

“Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo antes anotado, se impondrán de dos a doce años de prisión y de trescientos a seis cientos días multa.”

Por su parte el artículo 224 del Código Penal Federal señala expresamente lo siguiente:

“Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

“Incorre en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma ley, a sabiendas de esa circunstancia.

“Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:

“Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

“Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

“Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a catorce años de para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”

Para el maestro Raúl Cárdenas Rioseco “la redacción del ilícito penal carece de claridad, no es precisa ni es exacta, no define una conducta, sino sólo un resultado, no es comprensible para los destinatarios de la norma y por ello, atenta en contra del principio de seguridad jurídica.”<sup>368</sup>

El precepto en donde se establece el tipo penal de enriquecimiento ilícito no contiene un núcleo esencial de prohibición, no define ni precisa ninguna conducta, en el mejor de los casos ésta es indeterminada, el texto como está redactado no aporta elementos para identificar el objeto de la prohibición ni dispone si se comete por acción o por omisión, no describe un ilícito. Una figura así establecida no es posible calificarla de delito y de aceptar que por virtud de ella se castigue a alguien.

Cabe hacer mención que dicho tipo penal viola el principio de inocencia y establece la inversión de la carga de la prueba, ya que en un Estado de Derecho como pretende serlo el sistema mexicano con base en los artículos 16 y 21 constitucionales, los tratados y las convenciones internacionales suscritos por México, siempre y sin excepciones se debe de presumir la inocencia del reo, éste será inocente mientras tanto no se acredite lo contrario, es el Ministerio Público quien está obligado a probar y sostener su acusación, en él recae la carga de la prueba, en esto consiste el principio acusatorio.

A pesar de lo anterior, el artículo 224 del Código Penal Federal parte del supuesto contrario, supone que el servidor público es culpable y que corresponde a él probar su inocencia, es decir, invierte la carga de la prueba, dispensa al Ministerio Público de la

---

<sup>368</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, *op.cit.*, pág. 234.

responsabilidad constitucional que se le asigna de probar y fundar. El representante social nunca puede ser dispensado de la responsabilidad de probar, no puede ser constitucional un precepto que parta del supuesto de que alguien es culpable salva que demuestre su inocencia.

El artículo 224 del Código Penal Federal viola la garantía de no autoincriminación reconocida por el apartado "A", fracción II, del artículo 20 de la Carta Magna, el cual dispone que un inculpado no está obligado a declarar, es decir, prohíbe que declare en su perjuicio en un proceso penal. No obstante ello en los casos de enriquecimiento ilícito, se obliga al servidor público a justificar el origen de su patrimonio y ante su silencio se hace acreedor a una sanción, esto es, a todas luces inadmisibles en un Estado de Derecho, por ser contrario a la Constitución y atentatorio a los principios fundamentales del Derecho Penal.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito es un delito de sospecha y con ello trasgrede el legislador el principio jurídico *in dubio pro reo*, con los artículos 275 del Código Penal para el Distrito Federal y el artículo 224 del Código Penal Federal se ha vuelto a los procedimientos inquisitoriales, se cita al servidor público, se le conmina a que justifique el origen de su patrimonio, si lo hace y a juicio de la autoridad no realiza tal justificación, se hace una declaración formal de ello, con lo que se tiene por configurado el delito previsto por el citado precepto. Al legislador únicamente le faltó disponer que el reo está obligado a declarar respecto de los ilícitos que ha cometido en su vida y que en forma expresa, se le niegue conocer de qué se le acusa y quién es su acusador.

El delito de enriquecimiento ilícito es un tipo penal en blanco que atenta en contra el principio de seguridad jurídica de los gobernados, cuando un Código prevé un tipo penal y una sanción, pero remite a una segunda ley para ser complementada y éste aparte de no ser penal, no determina nada al respecto. Se hace depender para su integración de una determinación administrativa, sobre todo el artículo 224 del Código Penal Federal en donde remite a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que además de no ser una ley de naturaleza penal, no complementa el tipo contemplado en el CPF, por lo que dicho ilícito en su redacción, no es claro ni mucho menos preciso.

Los artículos en donde se establece el tipo penal de enriquecimiento ilícito son atentatorios contra el principio acusatorio previsto en los artículos 21 primer párrafo y del artículo 102-A de la Carta Magna, porque en un proceso penal es necesario que en igualdad de condiciones, alguien ejercite y sostenga la acción penal que en el presente caso es el Ministerio Público, y que alguien se defienda para que un tercero imparcial juzgue y resuelva. Esto supone que la acusación, el acusador y las pruebas son conocidos por las partes que intervienen en el procedimiento. Todo lo anterior desaparece cuando no existe la contradicción entre las partes y los puntos de vista, como por ejemplo en el caso previsto en el artículo 224 del Código Penal Federal que remite a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Al no justificar el servidor público el aumento de su patrimonio, se configura de inmediato el tipo penal de enriquecimiento ilícito.

La legalidad es un principio esencial a todo Estado democrático y de libertades, en torno a él gira la seguridad de los individuos y de las autoridades, por virtud de él se atiende a lo que le ha sido permitido. Cuando se crea un tipo penal, su observancia, independientemente

de que sea obligatoria resulta esencial. Asimismo es necesario que la redacción del delito deba contener un núcleo esencial de prohibición, un tipo penal debe de ser claro, preciso, y exacto, las generalidades o vaguedades no deben ser características propias de las leyes penales.

Los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 entre otros de la Carta Magna establecen principios genéricamente hablando, de seguridad jurídica y de libertad de los mexicanos, de ellos se desprende sin lugar a dudas el principio de que todo individuo se presume inocente, hasta en tanto a través de una sentencia firme no se demuestre lo contrario, también establece los principios de que nadie estará obligado a autoincriminarse y de que es responsabilidad del Ministerio Público el acusar y probar la culpabilidad de una persona.

El delito de enriquecimiento ilícito va contra la naturaleza de los principios fundamentales que dan carácter a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la existencia de normas que por descuido o ignorancia de quienes asumen la función reformadora de la Carta Magna, disponen salvedades al derecho de que se presuma la inocencia de una persona.

La descripción del delito de enriquecimiento ilícito empieza con el enunciado “a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público.” La palabra motivo es la causa de algo, por su parte María Moliner en su diccionario de uso del español señala que el

motivo es “...algo capaz de mover. Cosa o razón que determina que exista o sea hecha...”.<sup>369</sup>

En las definiciones de 1940 y 1980 del ilícito de enriquecimiento ilícito se empleaba la siguiente redacción “al que durante el desempeño de su encargo o al separarse de él”. Sin embargo, la redacción actual del ilícito en comento suprimió la palabra durante, lo que significa que anteriormente bastaba que el funcionario público se enriqueciera en un determinado lapso de tiempo en que desempeñaba el cargo público, sin que importara que ese enriquecimiento estuviera relacionado o no con las actividades públicas, sin embargo al cambiar el legislador de 1982 la palabra “durante” por las palabras con motivo y siguiendo la definición que nos dan los diccionarios, el enriquecimiento debe de tener su causa precisamente en las actividades del funcionario público sin importar el tiempo.

Alberto Donna señala “en lo que atañe específicamente a las críticas suscitadas en la doctrina ante las desavenencias de la figura en estudio con la Carta Magna, esta posición tomó categórico partido. En efecto se sostiene que el incumplimiento de un deber sustancialmente adquirido por el manejo de los fondos públicos confiados al funcionario y con relación a sus funciones no puede permitir alegar la violación de la presunción de inocencia, sobre todo cuando se trata de hechos que importan de manera vehemente el enriquecimiento a costa de los fondos públicos.”<sup>370</sup>

---

<sup>369</sup> MOLINER, María, “**Diccionario de uso del español**”, 2ª edición, Gredos, España, 1998, pág. 211.

<sup>370</sup> DONNA, Edgardo Alberto, “**Delitos contra la administración de la justicia**”, 3ª edición, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2000, pág.383.

El autor en comento, de antemano, está dando por hecho que el aumento en el patrimonio del servidor público es a costa de los fondos públicos que le han sido confiados, igual como la propia ley lo presume, de acuerdo al maestro Jiménez de Asúa, este delito es de sospecha, es decir, el legislador tiene por ciertos hechos que tal vez no son, por ejemplo el servidor público bien pudo haber aumentado su patrimonio en virtud de una herencia, una donación, o por transacciones comerciales y no precisamente por haber dispuesto de los fondos públicos, sin embargo se presume la culpabilidad del servidor público, siendo contrario a la presunción de inocencia, siendo aplicable la siguiente tesis jurisprudencial:

“LA PRESUNCION DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLICITA EN LA CONSTITUCION FEDERAL.-

De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16 párrafo primero, 19 párrafo primero y 102 apartado A párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende por una parte, el principio de debido proceso legal que implica que el inculpado se le reconozca el derecho a su libertad y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios y seguido un proceso penal en su contra, en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al ministerio público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19 párrafo primero particularmente

cuando previene que el auto de formal prisión deberá de expresar los datos que arroje la averiguación previa, los que deben de ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado, en el artículo 21 al disponer que la investigación y persecución de los delitos incumbe al ministerio público de la federación, la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos, en este tenor debe de estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es el ministerio público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.”<sup>371</sup>

No solamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce *a priori* la inocencia de las personas acusadas por algún delito, incluso México ha suscrito algunos tratados internacionales en donde se obliga a respetar el principio de presunción de inocencia como la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 de Diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos aprobada también por la Asamblea General de las Naciones

---

<sup>371</sup> Tesis número XXXV/2002, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 1293/2002. 15 de Agosto del 2002. Unanimidad de votos. Ponente Sergio Salvador Aguirre Anguiano, secretarios Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Arnulfo Moreno.

