



875209 36 2ej
UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“COMENTARIOS AL ARTICULO 164 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE
VERACRUZ, EN RELACION CON LA REFORMA AL
ARTICULO 168 DEL CODIGO FEDERAL DE
PROCEDIMIENTOS PENALES”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JESUS MARTIN SELEM LAGUNES

DIRECTOR DE TESIS

LIC. MIGUEL GONZALEZ GONZALEZ

REVISOR DE TESIS

LIC. HECTOR MANUEL ESTEVA DIAZ

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

BOCA DEL RÍO, VER.

273045

1999



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.

DEDICATORIA

A DIOS

Le agradezco el haberme dado la vida, lo que he hecho y anhelar el logro de la plena capacidad para la realización de lo que representa en uno mismo, porque la vida no tiene otro sentido que el que el hombre le da.

A MIS PADRES

A ustedes les estoy y les estaré plenamente agradecido por la forma en que me han enseñado la vida, la forma en que me han educado, la mentalidad positiva y sobre todo luchadora, valores que estarán conmigo y serán mi prioridad hasta el último aliento de mi existencia, les dedico éste trabajo que tan importante papel ha tenido en mi vida formativa. Los quiero mucho.

A MI HERMANA

La lucha por una causa justa no se podrá detener nunca por cuatro muros, ni por muy gruesos que sean, no te derrumbes, no sepas lo que pasa ni lo que ocurre; gracias por todo tu tiempo y por escucharme siempre.

A MIS ABUELOS JUAN Y ELENA (Q.E.P.D.)

La mortalidad jamás se interpondrá entre nosotros, se que están conmigo en todo momento que me cuidan y me guían por el mejor camino, éste trabajo es en su memoria.

A UNA MUJER MUY ESPECIAL

Los momentos más difíciles en la vida de un hombre, al superarlos son las satisfacciones más grandes, lo que en mí te conserva no fue nunca recuerdo, ni eres tampoco mía por la fuerza de un deseo, lo que te hace presente para mí es una lenta ternura que va en mi sangre describiendo; la libertad de defender nuestros ideales nadie nos la podrá quitar.

A MIS ASESORES

A quién más que a ustedes pudiera yo agradecer la oportunidad de ahora ser un profesionalista; y agradecer además las enseñanzas y sabios ejemplos de proceder con ética, profesionalismo y sobre todo en no detener la marcha ante nada.

A LA UNIVERSIDAD VILLA RICA

Por ser la institución que me forjó para ser un hombre de provecho en la sociedad.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN. | 1 |
| | |
| CAPITULO I: GENERALIDADES EN EL CUERPO DEL DELITO. | 4 |
| 1.1.-Importancia del Cuerpo del Delito en el Derecho de Procedimientos Penales. | 4 |
| 1.1.1.-Problemática sobre el concepto "Corpus Delicti". | 4 |
| 1.2.- Evolución del concepto en la Legislación Mexicana. | 7 |
| 1.2.1.-Integración y Comprobación. | 11 |
| 1.2.2.-Integración del Cuerpo del Delito. | 11 |
| 1.2.3.-Comprobación del Cuerpo del Delito. | 12 |
| 1.2.4.-Medios para comprobar el Cuerpo del Delito en la legislación vigente. | 14 |
| 1.2.5.-Comprobación del Cuerpo del Delito en la Tentativa. | 14 |
| | |
| CAPITULO II: ANTECEDENTES HISTORICOS. | 16 |
| 2.1.- Cuerpo del Delito. | 16 |
| 2.2.- Código Penal Veracruzano de 1835. | 26 |
| 2.2.1.-De los Delitos en General en el Código Penal Veracruzano de 1835. | 27 |
| 2.2.1.1.-De los casos en que hay delito. | 27 |
| 2.2.2.-De los delincuentes, y de los que responden de las acciones de otro. | 29 |
| 2.2.3.-De las circunstancias que agravan o disminuyen el delito y de las penas que se deben aplicar | 34 |

| | |
|--|-----------|
| cuando concurren diversos delitos. | |
| 2.3.- Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz de 1851 y 1852. | 35 |
| 2.4.- Código Penal Corona de 1869. | 36 |
| 2.5.- Proyecto de Código Penal del Imperio. | 37 |
| 2.6.- Código Penal de 1871. | 37 |
| 2.7.- Código Penal Veracruzano de 1896. | 38 |
| 2.7.1.-Circunstancias agravantes. | 38 |
| 2.7.2.-De las personas responsables de los delitos. | 42 |
| 2.8.- Código Penal de 1929. | 43 |
| 2.9.- Proyectos de Reforma del año 1942, al Código Penal vigente. | 44 |
| 2.10.- Código de Defensa Social del Estado de Veracruz-Llave de 1945. | 45 |
| 2.11.- Código Penal para el Estado de Veracruz de 1948. | 45 |
| 2.12.- Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz de 1951, parte general. | 46 |
| 2.13.- Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz de 1954. | 47 |
| 2.14.- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz de 1980. | 48 |
| 2.14.1.-Comprobación del Cuerpo del Delito según el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz de 1980. | 48 |
| | |
| CAPITULO III: CUERPO DEL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES. | 51 |
| 3.1.- El Cuerpo del Delito en las Escuelas Penales. | 51 |
| 3.1.1.-Nacimiento de la Escuela Clásica. | 51 |
| 3.1.2.-Ausencia de su Carácter Unitario. | 51 |

| | |
|---|----|
| 3.1.3.-Denominación. | 52 |
| 3.1.4.-Carácteres. | 52 |
| 3.1.5.-El Delincuente en la Escuela Clásica. | 53 |
| 3.1.6.-Fundamento del Derecho de Penar. | 54 |
| 3.1.6.1.-El "Ius Puniendi". | 54 |
| 3.1.7.-Tesis. | 54 |
| 3.1.8.-Antítesis. | 56 |
| 3.1.9.-Síntesis. | 58 |
| 3.1.10.-Escuela Clásica | 59 |
| 3.1.11.-Sus Variedades. | 59 |
| 3.2 El Cuerpo del Delito en la Escuela Positiva. | 61 |
| 3.2.1.-Denominación. | 61 |
| 3.2.2.-Su Carácter Unitario. | 61 |
| 3.2.3.-Representantes de la Escuela Positiva "Evangelistas". | 61 |
| 3.2.4.-Carácteres. | 61 |
| 3.2.5.-Posición del Positivismo. | 62 |
| 3.2.6.-La Tercera Escuela y su origen. | 62 |
| 3.2.7.-Características. | 62 |
| 3.2.8.-Acercamiento con la Escuela Clásica y la Positiva. | 63 |
| 3.2.9.-Crítica a la Tercera Escuela. | 63 |
| 3.2.10.-Las Escuelas Penales y los Códigos Penales Mexicanos. | 63 |
| 3.2.11.-Escuela Positiva. | 65 |
| 3.2.11.1.-Significado de la Escuela Positiva. | 65 |
| 3.2.12.-Unidad y Variedad. | 66 |
| 3.2.13.-Lo que pudo ser. | 66 |
| 3.2.14.-Lo que es el Positivismo en América. | 67 |
| 3.2.15.-Lo que queda del Positivismo. | 69 |