Unidas el día 16 de Diciembre de 1996, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cabe hacer mención que los tratados internacionales se ubican por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Carta Magna.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito, se inscribe en la tendencia actual de dejar de lado garantías básicas con tal poder de alcanzar los delitos, en una especie de guerra santa contra la delincuencia e intentando de esta manera y con una actitud demagógica, aceptar lo que aparentemente pide la mayoría de la gente. En otras palabras se pone en juego el Estado de Derecho con el sólo fin de alcanzar metas político-criminales. La actitud no es nueva y se ha visto ya en el Derecho Penal del medio ambiente, en el económico, en el de drogas, todos estos campos tienen en común la ausencia del bien jurídico, la ampliación de los tipos penales, el olvido del Derecho Penal como *ultima ratio*, la tentativa de terminar completamente con el principio de presunción de inocencia. Es una especie de guerra en contra de la delincuencia, en la cual no hay normas, sino de destrucción del enemigo.<sup>372</sup>

Para nosotros una política criminal bien aplicada, debe de ser general, continúa y respetuosa de las garantías individuales, es la forma de combatir de una manera adecuada a la criminalidad. En los países desarrollados se cuida mucho el aspecto de la seguridad jurídica, incluso antes de implementar medidas contra la criminalidad se realizan estudios sobre el impacto social que puedan generar al momento de la aplicación de las normas. El problema no radica en combatir a los delincuentes, sino la forma en que se hace, porque existen principios que no se deben de vulnerarse como la legalidad y la seguridad jurídica de los gobernados.

---

<sup>372</sup> Cfr. Moliner, María, *op.cit.*, pág. 35.

Por nuestra parte consideramos que el tipo penal de enriquecimiento ilícito, es anticonstitucional, debido a que si un funcionario público hereda una fortuna de un pariente en el extranjero y es llamado a justificar el aumento patrimonial y no lo hace, su conducta encuadraría perfectamente en dicho tipo penal, si se quiere buscar otro ejemplo un funcionario público tiene una amante, quien lo mantiene y le da un dinero extra, como este hombre no quiere que su esposa sepa tal situación, decide ocultar el origen de los fondos que entran en su cuenta bancaria, llamado por la autoridad a que lo justifique decide no declarar, no hay otra alternativa, salvo que se cambie el tipo penal, que condenar a este funcionario público, pero no por el enriquecimiento ilícito, sino por callar un romance. El propio Raúl Cárdenas Rioseco señala "...es más existe la posibilidad de un enriquecimiento perfectamente lícito, pero si el agente se niega a probar que lo es, igualmente podría encontrar cabida en dicho delito...".<sup>373</sup>

En otros términos los principios constitucionales de inocencia, de culpabilidad, de *in dubio pro reo*, todos de jerarquía constitucional, más aún de las recientes reformas, quedan todos derogados de un plumazo, por la idea preventiva de meter a la cárcel a los funcionarios públicos, como ejemplo para el resto de la sociedad, pero el daño es mayor, porque el Estado de Derecho queda sin sustento.

Como si fuera poco, un nuevo ejemplo traería más luz al problema y se vería como se ha legislado de manera inadecuada. Si en el legítimo derecho que la Carta Magna reconoce a toda persona inclusive al funcionario público que se ha puesto de ejemplo, decide

---

<sup>373</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, *op.cit.*,pág. 388.

abstenerse de declarar, basado en el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo y que los Códigos han reconocido, afirmando que el silencio del imputado no puede ser tomado en su contra, en este caso sí lo es y nuestro funcionario sería consignado y condenado por el delito de enriquecimiento ilícito. El tema desde luego que no es nuevo, así se ha sostenido que no ha de forzarse a nadie a declarar contra si mismo, esta garantía vale tanto para interrogatorios policiales, como para las entrevistas realizadas por el Ministerio Público o para las audiencias celebradas por los tribunales judiciales; por el contrario el procesado tiene derecho a declarar lo que considere pertinente, incluso mentiras, sin que ello le implique responsabilidad alguna, en sentido negativo incluso implica el derecho de negarse a declarar.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene otros problemas que la doctrina hasta este momento no ha sabido resolver. No se sabe si estamos ante un tipo de comisión o de omisión, de ser el primer caso tendríamos que la conducta típica sería la de enriquecerse ilícitamente mediante el ejercicio de la función pública. Si, en cambio, se afirma que es un delito de omisión, la cuestión es todavía más compleja, porque sería una omisión de declarar el origen del aumento patrimonial, lo cual no sería otra cosa que una mera desobediencia ante el requerimiento de la autoridad, que tendría una pena desproporcionada con respecto a las desobediencias que la ley penal ha tipificado.

Para el maestro Juan Torres Torres la estructura del tipo penal de enriquecimiento ilícito “... hace que éste sea completado por el juez o por el fiscal en el momento del ejercicio de la acción penal, ya al hacer el requerimiento se cierra el tipo penal a no ser que se sostenga

que este último aspecto es sólo un requisito de procedibilidad.”<sup>374</sup> A nuestro parecer, bastan estos dos aspectos, para sostener que estamos ante una elaboración desafortunada de un tipo penal, que viola tanto el principio de culpabilidad como el de presunción de inocencia, entre otros principios básicos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La doctrina ha acudido con suma regularidad a la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual señala en su artículo 8° que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante todo proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.”<sup>375</sup> Con esta argumentación entendemos que los tipos penales de enriquecimiento ilícito establecidos en la legislación del Distrito Federal, así como en la legislación Federal son lesivos a las normas fundamentales establecidas en la Carta Magna y a los preceptos establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Suprema Corte de Justicia de Costa Rica se ha pronunciado en relación al tipo penal de enriquecimiento ilícito, señalando que “con vista en los antecedentes se llega al convencimiento de este tribunal que el artículo 26 del Código Penal efectivamente imponen al funcionario público de que se trate, el deber de demostrar el origen del aumento en su patrimonio, que exceda del monto de su salario o a las sumas que legalmente pueda devengar, invirtiendo el tipo penal de manera evidente la carga de la prueba en contra del

---

<sup>374</sup> TORRES TORRES, Juan, op. cit. Pág. 35

<sup>375</sup> *Ibidem.*, pág. 90.

encausado violando con ello en forma flagrante, el principio de inocencia en los términos prescritos establecidos en el artículo 39 constitucional, concerniéndole al órgano acusador la demostración de la procedencia ilícita del patrimonio del servidor público. De este modo no es siquiera posible pensar en alguna interpretación de la norma que permita al juez penal su aplicación sin lesión de los derechos fundamentales del imputado y consecuencia de ello es la declaratoria de inconstitucionalidad de la acción en relación a los incisos a y b del artículo 26 de la Ley sobre enriquecimiento ilícito de los servidores públicos...”.<sup>376</sup>

En el momento en que se invierte la carga de la prueba se hace jurídicamente que el inculcado deba probar forzosamente su inocencia, con la consecuencia directa de que si no la demuestra será condenado por tal ilícito, en razón de lo anterior podemos comentar que ésto va en contra del principio de acusación procesal que rige en nuestro sistema jurídico, todos estos principios en la mayoría de los países latinoamericanos los han adoptado a su sistema jurídico propio, es por ello que en la mayoría de esas naciones se redacte el tipo penal de enriquecimiento ilícito como lo conocemos en México, a excepción de Costa Rica que se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de dicho tipo penal.

### **5.7.1 La acción u omisión**

La conducta es pues el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a la realización de un propósito.

---

<sup>376</sup> CARRERA DOMÍNGUEZ, José Guadalupe, *op.cit.*, pág. 231.

El significado de la conducta típica puede corresponder a no probar, no demostrar o no justificar el legítimo aumento del patrimonio de los bienes a nombre del funcionario o de aquellos de los que se conduzca como dueño. Resulta así que lejos de estar tipificada la acción delictiva de “incrementar ilegalmente el patrimonio del funcionario” en su lugar se alude inexplicablemente, como conducta típica a una regla procesal genérica sobre la carga de la prueba, todo lo cual compromete la constitucionalidad de este precepto.