| | |
|--|----|
| CAPITULO IV: TIPO Y TIPICIDAD. | 72 |
| 4.1 El Tipo. | 72 |
| 4.1.1.-El tipo como presupuesto general del delito. | 72 |
| 4.1.2.-Concepto. | 72 |
| 4.1.3.-Teoría de la Pura Coordinación. | 73 |
| 4.1.4.-El tipo como función indiciaria de la antijuricidad: Teoría del Indicio. | 73 |
| 4.1.5.-El tipo como ratio essendi de la antijuricidad: Teoría de la Identidad o de la Superación. | 74 |
| 4.1.6.-La antijuricidad como ratio essendi del tipo. | 75 |
| 4.1.7.-El tipo como elemento de concreción y de conocimiento. | 75 |
| 4.2 Elementos del Tipo. | 76 |
| 4.2.1.-Presupuesto del delito. | 76 |
| 4.2.2.-Elemento Material. | 77 |
| 4.2.3.-Modalidades de la Conducta. | 77 |
| 4.2.4.-Sujeto Activo. | 79 |
| 4.2.5.-Clasificación del sujeto activo en cuanto al número. | 81 |
| 4.2.6.-Sujeto Pasivo. | 81 |
| 4.2.7.-Objeto Jurídico. | 84 |
| 4.2.8.-Objeto Material. | 84 |
| 4.3 Tipicidad. | 85 |
| 4.3.1.-Papel que desempeña la tipicidad en teoría del delito. | 85 |
| 4.3.2.-Concepto de Tipicidad. | 85 |
| 4.3.3.-Opinión propia de la Tipicidad. | 86 |
| 4.3.4.-Importancia de la Tipicidad. | 87 |
| 4.3.5.-El hecho concreto y el tipo legal. | 87 |

| | |
|---|-----|
| 4.3.6.-Terminología. | 88 |
| 4.3.7.-Historia. | 89 |
| 4.3.8.-Evolución del concepto del Tipo. | 90 |
| 4.3.8.1.-Primera fase: Independencia. | 90 |
| 4.3.8.2.-Segunda fase: Carácter Indiciario | 91 |
| 4.3.8.3.-Tercera fase: Ratio Essendi de la Antijuridicidad | 91 |
| 4.3.9.-Tipo de delito "Delikstypus". | 92 |
| 4.3.10.-Tatbestand Legal y Leitbild. | 93 |
| 4.3.11.-Función de la Tipicidad. | 98 |
| 4.4 La Tipicidad y su Ausencia. | 99 |
| 4.4.1.-Tipos de mera descripción objetiva. | 99 |
| 4.4.2.-Elementos Subjetivos. | 101 |
| 4.4.3.-Elementos Normativos. | 103 |
| 4.4.4.-Naturaleza de los elementos subjetivos y normativos. | 103 |
| 4.4.5.-Elementos subjetivos referentes al autor. | 104 |
| 4.4.6.-Elementos subjetivos que se dan fuera del autor. | 105 |
| 4.4.7.-La tipicidad y la función del juez instructor. | 105 |
| | |
| CAPITULO V: EL CUERPO DEL DELITO Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO. | 107 |
| 5.1 Texto Constitucional. | 107 |
| 5.2 Código Penal Federal. | 115 |
| 5.2.1.-Responsabilidad Penal. | 115 |
| 5.2.2.-Tentativa. | 117 |
| 5.2.3.-Personas responsables de los delitos. | 117 |
| 5.2.4.-Causas de exclusión del delito. | 118 |
| 5.3 Texto Actual del Código Federal de Procedimientos Penales. | 120 |
| 5.3.1.-Comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado. | 120 |

| | |
|--|-----|
| 5.4 Texto actual del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz. | 124 |
| 5.4.1.-Comprobación del Cuerpo del delito según el actual Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz. | 124 |
| CONCLUSIONES. | 127 |
| BIBLIOGRAFÍA. | 142 |

INTRODUCCIÓN

Es muy satisfactorio poder señalar el valor de la siguiente obra, la cual indiscutiblemente constituirá una guía insustituible para la formación universitaria, a través de los problemas básicos de la ciencia penal. No es el mérito único, con ser ya grande, de éste trabajo cuyas amplias proyecciones rebasan los ámbitos estudiantiles y suscitarán, sin duda alguna, la censura y el elogio de los doctos, pues en torno a toda producción relevante surge siempre la controversia científica. El mejor homenaje que se puede hacer a éste trabajo, es indicar la importancia de su posición, franca y sin titubeo alguno, al adoptar el sistema analítico del delito, consecuencia de la enseñanza germánica.

Consecuentemente me adhiero al criterio tetrátomico de algunos autores del delito, cuando lo definen como una conducta típica, antijurídica y culpable, también se hace sin reservas a quienes niegan el carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad. Se realiza una interesante clasificación de los delitos sin dejar de incluir a los unisubsistentes, plurisubsistentes, unisubjetivos y plurisubjetivos. Al estudiar la conducta se dedican algunas líneas a la causalidad, la cual, como sabemos, viene a ser un elemento del hecho y solamente se presenta en los delitos en los que se produce un mutamiento en el mundo exterior, y se afilia a la teoría de la causa condicional, al afirmar: "La teoría de la equivalencia es la acertada, por su carácter general que reconoce

a las concausas, la naturaleza de las condiciones y resuelve satisfactoriamente el problema de la participación”.

El derecho tiene como finalidad encausar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria, manifiestase como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el estado. Se ha expresado que el derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del estado, más indudablemente tal sistematización inspirase en ideas del más alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato: la paz y seguridad sociales. Todos los intereses que el derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para tal fin el estado está naturalmente, facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originandose así la necesidad y justificación del derecho penal que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

La aplicación de las leyes del procedimiento penal, comprende los aspectos a que se refiere la teoría de la ley penal: el tiempo, el espacio y las personas. En cuanto al tiempo, en principio, tiene validez y obligatoriedad, únicamente durante su vigencia, y así se desprende del texto del artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”; empero, interpretando este precepto a contrariu sensu, se concluye: es posible aplicar retroactivamente la ley del procedimiento en beneficio del inculpado, pero nunca en su perjuicio.

Es necesario antes de concluir esta breve introducción hacer una referencia a los problemas de la enseñanza del derecho, la cual atraviesa por una grave crisis no sólo en México y en Iberoamérica, sino en todos los países latinos, y en cierta medida, también en los países de otro tipo de culturas jurídicas. La enseñanza del derecho en México, y en Iberoamérica, adolece de muchas fallas y defectos. Desde principios del siglo, muy distinguidos profesores señalaron los principales defectos de la enseñanza del derecho. Criticas de las más agudas a los sistemas de enseñanza de nuestras disciplinas. Todos estos defectos, que tan ilustres tratadistas señalaban ya hace seis décadas a la enseñanza del derecho, resulta que lo tenemos, quizás aumentados en nuestras universidades y facultades de derecho hoy en día. Los vicios, los defectos, y sobre todo la ineficacia de la enseñanza jurídica para formar verdaderos profesionales del derecho, son graves y alarmantes y no pueden ser solucionados en forma parcial. La deficiencia en la enseñanza jurídica, no es sino una parte de los múltiples desajustes y desaciertos de nuestra sociedad contemporánea.

CAPITULO I: GENERALIDADES EN EL CUERPO DEL DELITO.