Por lo tanto, el no acreditar propiamente viene a ser un requisito de procedibilidad, pero no integra la conducta punible, habida cuenta que ésta se reduce a ser como lo señala el tipo, a un no acreditar por lo cual cabe la existencia de un enriquecimiento ilícito que sin embargo sirva para condenar por este delito a un funcionario, si este se niega a no acreditar o no puede acreditar o no alcanza a demostrar, que es legal su patrimonio, resultando así de seguro que esta omisión integrara de todos modos el delito en cuestión.

Para Cárdenas Rioseco, “...no es admisible el argumento analógico a una causa de justificación. Enriquecerse no es un delito, como podría ser la muerte de una persona. Lo que sucede es que se sospecha, que detrás de la riqueza de un funcionario, hay otro delito y como éste no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ello se construye el tipo penal, es decir, el enriquecimiento ilícito es un delito de sospecha que es cerrado por el Ministerio Público o por la autoridad judicial...”<sup>377</sup>

Las razones que una persona tenga para no declarar son reservadas a su esfera personal y eso no lleva a su punición. No sabemos si es más grave el enriquecerse a costa del erario

---

<sup>377</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, op.cit., pág. 46.

público o el enriquecerse porque se tenga una amante, que todos los meses otorga dinero para vivir mejor, pero esto al Derecho no interesa.

Desde nuestro punto de vista el delito en estudio, es de acción porque el agente debe de actuar de manera positiva, ejecutando actos para lograr su enriquecimiento, como lo establece el maestro Eduardo López Betancourt quien indica “la conducta consiste en que el servidor público se haya enriquecido ilícitamente, no pudiendo acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre, o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos...”.<sup>378</sup>

El verbo en este delito como se decía anteriormente no existe o, como lo señalan otros autores que existe pero en sentido negativo, es decir, el verbo del tipo es el “no acreditar”, sin embargo en relación a las reglas gramaticales podemos comentar que no existen verbos en sentido negativo o al menos que también los legisladores ya establezcan reglas gramaticales como lo hace la Real Academia Española de la Lengua.

### **5.7.2. La lesión o bien la puesta en peligro del bien jurídico**

Tampoco está claro cuál es el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito; para una parte de la doctrina el bien jurídico es el interés social, consistente en que los funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que no justifiquen su

---

<sup>378</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, “**Delitos en particular**”, 5ª edición, Tomo II, Porrúa, México, 2000, pág. 556.

enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia social y legal. Otro sector afirma que se trata de prevenir conductas anormales de un servidor público.

López Casariego ha sostenido que últimamente no se reprime solamente a quienes se han enriquecido por delitos contra la administración pública. Tampoco se protege el patrimonio de la administración pública ni de los particulares. Se descarta que se proteja el normal funcionamiento de la administración pública o la regularidad de la actividad de los funcionarios o la prestación de los servicios. Lo que se protege es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan, en consecuencia aunque el funcionario público se haya enriquecido lícitamente, porque ganó la lotería, recibió una herencia, el no justificarlo lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán -fundada o infundadamente- que está originado en su actividad pública y por ende que los perjudica, ya que la administración pública tiene su única razón de existencia (objeto y fin) y sustento económico a través de los tributos de los ciudadanos.<sup>379</sup>

El bien jurídico es la transparencia, la gratuidad y probidad de la administración pública es una afirmación que no está basada en ningún antecedente legislativo, ni en el título del propio Código Penal, ni en la estructura de alguna otra norma, amen de que avanza sobre un problema de aspecto ético que es rechazado por el Estado de Derecho. Lo que sucede es

---

<sup>379</sup> *Cfr.* LÓPEZ GUTIERREZ, Casariego, “**Delitos de Servidores Públicos**”, 3ª edición, Cajica, Colombia, 1986, pág. 89.

que en vías de perseguir a funcionarios que se suponen deshonestos, existe toda una corriente que intenta justificar la norma, pero no es ésta la función del jurista.

### **5.7.3. La forma de intervención del sujeto activo**

El autor puede ser cualquier persona que ocupe o haya ocupado un cargo público en cualquiera de las funciones del Estado y en cualquiera de sus niveles, ya sea federal, estatal o municipal.

Es aquí en donde nuevamente vuelven a evidenciarse las falacias notorias establecidas en esta construcción jurídica, y no sólo eso, sino que también muestra un resabio patente de lo que verdaderamente se quiere penalizar.

Para quienes sigan la tesis de que la acción típica es enriquecerse, no habrá problemas en advertir que pueden existir formas de participación. Si la acción típica es la de omitir la justificación del incremento patrimonial apreciable, resulta claro que la parte final del tipo consagra una forma autónoma de punición, esto es una conducta delictual independiente, pero que guarda cierto grado de referencia con la estipulada líneas atrás, si quien debe de justificar es exclusivamente el autor, no se avizora cómo puede participar en tal omisión otra persona.

Para Azua Reyes si se "...considera el delito de enriquecimiento ilícito como autónomo, se exige que la persona interpuesta (partícipe) tenga un conocimiento cierto de que el sujeto se

ha enriquecido, de su carácter de funcionario público y de lo ilícita de la causa del enriquecimiento...”.<sup>380</sup>

Para nosotros bien puede existir participación de otras personas en el delito de enriquecimiento ilícito, cosa que no lo señala el Código Penal para el Distrito Federal, sin embargo el Código Penal Federal en su artículo 224 segundo párrafo sí lo señala textualmente, estableciendo lo siguiente: “incurre en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma ley, a sabiendas de esta circunstancia” es decir que de acuerdo a esta ley sí es posible que exista un partícipe, un coautor, un instigador incluso en la comisión del tipo penal de enriquecimiento ilícito. Asimismo el citado párrafo establece la figura del enriquecimiento ilícito equiparado, es decir, en este caso no es necesario que el autor sea servidor público, sino que es necesario que solamente haga figurar como suyos bienes que el servidor público haya adquirido a sabiendas de esta circunstancia.

López Betancourt señala que el sujeto activo es solamente “...el servidor público, quien no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquéllos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos...”.<sup>381</sup> Como ya se había señalado anteriormente, el sujeto activo no es solamente el servidor público, sino toda aquella persona que tenga como suyos los bienes del servidor público que haya

---

<sup>380</sup> AZÚA REYES, Eduardo, *op.cit.*, pág. 76.

<sup>381</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op.cit.*, pág. 556.

adquirido en forma ilícita a sabiendas de esa situación, o bien todo aquella persona que haya de alguna forma auxiliado durante o antes del incremento patrimonial.

#### **5.7.4. El dolo o la culpa**

Entre las opiniones tradicionales encontramos a quien operó como el mentor del diseño del delito de enriquecimiento ilícito Ricardo C. Núñez, según esa concepción se estaría ante una figura compleja, en cuanto el tipo exige un enriquecimiento patrimonial apreciable del autor y la no justificación de su procedencia al ser debidamente requerido para lo que lo haga, así el primero sería un acto positivo, mientras que la segunda representa una omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento o del requerimiento o simplemente una imposibilidad para hacerlo.<sup>382</sup>

Para nosotros el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de acción, mientras que la no justificación es solamente un requisito de procedibilidad, que tiene el carácter de doloso, debiéndose de demostrar desde el momento en que el Agente del Ministerio Público ejercita la acción penal ante los tribunales, es decir, la representación social debe de demostrar que el funcionario público aumentó su patrimonio y que dicho aumento fue a costa del erario público en perjuicio de la sociedad.

Al respecto constantemente se ha afirmado que en la etapa de instrucción la resolución del juez debe basarse en la probabilidad de que el imputado es culpable, en cambio, en el

---

<sup>382</sup> Cfr. VIDAL REVEROLL, Carlos, *op.cit.*, pág. 90.

procedimiento para condenar debe de tener la certeza de esa culpabilidad, sino necesariamente debe de absolverse, aunque no tenga la convicción plena de que el inculpado es inocente. Cabe hacer mención que no obstante que se obligue al Agente del Ministerio Público investigador a reunir los requisitos aquí propuestos, no quiere decir que por ese hecho se considere culpable a una persona antes de que se dicte la sentencia definitiva, de lo que estamos convencidos es que dichos requisitos le proporcionan mayor garantía a los ciudadanos que se encuentren en ese supuesto.

Por otra parte también se ha sostenido que el dolo del partícipe necesario del delito tipificado como enriquecimiento ilícito, se manifiesta en la colaboración que brinda el autor al presentar su nombre, para cubrir las inversiones por él realizadas a sabiendas de que el funcionario público está violando las normas, es decir, para la colaboración que puedan prestar terceros es necesario el dolo.