1.1.- IMPORTANCIA DEL CUERPO DEL DELITO EN EL DERECHO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Corpus Delicti o Cuerpo del Delito, es un concepto de importancia capital en el Derecho de Procedimientos Penales, debido a que, la comprobación de la conducta o hecho punible, descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran es la base en que se sustenta, sin ello no habrá posibilidad ninguna de dictar un auto de formal prisión o, en su caso una sentencia en donde se declare a una persona culpable y se le imponga alguna pena.

1.1.1.- Problemática sobre el concepto "Corpus Delicti".

El concepto sobre cuerpo del delito, había sido un problema muy discutido en el campo doctrinal y aún sigue siendo para algunos autores empecinados en ideas del todo exóticas en relación con el delito, sin embargo, con el fin de emitir un concepto que nos permita entender su connotación y tomar de estas las bases y elementos necesarios para precisar su alcance en el Derecho Mexicano, estableciendo, la forma en que se integra en la legislación vigente según diversos autores:

Tesis de Ernst Beling.- En Alemania, antes de que Ernst Beling teorizará sobre el tipo penal, aludir al cuerpo del delito se incurría en graves confusiones, identificando a éste con el objeto, el instrumento y el resultado del hecho ilícito, por ejemplo se afirmaba: el cuerpo del delito es la cartera sustraída por el ladrón, es el arma empleada para privar de la vida a una persona, es el cuerpo muerto.

De semejantes supuestos habría que concluir que, tratándose de atentados al pudor, el cuerpo del delito sería **"la mano tentona"**.

A excesos como éste, llegarían quienes no considerasen que cuerpo del delito, es un concepto técnico que responde a la esencia y fines de la disciplina jurídica, en estudio.

A principio de este siglo, Beling estudio el tema y concluyó que el tipo penal, está constituido por la suma de todos los caracteres del delito, internos y externos, integrantes de su esencia; en otros términos: los elementos materiales del hecho delictuoso y la realización del resultado, sin que se incluyan las notas concernientes a la culpabilidad.

Beling, rectificó su punto de vista en 1930; consideró necesario separar el tipo penal de la especie delictiva, porque através del primero se logra destacar lo segundo.

Las especies delictivas estan integradas por elementos objetivos y subjetivos orientados hacia una figura rectora (leibitld), en torno a la cual se agrupan todos los elementos de la especie; de tal manera que, la figura rectora, objetiva y descriptiva, rige para cada especie delictiva y está agrupa el tipo de lo injusto y de la culpabilidad, por ejemplo: en el delito de robo el apoderamiento de la cosa ajena, mueble, es el tipo rector, tiene un carácter descriptivo; esto permite que se reúnan, en torno a él, los tipos internos: lo injusto y la culpabilidad.

Consideró que, la posición de Beling, aún rectificada, al considerar como elementos del tipo, solamente a los descriptivos, desconoció la

existencia de otros conceptos jurídicos, que no tienen, propiamente esa función, sino más bien normativa porque, para determinarse requieren de una valoración, como lo señala Edmundo Mezger al sostener que el tipo, "es el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal."¹

Tesis de Mezger.- Contraria a la tesis de Beling, es la que sostiene éste autor, quien afirma la existencia de elementos típicos objetivos, subjetivos y normativos.

Al referirse a los primeros, señala los diversos tipos penales de la parte especial del código y de las restantes leyes especiales tienen como punto de arranque una descripción objetiva de determinados estados y acontecimientos que deben constituir la base de la responsabilidad criminal del agente.

Se trata por tanto, de estados y procesos externos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por lo sentidos "objetivos" fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva, y que han de ser apreciados por el juez, mediante la simple actividad del conocimiento cognoscitivo.

Con relación a los elementos típicos subjetivos, indica: "la teoría de los elementos subjetivos del injusto nos ha demostrado que éste depende en muchos casos de características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor. Como quiera que el tipo penal es sólo injusto especial, tipificado, resulta, que dichos elementos subjetivos del injusto, en tanto se refieren al injusto típico forman parte del tipo como elementos "subjetivos" del mismo. A la vez son elementos descriptivos en el sentido antes mencionado, pues en ellos, como por ejemplo, en el "conocimiento" (de que se va a cometer un crimen), o en el animo de enriquecimiento "estafa", describe el legislador ciertos estados y procesos anímicos del agente que el juez ha de comprobar

¹ Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Edit. Barcelona S.A. pág. 336. 1955, Madrid.

como características del injusto punible, sirviéndose para ello del simple conocer (cognitivamente)".²

En cuanto a los elementos normativos se dice: "Mientras que los elementos típicos objetivos de que hasta ahora se ha tratado se referían a aquellas partes integrantes del tipo penal fijadas por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos corporales y anímicos; y, en consecuencia, han de ser comprobados caso por caso por el juez cognitivamente, en los elementos típicos "normativos" se trata de presupuestos del injusto que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho".³

De lo expuesto hasta el momento, y de acuerdo con la tesis de Mezger, **cuerpo del delito, es el conjunto de elementos típicos del injusto: objetivos, subjetivos y normativos.**

1.2.- EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

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

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

Los redactores del Código de Procedimientos Penales, de 1894, identificaban el delito con el cuerpo del delito.

² Op. cit: 387.

³ Op. cit: 387.

Los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretendieron aclarar la confusión, y al respecto manifestaron: "Por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo".⁴

En el Código de Procedimientos Penales, vigente, para el Distrito Federal, siguiendo el criterio de la Suprema Corte, se estableció: "Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta que levante, recogiendo los si fuere posible" (art.94).

En la reforma al artículo 122, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se rectificó el ancestral error en torno a que el cuerpo del delito que no tuviera señalada prueba especial se justificaba con la comprobación de los "elementos materiales".

En el texto actual, del precepto mencionado, se dice a la letra: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso a las reglas especiales que para dicho efecto previene éste código".

Es loable la rectificación que llevo a cabo el legislador, porque facilita el mejor entendimiento del concepto "cuerpo del delito"; empero, lo seria más si se eliminaran esas denominadas "reglas especiales", para la integración del cuerpo del delito por ser inútiles de acuerdo con el contenido expresado en los artículos anteriormente citados.

Incursionando con gran detenimiento en las partes generales y especiales del Derecho Penal, fije mi atención en la esencia del delito y sus elementos integrantes y desde entonces se puede afirmar que es: una conducta típica, antijurídica y culpable; la punibilidad es una consecuencia y, por lo tanto, no forma parte de él. En cuanto a los tipos penales, estos

⁴ Semanario Judicial de la Federación: XXVII, 209, 365, 388 y XXIX, 1295.

contienen elementos diversos y son los que conforman el núcleo mismo del tipo; por ende, partiendo de esto último su constitución no es uniforme, sino variable.

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

El tipo penal a no dudarlo es creación formada por el legislador; la segunda, es la adecuación de una conducta o hecho a la descripción hecha por aquel, es decir, el encuadramiento de la conducta al tipo penal, en concreto, tomando en consideración para ello la fórmula *nullum crimen sine tipo*. El tipo penal representa algo estático, es la creación del legislador, en cambio, la tipicidad responde a lo típico, a la calidad que le da ese carácter, sólo cobra dinamismo, cuando existe una conducta, susceptible de ser identificada, con la descripción en la catalogación penal.