En Argentina un juez de lo criminal resolvió establecer en una de sus sentencias que el delito de enriquecimiento ilícito es de omisión, atendiendo a aspectos meramente procesales, señalando textualmente lo siguiente: “Aquello que el Estado no puede hacer en un proceso (es tratar a una persona como culpable hasta que ésta demuestre su inocencia) no puede hacerlo con aspecto de Derecho Penal material. Dado que no me está permitido presumir la culpabilidad, he de convertir en delito el no demostrarse inocente; ésto si puedo hacerlo, porque impongo previamente un deber de actuar. De aceptarse tal posibilidad, el Estado podría resolver todas las dificultades probatorias mediante el establecimiento, junto a cada delito determinado, de una figura omisiva sujeta a la misma pena, consistente en no demostrar la inocencia de aquel mismo delito, presumido por alguna circunstancia que

generase una sospecha concluyendo con el ejemplo siguiente: Será reprimido con la pena de homicidio agravado por codicia, el que no justificare el lugar donde se hallaba en el momento de la muerte de un pariente a quien aquél hubiere heredado por un valor económico apreciable.”<sup>383</sup>

Creemos desafortunada la sentencia emitida en Argentina en virtud de que solamente se está tratando de justificar el delito de enriquecimiento ilícito, sin que se encuentren soluciones reales al problema, el hecho no radica en que se le imponga el deber al inculpado de acreditar el aumento patrimonial de sus bienes, porque es el Ministerio Público el encargado de demostrar que el enriquecimiento se debió a la función pública que desempeña como funcionario, en conclusión no es adecuado considerar al tipo de enriquecimiento ilícito como un delito de omisión solamente para justificar la condena de una persona.

### **5.7.5 La calidad del sujeto activo y pasivo**

En relación a la calidad del sujeto activo, lo primero que debe hacer el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional es cerciorarse de que se encuentre acreditada la calidad de servidor público, desafortunadamente el Tribunal Colegiado de Circuito ha establecido tesis

---

<sup>383</sup> LÓPEZ GUTIERREZ, Casariego, *op.cit.*, pág. 67.

jurisprudenciales en el sentido de que se puede comprobar por cualquier medio probatorio dicha calidad, señalando textualmente lo siguiente:

“SERVIDORES PÚBLICOS, COMPROBACIÓN DEL CARÁCTER DE.- Para acreditar el carácter de servidores públicos de los acusados, no es la prueba documental correspondiente a sus respectivos nombramientos, la única para demostrar el elemento a que se refiere el artículo 222, fracción I, del Código Penal Federal, sino que basta que por cualquier medio conste de manera indubitable que se está encargado de un servicio público.”<sup>384</sup>

Creemos desafortunado el criterio emitido por el Tribunal Colegiado en virtud de que no por cualquier medio se puede comprobar la calidad de servidor público, nosotros creemos que la prueba idónea es la documental ya que no es suficiente la presentación de cualquier prueba para acreditar la calidad de servidor público, por ejemplo los policías judiciales que se hacen acompañar por ayudantes por lo general quienes realizan las arbitrariedades no son los servidores públicos, sino las personas que los acompañan, entonces como podría fincársele responsabilidad como servidores públicos a personas ajenas a la policía judicial. Tampoco basta que un particular esté encargado de un servicio público para considerarlo como tal, como por ejemplo el servicio de transporte público concesionado, las personas que manejan un vehículo con estas características, no pueden ser considerados por la ley penal como servidores públicos por más que estén encargados de esta clase de servicio .

---

<sup>384</sup> Séptima Época, Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, fuente Semanario Judicial de la Federación, tomo 205-216, sexta parte, página 491.

Desde nuestro punto de vista es más afortunada la jurisprudencia emitida por la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la cual establece que:

“TRABAJADOR DEL ESTADO, CARÁCTER DE.- Para ser trabajador al servicio del Estado, se requiere como condición específica, que se le haya expedido nombramiento o que figure en las listas de raya de trabajadores temporales, por ende, no puede darse el caso de que se presuma su existencia de la relación jurídica de trabajo entre el titular de una dependencia y un particular por el sólo hecho de la prestación de un servicio, puesto que no es aplicable en forma supletoria el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo.”<sup>385</sup>

En efecto, al momento de que se consigna el expediente ante el órgano jurisdiccional debe de acreditarse que el inculpado es servidor público por medio del nombramiento respectivo, si no se comprueba tal circunstancia debe de ser consignado el imputado por un delito diverso a los reservados para los servidores públicos.

En relación a la calidad del sujeto pasivo, señala el maestro Eduardo López Betancourt que “...es el titular del bien jurídico tutelado, consideramos que será la sociedad...”<sup>386</sup>

Nosotros creemos que también queda en duda, quien es el sujeto pasivo del delito en el delito de enriquecimiento ilícito, en virtud de que no se ha establecido con precisión en la ley ni en la doctrina, cuál es el bien jurídico protegido. Si se tiene la idea de que el bien

---

<sup>385</sup> Séptima Época, Instancia Cuarta Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 217-228, quinta parte, pág. 54.

<sup>386</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op.cit.*, pág. 557.

jurídico protegido son las finanzas públicas, la correcta administración de justicia o el patrimonio público, entonces será la sociedad el sujeto pasivo.

### **5.7.6 El resultado**

El delito en comento es de resultado material, porque se produce un cambio en el mundo exterior, se consuma con la conducta del agente, es decir, el tipo penal se agota en la acción del sujeto activo, siendo necesario un resultado material.

### **5.7.7 La atribuibilidad a la acción u omisión**

La relación de atribuibilidad consiste en que el resultado material debe de ser causado por la acción, es decir, por la conducta, debe de existir entre ambos una relación de causa y efecto o como lo llaman algunos autores una relación de causalidad, ésta idea la ha tomado nuestro máximo tribunal, al contemplar :

“RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL.- El 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 por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo ésta última la llamada 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* o de la equivalencia de las condiciones, la cual se

enuncia diciendo que causa es el conjunto de 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. Basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar el nexo de causalidad, pues si se hubiere negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido, lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la *conditio sine qua non*, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe de encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito o sea la culpabilidad.”<sup>387</sup>

Consideramos que no solamente los aspectos objetivos deben de tomarse en consideración para tener por acreditado el cuerpo del delito, sino todos aquellos elementos del tipo penal; el hecho delictuoso del delito de enriquecimiento ilícito se integra con el incremento del patrimonio del servidor público.

### **5.7.8 El objeto material**

---

<sup>387</sup> Sexta Época, Semanario Judicial de la Federación, tesis visible en la página 134 del tomo XXVI, segunda parte.

Para López Betancourt “el objeto material es la persona u objeto que directamente resienten la comisión del enriquecimiento ilícito, serán los bienes de la sociedad...”<sup>388</sup>

Desde nuestro punto de vista es necesario que se realicen reformas a nuestras leyes con la finalidad de que el Ministerio Público demuestre que el enriquecimiento del funcionario público se debió a que dispuso del dinero de la sociedad para su beneficio personal. Así como está redactado en la actualidad el delito de enriquecimiento ilícito, simplemente se consigna y se condena al servidor público que incremente su patrimonio sin justificarlo, es por ello que el maestro Jiménez de Asúa nombró a éste delito como un delito de sospecha.

### **5.7.9 Los medios utilizados**

Edmundo Mezger señala que “se entiende por medios legalmente determinados, aquellos en que la tipicidad se produce no mediante cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma en que la ley expresamente determina.”<sup>389</sup>

Aplicando lo señalado por el citado tratadista diremos que para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, la ley no requiere ningún medio específico para cometer el delito.

### **5.7.10. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión**

---

<sup>388</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op.cit.*, pág. 557.

<sup>389</sup> MEZGER, Edmundo, *op.cit.*, pág. 46.

López Gutiérrez asienta que “el enriquecimiento es un incremento patrimonial que puede consistir tanto en un aumento del activo como en una disminución del pasivo...”.<sup>390</sup> No estamos de acuerdo en virtud de que se puede dar el caso que esté demostrada una disminución del patrimonio del Estado, sin embargo el servidor público que haya estado a cargo del patrimonio en efecto demuestra el legítimo aumento de su riqueza, es decir no tiene que ver una cosa con la otra.

De acuerdo a Cárdenas Rioseco “...en cuanto a su magnitud, el tipo penal señala que debe de ser apreciable, será tal cuando sea suficientemente grande, cuantioso e importante, es decir que habrá enriquecimiento apreciable cuando se exhiba una mejora sustancial en la situación económica del agente, tomando en consideración el aumento de asunción del cargo y las posibilidades normales de evolución durante el tiempo del desempeño de la función o en el lapso de dos años posterior al cese de su desempeño...”.<sup>391</sup> No entendemos qué tan grande debe de ser enriquecimiento del servidor público para poder ser consignado por este delito, sin embargo el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 275, no señala un monto mínimo. Por lo que puede ser desde una cantidad insignificante hasta las más altas, de acuerdo a esa circunstancia se determinará la penalidad correspondiente.