En el Derecho Penal contemporáneo, el tipo, es un elemento del delito, del cual se parte para determinar la antijuridicidad, cuando la conducta se adecua al mismo. En efecto, el aforismo *nullum crimen sine tipo*, opera en el ámbito penal ingenero; en cambio *Corpus Delicti*, es un concepto básico en el Derecho de Procedimientos Penales.

De la tipicidad, va a depender que el proceso logre sus fines, y en cuanto a los tipos penales, no se está en lo cierto que "son las fuerzas impulsoras que ponen en marcha la dinámica del proceso"⁵ porque no es el tipo por sí mismo el que represente la fuerza impulsora, ni mucho menos podrá poner en marcha la dinámica del proceso, es la tipicidad de la conducta

⁵ Jiménez Huerta Mariano. *La Tipicidad*. Edit. Porrúa, pág 222-229. 1955, México.

o hecho, la que en su caso y sin prescindir de otros elementos, sean la causa para esa dinámica.

Al estudiar los diversos tipos penales, contenidos en esta legislación, también según el caso, están integrados por elementos: a) objetivos, b) objetivos y normativos, c) objetivos, normativos y subjetivos; y d) normativos y subjetivos.

De la legislación y de la doctrina desprendí que: el elemento objetivo o material está referido, al sujeto activo que realiza una acción u omisión, así como también complementariamente, al sujeto pasivo, persona física, y a la cosa, objeto del delito; por ende, lo objetivo o material, corresponde a estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados, espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos "objetivos", fijados en la ley en forma descriptiva y también, estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor, por ejemplo: privar de la vida a una persona, causar una lesión, apoderarse de una cosa, la realización de la cópula; así mismo, y tomando en consideración que, en cada tipo se describe un ilícito, en éste se incluyen circunstancias, elementos, condiciones, señalamientos de los medios y el resultado. Los medios o forma empleada para llegar al resultado, puesto que, algunos ilícitos, no podrían serlo con ausencia de ese elemento material, como: el uso de la violencia, tratándose del delito de violación, al sujeto activo, ya que éste debe reunir las calidades exigidas para el ilícito: peculado, delito cometido por servidores públicos, al sujeto pasivo, en virtud de sus calidades: estupro, abandono de familia entre otros; el resultado, cuando es considerado como indispensable: homicidio.

El o los elementos normativos, son aquellos a los que se llega mediante una valoración jurídica: cosa mueble, perjuicio, documento público o cultural: apropiación, vida, erótico-sexual, perjuicio, etc. Los elementos subjetivos, implican una valoración, desde el punto de vista objetivo de la antijuridicidad, pues corresponden a estados y procesos anímicos del agente

y que conforman características del ilícito como: el deseo o propósito erótico-sexual, el ánimo de ofender, el ánimo de lucro, etc.

De lo expuesto podemos mencionar que existe cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta:

- a) A lo meramente objetivo;
- b) A lo objetivo y normativo;
- c) A lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo; o bien
- d) A lo objetivo y subjetivo.

Por lo tanto es de continuar afirmandose que: el cuerpo del delito, corresponde en la mayoría de los casos, a lo que generalmente se conoce como tipo, y en casos menos generales a los que corresponde como figura delictiva, o sea "el total delito": robo, abuso de confianza, fraude, allanamiento de morada, etc. Por último el cuerpo del delito se integra con el conjunto de elementos que corresponden a cada tipo penal.

1.2.1.- Integración y Comprobación.

Integrar, es componer un todo con sus partes; en cambio, comprobar, es evidenciar una cosa, cotejandola con otra, repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierta.

1.2.2.- Integración del Cuerpo del Delito.

La integración del cuerpo del delito, es una actividad, en principio, a cargo del agente del Ministerio Público, durante la averiguación previa y tiene su fundamento en imperativos de carácter legal.

En los Códigos de Procedimientos Penales, se indica: "cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta que levante, reconociéndolos si fuere posible" (art. 94, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 108, 181, y demás relativos del Código Federal de Procedimientos Penales).

Del contenido de los preceptos citados, se desprende: del conjunto de elementos probatorios que se hayan logrado acumular, durante la averiguación previa, dependerá que el cuerpo del delito resulte comprobado. Es innegable que, la actividad del agente del Ministerio Público, durante la etapa mencionada, tiende, esencialmente, a la integración del corpus delicti: esa es su función característica.

1.2.3.- Comprobación del Cuerpo del Delito.

La comprobación del cuerpo del delito, implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho, se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.

a) Diversas hipótesis. Puede suceder que la conducta o hecho, se adecue a un sólo tipo (monotipicidad), o a varios, según la proporción que aquel haya alcanzado (plurotipicidad),⁶ integrándose tantos cuerpos de los delitos, en proporción al alcance de la conducta o hecho y en relación con el catálogo, existente en el Código Penal. Esto, se logra comparándola con los tipos en los que pudiera adecuarse, para después, subsumirla en el que corresponda, tomando en cuenta la relación valorativa, prevalente entre los medios utilizados para realizarla, a los fines de está, y así, encuadrarla correctamente, subordinándola, dado el caso, en su significado finalístico, en uno, o en varios tipos (concurso de tipos).

⁶Op. cit : 237.

b) Proceso de adecuación típica. Consiste en atender al bien jurídico tutelado, comparando la conducta o hecho con las formas descritas por el legislador, para así lograr su identidad; se lleva a cabo examinando cada uno de los elementos integrantes del tipo, los cuales, reunidos en su totalidad lo comprueban, porque de lo contrario, si falta alguno, no habrá tipicidad y en consecuencia cuerpo del delito.

c) Legislación Positiva. En la legislación positiva, la comprobación del cuerpo del delito, es una función que corresponde al juez, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde a la letra dice: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresaran: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquel, lugar, tiempo y circunstancia de la ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado". La comprobación, está a cargo del juez en diversos momentos procedimentales, fundamentalmente, durante las etapas de: instrucción y juicio.

En la primera, examina las diligencias de averiguación previa y las que se hubieren practicado ante él mismo, cuando previa consignación de los hechos sin detenido, o por lo establecido en el artículo 4, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se negó la orden de aprehensión, y el agente del Ministerio Público solícito desahogo de diligencias. También así procede con las que se hubieren llevado a cabo, durante término constitucional de setenta y dos horas, para así, dictar según sea el caso, el auto de formal prisión, el auto de formal prisión con sujeción a proceso, o el de "libertad por falta de méritos".

En el juicio, también examinará todo lo actuado, relacionándolo con las demás probanzas, rendidas después del auto de formal prisión, al igual que

Para comprobar el cuerpo del delito, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (art. 122), como en el Código Federal de Procedimientos Penales (art. 168), se señalan: primero, una regla genérica, consistente en atender a los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictivos, según se determina en la ley penal; segundo, reglas especiales para algunos delitos.

En ningún momento debe confundirse cuerpo del delito con presunta responsabilidad. Son dos situaciones, que conducen a consecuencias jurídicas diversas, verbi gracia: la problemática sobre la presunta responsabilidad, casi siempre depende de la existencia del cuerpo del delito, porque sino es así, cual será la base de la sustentación para pretender fincar una presunta responsabilidad.

Considero que en los Códigos de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal y Federal, se señalan una duplicidad de formas para la comprobación del cuerpo del delito ("elementos del delito" en unos casos, y en otros reglas especiales), es aconsejable adoptar un sólo criterio, para así, de esa manera, corregir los errores a que da lugar un sistema casuístico, poco técnico y caduco, como el adoptado para esta materia.

1.2.5.- Comprobación del Cuerpo del Delito en la Tentativa.

En el ámbito penal, se sancionan las conductas realizadas íntegramente; sin embargo, en ocasiones, no es así; es decir, la conducta no

se lleva a cabo de manera completa, pero la intención del agente se ha encaminado a ese fin, y esto también es punible, por la antisociabilidad que se patentiza con tal proceder .

Tomando como punto de partida el criterio, sustentado por distinguidos juristas, la tentativa , en el Derecho Penal: "Es la realización de actos idóneos dirigidos en forma inequívoca a cometer un delito; de tal manera que, está requiere tan sólo un esfuerzo voluntario encaminado a la realización de la conducta o hecho, independientemente de que la tentativa sea acabada o inacabada".⁷

Sin entrar al estudio completamente de los diversos problemas a que ha dado lugar para los fines perseguidos, la tentativa es una forma accesoria del tipo, pues de no ser así, se sancionarían hechos atípicos; en consecuencia, tiene forzosamente que agotarse el campo del delito, relacionando los elementos de la tentativa inacabada o imposible, con los propios elementos del tipo; o sea dogmáticamente, relacionando el artículo 12, del Código Penal, con cada tipo en particular.

⁷ Antolisei Francisco. Manual de Derecho Penal. Edit. UTEHA, pág 343. 1960, Argentina.

CAPITULO II: ANTECEDENTES HISTORICOS.

2.1.- CUERPO DEL DELITO.

Si recurrimos al Diccionario de la Lengua Española, nos encontramos con la siguiente acepción: Cosa en que, o con que se ha cometido un delito, o en la cual existen las señales de él.

Si la finalidad del proceso penal es la de aplicar la ley penal, no cabe duda que él mismo deberá seguir determinado método para cumplir tal objetivo: descubrir la verdad historica real en torno al hecho material que se dice delictuoso y a la individualización de su autor (la persona física del autor y la personalidad moral del mismo).

La pena penal al disciplinar los distintos delitos, lo hace indicando elementos objetivos o materiales y subjetivos o morales, así, cuando dice: "el que matare a otro ...", está haciendo referencia al aspecto material del delito, al hecho físico de dar muerte a una persona, sin referirse para nada, con tales expresiones, a la antijuridicidad del mismo o a la culpabilidad de su autor. Cuando el proceso penal ha llegado a la verdad en torno a los elementos materiales que el delito supone, se dice que se encuentra acreditada la existencia material de la infracción. A éste aspecto de la investigación es al que se vincula el instituto procesal conocido por "**Cuerpo del Delito**".

Cuerpo significa, según el Diccionario citado, lo que tiene extensión limitada y produce impresión en nuestros sentidos por calidades que le son propias. Es decir, substancia orgánica o inorgánica. Delito, por su parte, es quebrantamiento de la ley. De ahí que se pueda decir que **“Cuerpo del Delito”** es el objeto u objetos que prueban la existencia del quebrantamiento de la ley o bien todo objeto que sirve para hacerlo constar. La doctrina no está toda de acuerdo sobre el alcance del instituto en estudio. Para unos se refiere a la existencia material de cualquier delito, y para otros, queda limitado a los elementos materiales en cuanto el delito es de hecho permanente.

Para los primeros, existencia material del delito y cuerpo del delito vienen a ser una misma cosa. Por eso todo delito requiere la prueba del cuerpo del delito, por ser la manifestación exterior con que la infracción entra al mundo social .

Para los segundos, existencia material y cuerpo del delito no son términos equivalentes, aunque siempre el segundo presupone el primero, pero no a la inversa. Para estos, el cuerpo del delito es el modo como se expresa en el Derecho Procesal Penal las varias circunstancias materiales o físicas de carácter más o menos permanente vinculadas íntimamente al acontecimiento exterior que se tiene como hecho delictuoso.

Ortolan, uno de los cultores del Derecho Penal (substantivo y adjetivo), es el que con mayor empeño procura dar un concepto claro de lo que se entiende por **“Cuerpo del Delito”**. Dice que toda infracción se compone de dos elementos principales e inseparables: el hecho considerado en si mismo, esto es, la materialidad de la infracción y la culpabilidad del agente, o sea, la moralidad del acto. El delito estimado en su elemento físico, material, es un acto externo, que cae bajo el dominio de los sentidos; considerado bajo el aspecto moral, implica un fenómeno psicológico, un acto de la razón y del libre albedrío.⁸

⁸ Enciclopedia Jurídica Omeva. Edit. Bibliografica Argentina, Tomo V, pág 259-264, Argentina.

"La materialidad de la infracción se aplica a los delitos de acción como a los de omisión, a los delicta facti permanentis, a los delicta facti transeuntis".

"La materialidad del delito se llama cuerpo del delito, corpus delicti".

Luego dicho autor sigue expresando: cuando se dice el cuerpo del delito, se emplea una metáfora; se supone que el delito, considerado, físicamente tiene un conjunto de elementos materiales, más o menos unidos entre si, que lo constituyen y le forman como un cuerpo. Es cierto que no hay delito fuera del orden moral, como no hay hombre sin alma, lo que no obsta a que el hombre tenga un cuerpo. Se dice cuerpo del delito, como se dice cuerpo del hombre, haciendo abstracción de su naturaleza moral, empleando está expresión para designar el conjunto completo de los elementos materiales que forman el delito.

"No siendo el cuerpo del delito sino el conjunto de los elementos materiales que entran en él, los comprende en las tres épocas en que pueden manifestarse: en el pasado, en el presente y en el futuro. En cuanto al pasado, el cuerpo del delito comprende los actos materiales que han precedido a la acción criminal misma, como la presencia en tal sitio o el estado de la cosa objeto del delito o de las personas que han desempeñado un rol en la consumación; en el presente comprende los hechos mismos concomitantes con la acción; en el futuro abarca los resultados ulteriores del delito: en caso de heridas, por ejemplo, las consecuencias más o menos graves que puedan tener, enfermedad, pérdida de miembros, la muerte, etc". "El cuerpo del delito comprende no sólo los elementos físicos cuyo concurso es indispensable para que la infracción exista, sino también los elementos accesorios que se refieren al hecho principal, particularmente las circunstancias agravantes, tales como la efracción, las violencias, amenazas que han acompañado al robo, etc. "Se suele distinguir, en cuanto a la materialidad de la infracción, en delitos de hechos permanentes (delicti facti permanentis) y de hechos momentáneos (delicti facti transeunti).

Si la forma en que se objetiva una infracción es fugaz, o en otros términos, si la modificación del mundo físico ocasionada por aquella es de poca duración, el delito es de hecho momentáneo. En cambio, si las alteraciones materiales conservan cierta permanencia, el delito es de hecho permanente.