En relación a que el enriquecimiento deba ser forzosamente durante el desempeño de su función o después de dos años del cese, nuestra legislación tampoco establece un tiempo determinado después de desempeñada la función pública.

---

<sup>390</sup> LÓPEZ GUTIERREZ, Casariego, *op.cit.*, pág. 34.

<sup>391</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, *op.cit.*, pág. 68.

Es importante señalar también que la facultad de iniciar procedimientos de carácter administrativos por parte de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, se encuentra limitado a los plazos que la propia ley establezca y en caso de que no se ejercite en ese tiempo, la ley declara extinguido su derecho.

La extinción de esa facultad, constituye la prescripción regulada en el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que señala textualmente lo siguiente:

“Las facultades del superior jerárquico y de la Secretaría para imponer sanciones que ésta ley prevé se sujetarán a lo siguiente:

“I. Prescripción en un año si el beneficio obtenido o el daño causado por el infractor no exceda de diez veces el salario mínimo mensual vigente en el Distrito Federal.

“II. En los demás casos prescribirán en tres años.

“III. El derecho de los particulares a solicitar la indemnización de daños y perjuicios, prescribirá en un año a partir de la notificación de la resolución administrativa que haya declarado la falta administrativa.

“El plazo de la prescripción se contará a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera incurrido en la responsabilidad o a partir del momento que se hubiese cesado, si fue de carácter continuo.

“En todos los casos la prescripción a que se alude en este precepto se interrumpirá al iniciarse su procedimiento administrativo previsto por el artículo 64.”

### **5.7.11 Los elementos normativos**

Como se decía anteriormente, los elementos normativos son aquellos en donde el juzgador debe de obtener del medio social, que no están en la norma, por ejemplo el concepto de servidor público, dicho concepto está contemplado en el capítulo de delitos cometidos por servidores públicos, es decir que nos da la idea de lo que se debe de entender por servidor público, entonces no es un elemento normativo en virtud de que ya se encuentra establecido en la ley.

El artículo 224 del Código Penal Federal contiene la palabra “enriquecimiento” jurídicamente no está conceptualizada, por lo que el juzgador debe de tomar del medio social, cultural o gramatical los elementos necesarios para poder aplicar la norma al caso concreto.



## CONCLUSIONES

PRIMERA.- Para nosotros el delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, es de acción u omisión porque solamente se conocen esas formas de cometer los delitos. Es de acción cuando el agente activo lleva a cabo una conducta activa que trae como consecuencia el resultado de la violación de la normatividad, es de omisión cuando el agente no lleva a cabo ninguna conducta tendiente a evitar la transgresión legal, teniendo la obligación de evitarlo o bien no observa los cuidados necesarios para evitar su violación; es típica porque necesariamente dicha acción u omisión debe de estar establecida en la ley como delito; es antijurídica porque no existe ninguna causa de justificación para llevar a cabo la conducta catalogada en el Código Penal, como por ejemplo la legítima defensa, el estado de necesidad exculpante, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, impedimento legítimo o consentimiento del interesado.

SEGUNDA.- La palabra garantía se dio en el Derecho privado en un primer momento, aplicándose posteriormente al Derecho público y más específicamente en el campo de las garantías individuales. La garantía desde un punto de vista jurídico es aquel derecho subjetivo en donde el propio Estado garantiza que se van a respetar y, en caso contrario establece los mecanismos para que cesen las violaciones constitucionales por medio del juicio de amparo.

TERCERA.- Algunas leyes secundarias violentan directamente las garantías establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, provocado en muchas ocasiones

por una redacción inadecuada, en otras por la “legislitis” o legislaciones hechas al vapor y en gran cantidad, en otras tantas por oscuras, imprecisas y contradictorias.

CUARTA.- El procedimiento en materia penal es el continente, el cual empieza cuando el Ministerio Público tiene noticia de un hecho delictivo termina hasta que ha causado estado; en cambio, el proceso es la etapa procedimental que inicia con el auto de procesamiento y termina hasta que el juzgador cierra instrucción, dando paso a la emisión de conclusiones de las partes, es decir, el proceso es una pequeña parte del procedimiento en donde se ofrecen, se aceptan, se preparan y se desahogan las pruebas tanto del Ministerio Público, de la defensa y del procesado.

QUINTA.- El cuerpo del delito es la fase externa e interna de la conducta en donde se debe de comprobar por los medios probatorios existentes los elementos contenidos en la redacción del tipo penal, así como la acción u omisión, la lesión o puesta en peligro, la forma de intervención del sujeto activo, debe de comprobarse el dolo o la culpa, la calidad del sujeto activo y el pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados y las demás circunstancias que establezca la ley, así como los elementos normativos.

SEXTA.- Para nosotros el tipo penal es una figura meramente conceptual debido a que describe conductas que deben de ser sancionadas, el tipo como tal es simplemente una descripción que debe de establecer con precisión la conducta considerada como delictiva, sin dejar ninguna duda sobre lo que quiso decir el legislador al momento de emitirla, lo anterior atendiendo al principio de seguridad jurídica.

SÉPTIMA.- En México existen tipos penales que no poseen verbo y que por tal motivo se deja una brecha por el legislador para que se cometan todo tipo de injusticias.

OCTAVA.- Cabe hacer mención que existen tipos penales que desde un punto de vista dogmático no protegen ningún bien jurídico, como el caso del ya derogado delito de vagancia y malvivencia, en donde la única finalidad del grupo en el poder era la de proveer de mano de obra barata a la industria del enequen en Yucatán. En el delito de enriquecimiento ilícito tampoco está comprobado debidamente el bien jurídico porque mientras unos señalan que es el patrimonio del Estado, otros señalan que es la honorabilidad del servidor público, desde nuestro punto de vista no existe bien jurídico que proteger, por lo tanto justifica la existencia del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

NOVENA.- El delito de enriquecimiento ilícito es un delito de sospecha, en virtud de que por ese hecho se consigna y se sentencia a los servidores públicos, ya que si éste no acredita el aumento de su patrimonio, entonces se hará sospechoso de que su enriquecimiento lo obtuvo de una forma ilícita.

DÉCIMA.- Para que exista tipicidad, solamente es necesario que la conducta encuadre en la redacción del tipo penal, sin realizar ningún otro estudio de carácter valorativo, es decir, a la tipicidad no le interesa que la conducta se haya realizado por una legítima defensa, por un estado de necesidad o por una obediencia jerárquica ya que dichas cuestiones son exclusivas de la antijuridicidad.

DÉCIMO PRIMERA.- Los tipos penales que no protegen bienes jurídicos reconocidos, los que en su redacción no contienen verbo alguno respecto a la conducta que ha de realizar el sujeto activo del delito, los tipos en blanco, los tipos penales ambiguos contrarían de forma grave la Constitución, y los principios del Derecho penal moderno como el de presunción de inocencia y el de la seguridad jurídica.

DÉCIMO SEGUNDA.- En los regímenes totalitarios, el Derecho es utilizado como un instrumento para mantener controladas a las clases económicamente débiles, sin embargo en los países democráticos las leyes penales son promulgadas para beneficio, estabilidad y convivencia de los integrantes de la sociedad, teniendo especial interés de no imponer penas a quien no haya realizado conductas dañosas socialmente.

DÉCIMO TERCERA.- Los cambios en las leyes son necesarios porque a cada momento cambia la sociedad, sin embargo cuando el legislador hace cambios demasiado frecuentes, ello provoca incertidumbre en el gobernado, porque no sabe en qué momento van a cambiar las normas.

DÉCIMO CUARTA.- Desde ningún punto de vista se puede justificar la retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, se ha estilado por algunos gobiernos que con la finalidad de bajar el índice delictivo se apliquen las leyes en forma inadecuada afectando gravemente los principios jurídicos, como por ejemplo la elevación de las penas por parte del poder legislativo la creación de tipos penales que no responden a las necesidades sociales o las interpretaciones judiciales a todas luces que resultan contrarias a la

Constitución, como por ejemplo el criterio jurisprudencial en donde se señala la excepción a la irretroactividad de la ley, en materia procesal penal .

DÉCIMO QUINTA.- El cambio de nombre de elementos del tipo penal a cuerpo del delito, tuvo la finalidad de que los Agentes del Ministerio Público pudieran consignar con mucho más facilidad, debido al alto índice delictivo que existía en ese tiempo, cosa que no ha cambiado en la actualidad.

DÉCIMO SEXTA.- Podemos establecer que en algunos tipos penales, la parte subjetiva no puede comprobarse por los medios probatorios existentes, lo que hace entonces la ley es presumir esos elementos, sin embargo consideramos que esos tipos penales deben de ser los menos posibles, porque atentan en contra de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

DÉCIMO SÉPTIMA.- Los elementos subjetivos entre los que se encuentran las palabras “maliciosamente” “voluntariamente” “intención de matar” “intención de causar aborto” incluyendo al propio dolo son elementos subjetivos, es decir, todas aquellas intenciones que se tienen para cometer el delito, son aspectos psíquicos o elementos internos del sujeto.

DÉCIMO OCTAVA.- La teoría causalista le da más valor al aspecto objetivo o externo de la conducta, la teoría finalista por el contrario le da más énfasis al aspecto subjetivo. En nuestro sistema jurídico mexicano se han dado diversas confrontaciones entre una y otra teoría, de tal suerte que existe una mezcolanza de criterios en nuestras leyes que confunden y causan por lo tanto inseguridad jurídica.

DÉCIMO NOVENA.- Es necesario constreñir al juzgador por medio de la ley para que se atenga a determinadas pruebas para así tener por acreditado el cuerpo del delito de una conducta criminal, como sucede en nuestra legislación procesal penal para ciertos delitos entre los que se encuentran el de homicidio, lesiones, aborto, envenenamiento, violencia familiar, incendio, falsificación de documentos, tal y como lo establecen los artículos del 94 al 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del artículo 168 al 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, de esta forma se da seguridad jurídica a los gobernados, ya que si la autoridad inicial no practica dichas diligencias no se tendrá por comprobado el cuerpo del delito.

VIGÉSIMA.- El sistema más adecuado para otorgarle seguridad jurídica al gobernado lo es sin duda alguna el sistema tasado de la prueba, porque este sistema deja a un lado el arbitrio del juzgador, es decir, ya no es el capricho del tribunal el que decide si está o no acreditado el cuerpo del delito.

VIGÉSIMO PRIMERA.- Para otorgarle mayor seguridad jurídica al gobernado, es necesario que el Ministerio Público al momento de consignar la averiguación tenga que acreditar los siguientes elementos:

- a) La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.
- b) La forma de intervención de los sujetos activos.

c) La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Y como elementos contingentes, esto es, que pueden estar contenidos o no en el tipo penal:

- 1.- Las calidades del sujeto activo y del pasivo.
- 2.- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.
- 3.- El objeto material.
- 4.- Los medios utilizados.
- 5.- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.
- 6.- Los elementos normativos.
- 7.- Las demás circunstancias que la ley prevea.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- La investigación como técnica debe de encaminarse a realizar todas las diligencias probables posibles, descubrir una cosa, es este un estudio detallado del Ministerio Público para llegar al descubrimiento científico de algo, de algún propósito, fin, hipótesis, en materia penal sería ese algo propositivo del tipo penal y la probable responsabilidad. La investigación ministerial tiene que basarse en los hechos calificados

como delitos y plasmados a través de la expresión descrita ya en una denuncia o una querrela, en donde el órgano ministerial tendrá que utilizar todo su ingenio y técnica de investigación para lograr recabar los datos que realmente necesite para que primeramente los ubique como actos preiniciales, después como actos iniciales y posteriormente como pruebas.

VIGÉSIMO TERCERA.- Se pueden distinguir los delitos en transitorios y permanentes, según que por su naturaleza ordinaria dejen huellas materiales como el homicidio el aborto o no produzca ninguna, como por ejemplo las injurias verbales, desobediencia u ocultación del nombre. El cuerpo del delito en estos últimos sólo podrá comprobarse por los mismos elementos que la responsabilidad o intervención de su autor, pruebas personales de testigos, presunciones.

VIGÉSIMO CUARTA.- La averiguación previa inicia cuando el Agente del Ministerio Público conoce de un hecho criminal, hasta el momento que ejercita la acción penal ante un juez. La preinstrucción empieza desde que el órgano jurisdiccional recibe la averiguación previa y la radica, hasta que se dicta el auto de procesamiento. La instrucción inicia a partir de que se dicta el auto de procesamiento, para fenecer cuando se declara cerrada la instrucción, por su parte el juicio empieza con el auto antes señalado y termina con la sentencia, para posteriormente iniciar una etapa denominada impugnativa que termina con la determinación de tercera instancia. La última etapa podemos denominarla ejecutiva, en donde el reo cumple con la sentencia que ha causado estado.

VIGÉSIMA QUINTA.- Es adecuada la derogación del delito de enriquecimiento ilícito, en virtud de que atenta en contra de la presunción de inocencia que todo procesado goza hasta en tanto no se demuestre lo contrario. Asimismo la redacción del tipo penal revierte la carga de la prueba en contra del procesado pedirse la demostración de su enriquecimiento, yendo en contra de lo establecido por el artículo 21 constitucional que señala que es facultad exclusiva del Ministerio Público perseguir al delito y al delincuente.

## PROPUESTAS

PRIMERA.- En la actualidad el artículo 16 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala lo siguiente: “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 que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

Se sugiere reformar el artículo 16 párrafo segundo constitucional, debiendo de quedar de la siguiente forma “no podrá librarse ninguna orden de aprehensión, sino por autoridad judicial competente y sin que preceda denuncia o querrela corroborada con otras probanzas que acrediten la existencia de algún delito, sancionado cuando menos con pena de prisión y que existan datos suficientes para acreditar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos para acreditar el cuerpo del delito (ampliado) y que hagan probable la culpabilidad del acusado”.

SEGUNDA.- Señala el artículo 19 párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que

arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.”

Se propone modificar el artículo 19 en su primer párrafo constitucional, debiendo quedar como sigue “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que se acredite plenamente los siguientes requisitos: a) La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. b) La forma de intervención de los sujetos activos. c) La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Como elementos contingentes, esto es, que pueden estar contenidos o no en el tipo penal: 1.- Las calidades del sujeto activo y del pasivo. 2.- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión. 3.- El objeto material. 4.- Los medios utilizados. 5.- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. 6.- Los elementos normativos. 7.- Las demás circunstancias que la ley prevea.

TERCERA.- Consideramos que para una mayor garantía de legalidad y de seguridad jurídica debe el Agente del Ministerio Público de cumplir con todos y cada uno de los requisitos que establecía con anterioridad a las reformas de 1999, previa capacitación de los Agentes del Ministerio Público y demás funcionarios encargados de procurar y de administrar la justicia. La causa de que se cambiara el nombre a cuerpo del delito fue precisamente para facilitar la labor de los mencionados funcionarios, debido al gran rezago que tenían de casos en donde no podían cumplir con los requisitos que les imponía la ley procesal.

CUARTA.- El gran problema en México para una correcta aplicación de la ley, también lo constituye el personal que se encarga de aplicar el Derecho, porque en el sistema de procuración y de administración de justicia se encuentran algunas personas que no son las más honestas ni las más preparadas, por ello proponemos establecer reglas más estrictas para la contratación del personal tanto de las procuraduría como del tribunal, además de proporcionarles mejores incentivos económicos, aumentar el personal de estas instituciones en virtud de que es insuficiente para cubrir con decoro las necesidades de justicia que tiene el ciudadano, entre otros aspectos.

QUINTA.- Proponemos que los elementos del tipo que deben de demostrarse en todos los delitos son los siguientes:

- a) La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.
- b) La forma de intervención de los sujetos activos.
- c) la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Y como elementos que no siempre deben de demostrarse, ya que ello dependerá si el tipo penal lo requiere serán los siguientes:

- 1.- Las calidades del sujeto activo y del pasivo.

2.- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.

3.- El objeto material.

4.- Los medios utilizados.

5.- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

6.- Los elementos normativos.

7.- Las demás circunstancias que la ley prevea.

SEXTA.- Es oportuno señalar que tanto la procuración como la administración de justicia debe de ser encargada solamente a personas que posean capacidad tanto moral, como jurídica, es por ello que proponemos un control más estricto en la selección del personal, no solamente a nivel de jueces y magistrados, sino a todos los niveles empezando desde las mecanógrafas, personal administrativo, secretarios de acuerdos, proyectistas, actuarios, etc.

SÉPTIMA.- Proponemos la implementación de procesos rápidos, los cuales podrían ser en forma oral, que tiendan a resolver al menos el gran rezago de casos que tiene el poder judicial, ya que en la actualidad nos encontramos con procesos lentos en donde impera la burocracia y en donde se afecta en forma grave la libertad de las personas.

OCTAVA.- Proponemos la derogación de algunos tipos penales del Código Penal Federal como por ejemplo los delitos de hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro, incesto, adulterio, amenazas, violencia familiar, injurias. Consideramos que estos delitos no representan por sí mismos ninguna trascendencia social a nivel federal, desde luego que dichos delitos afectan de una forma directa o indirecta a los bienes jurídicos, sin embargo eso no es suficiente desde nuestro punto de vista para que el Código Penal Federal los establezca en su contenido.