La injuria verbal es un delito de hecho momentáneo pues las palabras ofensivas desaparecen de la realidad material tan pronto como se pronunciaron. El homicidio, las lesiones, el robo, la falsificación etc, son, en cambio, delitos de hecho permanente por cuanto persisten, después de la consumación, las materialidades producidas por el hecho. Sentado esto, se comprende que la diferencia que existe entre una y otra doctrina lo es justamente sobre el concepto mismo del cuerpo del delito.

En un régimen procesal que recepciona como principio la libertad de la prueba y la libre convicción en su valoración, no tiene tanta importancia la de establecer con precisión el alcance del cuerpo del delito. En cambio, en el sistema de la prueba legal ocurre lo contrario. Por ello es que los autores antiguos son los que mayores páginas han escrito sobre el tema, ya que en la actualidad se tiende hacia el sistema de la libre convicción.

Pero visto desde otro punto, el estudio del instituto a que nos venimos refiriendo tiene relevancia indiscutible, por cuanto se enlaza con ese otro principio procesal de que siempre debe preferirse o buscarse la mejor prueba en la comprobación de un hecho. Así, por ejemplo, frente al delito de homicidio no hay duda que la mejor prueba para acreditar la existencia del cadáver es la de la inspección judicial y no la testimonial; las fuerzas en las cosas en el robo puede probarse, por testigo, pero la mejor prueba es la inspección ocular, etc.

Los sostenedores de una y otra teoría, al hacer el desarrollo de la misma y entrar a establecer que hechos o manifestaciones exteriores deben tenerse en cuenta para llegar a establecer el cuerpo del delito, no lo limitan

únicamente a la persona o cosa que haya sido el objeto del delito (la moneda falsificada, las heridas en el cuerpo, etc.), sino que lo extienden a todo otro elemento material en que forma más o menos directa se encuentra vinculado con el hecho o parte física del delito, (el núcleo de la infracción). Siguiendo los ejemplos anteriores, tendríamos como elementos materiales de tal carácter: el aparato con el que se falsificó la moneda, la tinta empleada o resto del material usado; el lugar (accidentes del terreno), el tiempo (lluvioso, seco) los rastros de sangre, el arma empleada de las lesiones, etc.

El cuerpo del delito, no es sólo la persona o cosa en quien se concreta la realidad objetiva del delito, sino también todas las manifestaciones exteriores que tenga una relación más o menos inmediata con la infracción.

Por esto, siendo los delitos de hecho momentáneos los únicos que no dejan realidades materiales más o menos permanentes que puedan ser comprobadas directamente por el juzgador (originalidad de la prueba), no hay problema entre los autores que sostienen una u otra posición sobre el alcance del cuerpo del delito, pues para todos la existencia material del hecho punible puede ser comprobada por cualquier medio de prueba. Así, las injurias verbales no dejan huellas de su perpetración y es por tal motivo que para comprobarlas no se hace uso de pruebas reales, sino personales: testimonios de personas, sea el autor o los terceros.

Cuando se dice que por cualquier medio se puede acreditar el cuerpo del delito, se quiere significar que hay libertad en la elección de la prueba, pero ello no significa que el juez, al valorar los distintos medios probatorios, se pronuncia por la existencia del cuerpo del delito por un simple estado de conciencia, sino que está obligado a analizar razonablemente la prueba y emitir un juicio lógico conforme a ese razonamiento; el juez debe fundar su decisión en pruebas que realmente se han recepcionado en el proceso y sobre hechos sometidos a su consideración. No se puede aceptar en un sistema republicano que como alguna vez ha ocurrido exprese "que sobre la

existencia del hecho tiene plena conciencia que se ha probado", porque es en un juicio que no responde a ningún razonamiento lógico, toda vez que no analiza la prueba que lo lleva a más afirmación. El arbitrio judicial no se admite en el sistema republicano. La libre convicción sobre la apreciación de la prueba sea sobre el cuerpo del delito o responsabilidad del acusado no significa un simple estado de conciencia, un capricho judicial, sino que, por el contrario, ello supone que la ley no ha tarifado el valor de tal o cuál medio de prueba, sino que lo ha dejado que lo haga el juzgador mediante razonamiento lógico debidamente fundado en las pruebas recogidas, únicas que tiene vida en el proceso. El cuerpo del delito cobra todo su prestigio en las infracciones de hecho permanente, y por eso algunos autores limitan su alcance a tales delitos.

Manzini, colocado en tal posición, dice: "Cuerpo del delito son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otro objeto que sea efecto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba".⁹

Por su parte, Framarino expresa: "El cuerpo del delito consiste en los medios materiales inmediatos y en los efectos materiales inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes".¹⁰

La mayoría de los autores que sostienen que el cuerpo del delito son los elementos materiales (permanentes o momentáneos) en que se objetiva el delito, al desarrollar la teoría sostienen que también forman parte del mismo los elementos accesorios que se refieren al hecho principal, como serían la efracción, las violencias, las amenazas, el empleo de llaves falsas, reuniones armadas, etc.

⁹ Op cit: 259-264.

¹⁰ Op cit: 259-264.

Sea cual fuere el concepto del cuerpo del delito (limitado a la persona o cosa objeto del delito o extendido a todos otros elementos materiales que lo explican), lo cierto es que desde el punto de vista procesal ninguna razón tendría la existencia de tal instituto si se lo equipara al elemento material o físico del delito, toda vez que su estudio correspondería al derecho penal sustantivo (en que consiste el hecho de dar muerte a una persona, el apoderarse de una cosa ajena, el de falsificar monedas, etc. son temas del derecho penal de fondo).

El Derecho Procesal Penal presupone la vigencia de normas de contenido penal material, pues su finalidad genérica es justamente la de aplicar en un caso concreto la ley penal que se dice violada. Por esto la ley procesal no tiene que entrar a establecer que se entiende por hecho punible, sino precisamente si en un caso concreto se puede dar por acreditado el mismo.

En cambio, el instituto del cuerpo del delito es de resorte procesal y por ello no se lo puede identificar con el hecho punible, sino con la actividad probatoria. Si el hecho punible es el homicidio, el cuerpo del delito lo constituyen todos los elementos materiales que acreditan la realidad de la muerte violenta. Esto explica el porque los autores, al estudiar o desmenuzar el cuerpo del delito, hablan del arma o medio utilizado, de las huellas materiales, etc. Si la importancia del cuerpo del delito es la de determinar cual debe ser la actividad probatoria para llegar a establecer el hecho punible, se impone analizar la distinta naturaleza de los elementos materiales que se manifestaron con la infracción producida.

Cuando el delito es de los llamados de hecho momentáneo, el objeto a probar por su propia naturaleza no consiente la prueba material (real), o sea que las cosas "hablen de por si"; la prueba original no es posible. El juzgador no puede "ver directamente" (originalidad) la materialidad que se ha objetivado el delito. Para esos supuestos puede servirse de cualquier medio

de prueba, especialmente la testimonial, para llegar mediante razonamiento lógico a la verdad real.

Si el delito es de hecho permanente, su propia naturaleza consiente la prueba real. Pero esto dicho en una forma general, pues hay casos que no será posible tal medio probatorio. Para entender mejor el punto dividiremos los elementos materiales permanentes en tres grupos.

En el primer grupo están comprendidas todas las manifestaciones materiales permanentes constitutivas del evento en que objetivamente se concreta el delito (núcleo del delito). Dentro del mismo encontramos por ejemplo, el cadáver en el homicidio, las heridas en las lesiones, el documento falso en la falsificación, etc.