NOVENA.- Es necesaria la modificación del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales porque de su simple lectura se desprende que no es necesaria la comprobación de los elementos subjetivos que los tipos penales contemplen en su redacción, cosa totalmente inadecuada, en virtud de que se deben de demostrar por parte del Ministerio Público no solamente los elementos subjetivos, sino objetivos y/o normativos cuando el tipo lo requiera, sino además los elementos consignados en la propuesta quinta.

DÉCIMA.- Desde nuestro punto de vista la política criminal debe de consistir en una mejor distribución de la riqueza, en más y mejor educación, en más empleo y mejor remunerado, cuidar el núcleo social de la drogadicción, alcoholismo y la desintegración familiar. Como aspectos secundarios la aplicación de penas cortas que realmente sean compurgadas, otorgar la libertad provisional a la mayoría de los delitos, excepto en el caso de homicidio, violación, secuestro, narcotráfico, robo con violencia. Otorgar nuevas facultades a la policía preventiva para que pueda participar en las investigaciones de los delitos. Aumentar el número de policías judiciales y perfeccionar el control del Ministerio Público sobre sus investigaciones. Restituir a la víctima el derecho de iniciar el proceso penal ante el juez, es

decir quitarle al Ministerio Público el monopolio de la acción penal. Sustituir el juicio escrito por el juicio oral ante el juez. Establecer juicios rápidos para los casos de flagrancia. Atacar el patrimonio de la delincuencia organizada. Terminar con el ocio en el sistema penitenciario.

DÉCIMO PRIMERA.- Para que las resoluciones emitidas por parte del Agente del Ministerio Público no sean arbitrarias se deben establecer en las leyes adjetivas penales la recepción, la investigación, la determinación y la consignación, ello con la finalidad de que se obligue al sistema de procuración de justicia a actuar legalmente.

DÉCIMO SEGUNDA- Casi en todos los tipos penales aparecen claramente expresadas la acción u omisión, sin embargo en ocasiones hay tipos penales que no tienen verbo, es decir, carecen de conducta que debe de realizar una persona para que pueda ser considerada como delictiva. Si la descripción hecha por el redactor de la ley no la contempla, entonces vemos cómo los vicios empiezan con la deficiente redacción hecha por el legislador. Algo que nos parece adecuado es la creación del departamento de gramática para el Congreso de la Unión, a efecto de que ya no se legislen leyes deficientes que agraven su aplicación.

**FUENTES DE INVESTIGACIÓN**

ACERO, Julio, **“El Procedimiento Penal Mexicano”**, Cajica, México, 1990, 400 pp.

ACOSTA ROMERO, Miguel, **“Delitos Especiales”**, 6ª edición, Porrúa, México, 2001, 700 pp.

ALBA, Javier, **“La Culpabilidad y la Tipicidad”**, Temis, España, 1990, 400 pp.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, **“Derecho Penal; Cursos Primero y segundo”**, Harla, México, 1993, 500 pp.

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, **“El significado actual de la Constitución”**, UNAM, México, 1998, 450 pp.

ANTOLISEI, Francesco, **“Manual de Derecho; parte general”**, 8ª edición, Temis, Colombia, 1988, 610 pp.

-----**“La acción y el resultado en el delito”**, 2ª edición, Jurídica Mexicana, 1970, 800 pp.

ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, **“Las pruebas en materia criminal”**, 2ª edición, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, 400 pp.

ARILLA BAS, Fernando, **“El procedimiento penal en México”**, 20ª edición, Porrúa, México, 2000, 350 pp.

AZÚA REYES, Eduardo, **“Los principios generales del Derecho”**, 2ª edición, México, 1998, 300 pp.

AULIS, Aarnio, **“Derecho, racionalidad y comunicación social”**, 2ª edición, Fontamara, México, 2000, 120 pp.

ÁVILA NEGRÓN, Santiago, **“El cuerpo del delito y los elementos del tipo penal”**, Cárdenas editor y distribuidor, México, 2003, 250 pp.

BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, **“Derecho Procesal Penal”**, 2ª edición, McGraw Hill, México, 2002, 400 pp.

BARRITA LÓPEZ, Fernando, **“Averiguación previa; enfoque interdisciplinario”**, 5ª edición, Porrúa, México, 2000, 250 pp.

BENTHAM, Jeremy, **“Tratado de las pruebas judiciales”**, 2ª edición, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, 300 pp.

BETTIOL, Giuseppe, **“Instituciones de Derecho Penal y Procesal”**, 2ª edición, Bosch, España, 1997, 900 pp.

BONESANO, Cesar, **“Tratado de los delitos y de las penas”**, 9ª edición, Porrúa, México, 1999, 230 pp.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, **“Derecho Constitucional mexicano”**, 13ª edición, Porrúa, México, 2000, 700 pp.

----- **“Las Garantías Individuales”**, 28ª edición, Porrúa, México, 1996, 1005 pp.

CARBONELL, Miguel, **“La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada”**, 15ª edición, Porrúa, México, 2000, 800 pp.

CARDENAS RIOSECO, Raúl, **“Enriquecimiento ilícito”**, Porrúa, México, 2001, 300 pp.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. **“Derecho Procesal Penal”**, 2ª edición, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1985, 600 pp.

CARRANCÁ BOURGET, Victor, **“La Defensa de los derechos ciudadanos”**, Aspa, México, 1992, 400 pp.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, **“Derecho Penal mexicano”**, 3ª edición, Porrúa, México, 1987, 800 pp.

CARNELUTTI, Francesco, **“Derecho Procesal Penal”**, 3ª edición, Oxford, México, 2000, 237 pp.

CARRERA DOMÍNGUEZ, José Guadalupe, **“Las Resoluciones judiciales”**, 2ª edición, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1979, 200 pp.

CARRARA, Francesco, **“Programa de Derecho Criminal”**, Temis, vol. I, Colombia, 1971, 300 pp.

CASTELLANOS TENA, Fernando, **“Lineamientos elementales de Derecho Penal”**, 3ª edición, Porrúa, México, 2000, 300 pp.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, **“Tratado sobre las pruebas penales”**, 2ª edición, Porrúa, México, 800 pp.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, **“Derecho mexicano de procedimientos penales”**, 12ª edición, Porrúa, México, 1990, 400 pp.

CORTES MENDÓZA, Arturo, **“La certeza jurídica”**, 3ª edición, Temis, Argentina, 1988, 500 pp.

CUELLO CALÓN, Eugenio, **“Derecho Penal; Parte General”**, Bosch, España, 1975, 800 pp.

CRUZ AGÜERO, Leopoldo de la, **“El Procedimiento Penal mexicano”**, 2ª edición, Porrúa, México, 1996, 760 pp.

PINA, Rafael de, **“Diccionario de Derecho”**, 3ª edición, Porrúa, México, 1983, 740 pp.

QUIRÓS CONSTANCIA de, Bernardo, **“Diccionario jurídico elemental”**, 3ª edición, Cajica, México, 1980, 1000 pp.

DÍAZ ARANDA, Enrique, **“El dolo”**, 3ª edición, México, 2001, 379 pp.

DÍAZ PITA, María del Pilar, **“El dolo eventual”**, Tiran, España, 1990, 350 pp.

ESCRICHE, Joaquín, **“Diccionario de legislación”**, 2ª edición, Porrúa, México, 1993, 700 pp.

FERNÁNDEZ MADRAZO, Alberto, **“Derecho Penal; teoría del delito”**, 2ª edición, UNAM, México, 1997, 300 pp.

FONTAN BALESTRA, Carlos, **“Derecho Penal; introducción y parte general”**, 13ª edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 1995, 900 pp.

FRANCO GÚZMAN, Ricardo, **“La subjetividad de la ilicitud”**, Cajica, México, 1970, 450 pp.

FRIAS CABALLERO, Jorge, **“Tipo y tipicidad en el sistema del Derecho Penal argentino”**, Ediar Sucesores, Argentina, 1990, 1050 pp.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, **“Introducción al estudio del Derecho”**, 5ª edición, Porrúa, México, 1999, 480 pp.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **“Curso de Derecho Procesal Penal”**, 2ª edición, Porrúa, México, 1997, 600 pp.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, **“El Sistema de Derecho Penal en la actualidad”**, 3ª edición, Técnos, España, 1990, 480 pp.

GRAF ZU, DOHNA, Alexander, **“La ilicitud”**, 4ª edición, Jurídica de Chile, 1982, 700 pp.

GONZÁLEZ BLANCO, Alberto, **“El procedimiento penal mexicano”**, Porrúa, México, 1975, 460 pp.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José, **“Principios de Derecho Procesal mexicano”**, 8ª edición, Porrúa, México, 1985, 400 pp.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, **“Derecho Penal mexicano”**, 3ª edición, Porrúa, México, 1996, 800 pp.

GÓMEZ MONT, Fernando, **“Causas de exclusión del delito”**, 2ª edición, PGR, México, 1994, 300 pp.

GÓMEZ ORBEJA, Luis, **“El proceso penal”**, Temis, Colombia, 1975, 530 pp.

HENDLER S., Edmundo, **“El Derecho Penal en los Estados Unidos de América”**, INACIPE, México, 1992, 260 pp.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. **“Programa de Derecho Procesal Penal”**, 4ª edición, Porrúa, México, 1999, 325 pp.

IHERING, Rudolf Von, **“El Espíritu del Derecho Romano”**, 2ª edición, tomo II, Oxford, México, 2000, 260 pp.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, **“Análisis lógico de los delitos contra la vida”**, 3ª edición, Trillas, México, 2000, 300 pp.

JAEN VALLEJO, Manuel, **“Sistema de consecuencias jurídicas del delito”**, UNAM, México, 2002, 400 pp.

JAKOBS, Gunther, **“Derecho Penal”**, 2ª edición, Ediciones Jurídicas, España, 1997, pp.270

JAUCHEN, Eduardo, **“La Prueba en materia penal”**, 3ª edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1080, 380 pp.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, **“Lecciones de Derecho Penal”**, 2ª edición, Oxford, México, 1999, 500 pp.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, **“La tipicidad”**, Porrúa, México, 1983, 450 pp.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, **“Lineamientos generales de la teoría del delito”**, Incija ediciones, México, 2003, 300 pp.

----- **“Introducción a la teoría general del delito”**, Edición Privada, México, 2002, 424 pp.

LAVEAGA, Gerardo, **“La cultura de la legalidad”**, UNAM, México, 1999, 350 pp.

LIZST, Franz Von, **“Tratado de Derecho Penal”**, 2ª edición, tomo I, Reus, Argentina, 1987, 700 pp.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, **“Delitos en particular”**, 5ª edición, Tomo II, Porrúa, México, 2000, 598 pp.

LÓPEZ GUTIERREZ, Casariego, **“Delitos de Servidores Públicos”**, 3ª edición, Cajica, Colombia, 1986, 600 pp.

MANZINI, Vincenzo, **“Tratado de Derecho Procesal Penal”**, traducción de Santiago Sentis Morales, 4ª edición, tomo III, Ediciones Jurídicas, Argentina, 1990, 500 pp.

MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, **“Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal”**, 2ª edición, Porrúa, México, 1989, 500 pp.

MALO CAMACHO, Gustavo, **“Derecho Penal mexicano”**, 2ª edición, Porrúa, México, 1998, 900 pp.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, **“Derecho Penal; parte general”**, 4ª edición, Trillas, México, 1997, 320 pp.

----- **“El Tipo Penal; algunas consideraciones en torno al mismo”**, UNAM, México, 1992, 300 pp.

MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, **“La Investigación ministerial previa”**, 6ª edición, Porrúa, México, 2002, 600 pp.

MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, **“El proceso penal y su exigencia intrínseca”**, Porrúa, México, 2003, 400 pp.

MAURACH, Reinhart, **“Tratado de Derecho Penal”**, 4ª edición, tomo I, Ariel, España, 1962, 500 pp.

MEZGER, Edmund, **“Derecho Penal; parte general”**, 2ª edición, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1999, 460 pp.

MIR PUIG, Santiago, **“Derecho Penal; parte general”**, 4ª edición, PPU, España, 1990, 800 pp.

MOLINER, María, **“Diccionario de uso del español”**, 2ª edición, Gredos, España, 600 pp.

MONARQUE UREÑA, Rodolfo, **“Lineamientos elementales de la teoría del delito”**, Porrúa, México, 2000, 300 pp.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, **“Política Criminal y reforma penal”**, 2ª edición, CEPOLCRIM, México, 2000, 520 pp.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **“Teoría general del delito”**, Temis, Colombia, 1990, 490 pp.

NUÑEZ, Ricardo, **“Los elementos subjetivos del tipo penal”**, 2ª edición, ASPA, México, 1978, 260 pp.

ORELLANO WIARCO, Octavio Alberto, **“Teoría del delito”**, 9ª edición, Porrúa, México, 2000, 219 pp.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, **“La averiguación previa”**, 7ª edición, Porrúa, México, 1994, 850 pp.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, **“Diccionario para juristas”**, 2ª edición, Mayo Ediciones, México, 1981, 1500 pp.

PALLARES, Eduardo, **“El procedimiento inquisitorial”**, Imprenta Universitaria, México, 1951, 220 pp.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, **“Teoría del delito”**, UNAM, México, 2000, 180 pp.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, **“Derecho Penal mexicano”**, 14ª edición, Porrúa, México, 1999, 480 pp.

----- **“La causalidad en el delito”**, 3ª edición, Porrúa, México, 1989, 600 pp.

PÉREZ PALMA, Rafael, **“Guía de Derecho Procesal Penal”**, 2ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980, 450 pp.

POMPEO PEZZANTINI, Francesco, **“La custodia preventiva”**, 2ª edición, DOTT, Italia, 1970, 400 pp.

PORTE PETIT, Celestino, **“Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal”**, 17ª edición, México, 1984, 600 pp.

PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, **“Derecho Procesal Penal”**, 2ª edición, Tecnos, España, 1978, 790 pp.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, **“Derecho Penal”**, 11ª edición, Temis, México, 1996, 350 pp.

REYNOSO DAVILA, Roberto, **“Teoría general del delito”**, 3ª edición, Porrúa, México, 1998, 300 pp.

RIVERA SILVA, Manuel, **“El procedimiento penal”**, 28ª edición, Porrúa, México, 1999, 321 pp.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, **“Derecho Penal español”**, 3ª edición, Tesma, España, 800 pp.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, **“La doctrina causal”**, MENA, España, 1985, 400 pp.

ROSAL, Juan del, **“Tratado de Derecho Penal español”**, 3ª edición, Villena, España, 1978, 600 pp.

ROXIN, Claus, **“Derecho Penal; parte general”**, 2ª edición, Civitas, España, 1997, 1080 pp.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, **“Derecho Procesal Penal”**, 2ª edición, Harla, México, 1994, 400 pp.

SOSA ORTIZ, Alejandro, **“Los elementos del tipo penal; La Problemática en su acreditación”**, Porrúa, México, 1999, 380 pp.

-----**“El cuerpo del delito”**, Porrúa, México, 2003, 230 pp.

STRATENWERTH, Gunter, **“Derecho Penal; parte general”**, Edersa, España, 1982, 300 pp.

TEQUEXTLE ROMERO, Gregorio, **“El cuerpo del delito o elementos del tipo”**, 3ª edición, OGS Editores, México, 2000, 340 pp.

TORRES TORRES, Juan, **“La legalidad”**, 3ª edición, Temis, Argentina, 1980, 400 pp.

TRUEBA OLIVARES, Eugenio, **“El hombre, la moral y el Derecho”**, 2ª edición, Orlando Cárdenas, México, 1986, 300 pp.

UROS RAMÍREZ, Gerardo, **“El cuerpo del delito y la responsabilidad penal”**, Porrúa, México, 2002, 349 pp.

WELZEL, Hans, **“Derecho Penal alemán”**, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, 300 pp.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, **“El principio *in dubio pro reo* en relación a la defensa”**, 3ª edición, Sentis, Argentina, 1983, 480 pp.

VIDAL RIVEROLL, Carlos, **“El Tipo y la Tipicidad”**, UNAM, México, 1980, 300 pp.

ZAFARONNI, Eugenio Raúl, **“Manual de Derecho Penal; parte general”**, 2ª edición, Cárdenas editor y distribuidor, México, 2002, 300 pp.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, **“El cuerpo del delito y el tipo penal”**, Ángel Editor, México, 2000, 400 pp.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge E. **“El proceso penal”**, 3ª edición, tomo III, Edino, Colombia, 1990, 1000 pp.

### **HEMEROGRAFÍA**

DÍAZ ARANDA, Enrique, “Detener, consignar y en el proceso averiguar”, Revista Criminalia, año LXV, No 1, Enero-Abril de 1999, Porrúa, México, 45 pp.

RANIERI, Silvio, “El delito como hecho típico”, Revista Jurídica Veracruzana, Xalapa, Veracruz, tomo XIII, Septiembre-Noviembre de 1982, No 5, 200 pp.

## **DICCIONARIOS**

Diccionario de la Real Academia Española, 3ª edición, Larouse, México, 1995, 1800 pp.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Diccionario Jurídico Mexicano”, 7ª edición, tomo P-Z, Porrúa, México, 1999, 800 pp.

## **OTROS DOCUMENTOS**

Iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de Marzo de 1999.

## **LEGISLACIÓN**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 54 edición, Porrúa, México, 2005, 455 pp.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 45 edición, SISTA, México, 2005, 567 pp.

Código Federal de Procedimientos Penales, 34 edición, SISTA, México, 2005, 600 pp.

Código Penal Federal, 67 edición, Porrúa, México, 2005, 700 pp.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, 43 edición, SISTA, México, 2005, 754 pp.