En el segundo grupo ubicamos los elementos materiales en cuanto representan las huellas inmediatas dejadas por el delito: rastros de pisadas o de lucha, objetos destruidos, prendas del autor encontradas en el lugar del hecho, manchas de sangre, impresiones digitales, etc.

El tercer grupo comprende los objetos que inmediatamente sirvieron como medio para ocasionar el hecho punible: el arma empleada, la escala para acceder al lugar, la rotura de cerradura, la botella o vaso con veneno, el taco de sello en la falsificación, etc. El juez debe procurar de acreditar todos los elementos de que se integra el cuerpo del delito y según pertenezcan a uno u otro grupo, puede ser distinto el medio de llegar al conocimiento del objeto de la prueba.

Como regla general, cualquiera que sea el sistema procesal imperante, el juez debe llegar a la comprobación del cuerpo del delito mediante la propia observación del sujeto de la prueba, es decir que la prueba será de carácter material en cuanto las modificaciones materiales permanentes se presentan directamente a los sentidos del juez, aunque puede llamar en su ayuda, para comprender mejor lo percibido, a funcionarios auxiliares de la justicia (peritos). Así, por ejemplo, frente a un homicidio, el juez debe comprobar, mediante la

inspección, la existencia del cadáver y las violencias ejercidas, de todo lo cuál levantará un acta. Este medio de prueba es posible por la naturaleza de las cosas, en los supuestos de los dos primeros grupos.

En lo que respecta al tercer grupo, se impone distinguir los medios utilizados por el autor, en activos y pasivos.

El medio activo utilizado tiene significación en cuanto va unido a la acción misma del autor: el cuchillo accionado por el victimario. La prueba en tal caso no puede ser de carácter real, sino personal (testimonio del acusado o de tercero). El arma despojada de la acción entra, como cuerpo del delito, en el segundo grupo, ya establecido.

El medio pasivo está referido a las modificaciones que han sido objeto de la acción del delincuente para llegar a la consumación del delito. Por ejemplo, en el robo, la efracción realizada como medio para llegar al apoderamiento. Estos elementos materiales permanentes que sirvieron de medio pasivo, deben ser acreditados en la misma forma que en los dos primeros grupos.

De lo expuesto surge que el cuerpo del delito siempre en los delitos de hecho permanente deberá acreditarse por prueba real, salvo los elementos materiales permanentes que sirvieron como medio activo, para cuya comprobación se puede hacer mérito de cualquier prueba. Tal es la forma como el juez debe tratar de llegar al conocimiento del cuerpo del delito, cuando los elementos materiales permanentes ligados al delito no han desaparecido.

En el procedimiento penal debe respetarse el principio de la prueba mejor, es decir, que cuando el objeto de la prueba puede asumirse por un medio superior, debe preferirse éste. Si la prueba puede ser de carácter material, ella debe ser aceptada en lugar de la personal. Si la efracción, por ejemplo, puede ser acreditada mediante la inspección ocular, tal medio es preferible a la de testigo.

Puede ocurrir que el cuerpo del delito no pueda acreditarse por medio de prueba original (directamente por el juez), por haber desaparecido el elemento material que es objeto de la prueba. En tal caso, comprobada la desaparición, se admite cualquier medio para dar por existente el cuerpo del delito. Salvo lo ya expresado respecto de los medios activos para consumar el delito.

Estas exigencias resultan perentorias en un sistema procesal que se mueve con el instituto de las pruebas legales, salvo algunas excepciones que atemperan el rigorismo legal. En cambio, en un sistema de libertad de la prueba y de la libre convicción en su valoración, no hay limitaciones para acreditar el cuerpo del delito por cualquier medio. Pero siempre el juez debe tener presente el principio de la mejor prueba.

Las leyes procesales disciplinan una serie de actos enderezados a la comprobación del cuerpo del delito, los que deberá cumplir el juez, siendo ello posible. Así, en caso de muerte por heridas describirá no sólo la posición del cadáver, sino especialmente la situación, número y naturaleza de las heridas, sirviéndose de peritos.

Dejará constancia de todos los rastros o huellas que hubiera comprobado en el lugar del hecho, confeccionando croquis explicativos. En el robo comprobará, por medio de la inspección, la fuerza ejercida en las cosas.

El secuestro es un acto procesal tendiente a aportar el elemento material que el hecho hubiera dejado, procurando obtener la cosa objeto del delito o los medios utilizados para su producción.

En una palabra, el juez deberá recoger todos los elementos materiales producidos por el hecho o relacionados con este: consignará las huellas o rastros, posición de persona o cosa, confeccionará croquis, secuestrará el arma o cualquier efecto relacionado con el delito, etc.

2.2.- CÓDIGO PENAL VERACRUZANO DE 1835.

El primer Código Penal Mexicano es el del Estado de Veracruz de 1835. El año de 1849, por decreto número 115, se estableció en el artículo primero que "regirá en el Estado desde la publicación de la presente ley, el Código Penal que estuvo en observancia por decreto de 28 de Abril de 1835 con las adiciones y modificaciones que se expresan en los siguientes artículos".

El 15 de Septiembre del año de 1832 fué enviado al Cuarto Congreso Constitucional del Estado la primera parte del proyecto y con fecha 15 de Noviembre del mismo año de treinta y dos, se remitió la segunda parte; proyecto que fué estudiado por una comisión de diputados integrada por Bernardo Couto, Manuel Fernández Leal, José Julian Tornel y Antonio María Solorio.

Fué hasta el 28 de Abril de 1835, por decreto número 106, cuando se puso en vigor el proyecto de Código Penal de 1832, diciéndo que "entre tanto se establece el Código Criminal Penal más adaptable a las exigencias del Estado, regirá y se observará como tal el proyecto presentado a la legislatura el año de 1832" (art. 1) y "el gobierno mandará imprimir suficiente número de ejemplares del proyecto indicado, cuyo precio de venta será muy preciso para cubrir los gastos de su impresión, y luego que esta se verifique dejaran de aplicarse las leyes que hasta aquí han regido sobre la calificación de delitos y designación de penas" (art. 2).

Este código está compuesto de tres partes: La parte primera, llamada de las penas y de los delitos en general; la segunda denominada de los delitos contra la sociedad y la tercera, se refiere a los delitos contra los particulares.

2.2.1.-De los delitos en general en el Código Penal Veracruzano de 1835.

2.2.1.1.- De los casos en que hay delito.

Art. 89. En toda infracción de ley penal se supone que hay delito, y su autor queda sujeto a las penas de derecho mientras no pruebe excepción legal.

Art. 90. A ningún delito se impondrá nunca otra pena que la que señale alguna ley promulgada antes de su perpetración.

Art. 91. El crimen de conjuración consiste en convenirse dos o más personas en cometer un algún delito, contribuyendo todos de algún modo para su perpetración. La conjuración se estimará como tentativa o conato del delito que trataban de cometer los conjurados, aplicando las penas que correspondan según la naturaleza de éste; a no ser en los casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

Art. 92. Hay seducción, y no conjuración, en la propuesta no admitida de cometer un delito por una o más personas. En éste caso, si la seducción se dirigiere a un menor, que este bajo la potestad ajena, o a algún sirviente doméstico en delitos contra su amo; o si desechada la propuesta por una persona la repitiere su autor a otra u otras personas, se impondrá al seductor el mínimo de la pena que señale la ley al delito consumado.

Art. 93. La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior que de principio a la ejecución del delito o la prepare.

Art. 94. Cuando la tentativa de que habla el artículo anterior se hubiese llevado por parte del reo hasta el último acto necesario para la comisión del mismo delito, se le aplicará la pena ordinaria de éste, aún cuando la tentativa no hubiere producido el efecto que su autor se proponía.

Art. 95. Cuando la tentativa se hubiere frustrado antes de llevarse a su último acto por circunstancias independientes de la voluntad del delincuente, si la pena impuesta por la ley al delito fuere la capital, se aplicará a aquel la de trabajos forzados para siempre; si era ésta la que debía llevar según la ley, se le impondrá la de diez años de los mismos trabajos; y si era la de destierro perpetuo, se convertirá en la de destierro por diez años. En los demás casos, la pena será al albedrío del juez; no debiendo éste nunca aplicar el máximo de la que la ley imponga al delito consumado.

Art. 96. Cuando el conato de algún delito se frustre por el arrepentimiento del reo, no se impondrá a éste pena alguna por razón del conato.

Art. 97. Si el acto que descubra el conato fuere en sí mismo un delito, además de la pena que por el conato deba llevar el delincuente con arreglo a los artículos precedentes, se le impondrá la que por dicho acto señale la ley, aún en el caso de que la tentativa del delito se haya frustrado por el arrepentimiento del delincuente.

Art. 98. Siempre que de los medios puestos por un delincuente para cometer un delito, resulte otro delito diverso, se impondrá al hecho la pena mayor que por la tentativa o por el delito consumado imponga la ley.

Art. 99. Cuando después de haber llevado el reo la tentativa hasta el último acto, impidiere con efecto el mismo que la tentativa produzca sus efectos, procediendo así de su libre y espontánea voluntad, la pena será al prudente albedrío del juez, con tal que nunca llegue al máximo que la ley señala al delito consumado .

2.2.2.- De los delincuentes, y de los que responden de las acciones de otro.

Art. 100. Todo el que dentro del territorio del Estado cometa un delito, será castigado sin distinción alguna con arreglo a este código, sin que a nadie le disculpe la ignorancia de lo que en él se dispone; salvas las excepciones estipuladas en los tratados que el Gobierno de la Unión celebre con las potencias extranjeras.

Art. 101. Son delincuentes, sujetos a la responsabilidad que les imponga la ley, no solamente los autores del delito, sino también los cómplices, los auxiliadores y fautores.

Art. 102. Son autores del delito:

- 1.- Los que cometen por si mismos la acción criminal.
- 2.- Los que fuerzan, ordenan, seducen, aconsejan o pagan a otro para que cometa el delito.
- 3.- Los que privan a otro de su razón, o se valen del estado de enajenación mental en que otro se encuentra, para que cometa el delito.

Art. 103. Son cómplices:

- 1.- Los que dan instrucción, aviso o noticias a los autores de un delito para el fin de que éste se cometa.
- 2.- Los que suministren instrumentos o los medios de cometer el delito.
- 3.- Los que con su presencia o palabras en el acto de cometerse un delito contribuyen a su perpetración, de acuerdo o en combinación con los autores principales de él.
- 4.- Los que teniendo obligación de impedir un delito, o de tomar precauciones para que éste no se cometa, dejan de hacer una u otra cosa, procediendo de acuerdo con los principales delincuentes.

Art. 104. Las personas designadas como autores principales del delito, deben todas sufrir la pena ordinaria de él.

Art. 105. Lo mismo sucederá con los cómplices cuya cooperación haya sido tan importante, que sin ella no se hubiera cometido el delito. En caso contrario, los jueces, tomando en consideración todas las circunstancias del caso y las personas, impondrán una pena extraordinaria menor siempre que la ordinaria, a más de presenciar el castigo de los principales delincuentes, si fuere éste el de muerte o de vergüenza pública.

Art. 106. Son auxiliadores y fautores:

1.- Los que a sabiendas proporcionan asilo u ocultación a la persona de los delincuentes, o reciben, guardan o esconden las cosas que constituyen el cuerpo del delito.

2.- Los que a sabiendas proporcionan o favorecen la fuga de los delincuentes, o la transposición de las cosas que constituyen el cuerpo del delito.

3.- Los que a sabiendas compran, venden o intervienen en la compra o venta de las cosas hurtadas.

4.- Los que a sabiendas fabrican o venden utensilios que solo pueden servir para la comisión de algún delito.

5.- Los que antes o después de cometido algún delito le aprueban o elogian, en términos de que puedan provocar o inducir a que se cometa o repita.

6.- Los que antes de cometer el delito ofrecen hacer alguna de las cosas comprendidas en los miembros precedentes.

Art. 107. Los auxiliadores y fautores de que habla el artículo anterior, serán castigados con pena arbitraria, con tal que nunca llegue al maxsimun señalado por la ley a los reos principales.

Art. 108. Se exime de la disposición penal precedente a los que prestan asilo o favorecen la fuga de los delincuentes, siendo parientes suyos dentro del cuarto grado, novios, maestros, discípulos, tutores, curadores, amos o personas a quienes acrediten deber beneficios muy señalados.

Art. 109. Sin embargo de lo prevenido en los artículos anteriores, los menores que voluntariamente y a sabiendas ayuden o cooperen con sus padres u otro ascendiente en línea recta a la ejecución de un delito en el acto de cometerlo alguno de estos, o les suministren o proporcionen las armas, instrumentos o medios para ejecutarlo, no serán castigados como cómplices, sino como auxiliares y fautores. Lo propio se observará con la mujer que en iguales casos ayude a su marido o coopere con él.

Art. 110. Los jueces, al usar del albedrío que les conceden los artículos 105 y 107, tendrán presente para atenuar la pena la circunstancia de ser mujer o descendiente del reo principal.

Art. 111. Se tendrá como excepción que excusa o libra de la pena, el cometer la acción prohibida por la ley contra la propia voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material a que no haya podido resistirse, o por alguna orden de las que legalmente hay obligación de obedecer y ejecutar. Comprende en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente, y tan grave que baste a intimidar a un hombre prudente y dejarlo sin arbitrio para obrar.

Art. 112. Si las amenazas o el temor no hubieren sido suficientes para causar estos efectos, o si la violencia aunque efectiva fuere tal que se hubiere podido resistir a ella sin riesgo inminente y grave de la persona, se castigará con pena extraordinaria al prudente albedrío del juez, contar de que nunca llegue al máximo de la pena ordinaria que establezca este código para el delito.

Art. 113. Si el menor de diecisiete cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia, según lo resulte, y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales.

Art. 114. Si se declare haber obrado sin discernimiento y malicia el menor de diecisiete años, no se le impondrá pena alguna, y se le entregará a

sus padres, abuelos, tutores o curadores para que le corrijan y cuiden de él, pero si estos no lo pudieren hacer o no merecieren confianza y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiere otra medida al prudente juicio del juez, podrá éste ponerle en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla los veinte cinco años de edad.

Art. 115. Si se declarare haber obrado con discernimiento y malicia, será castigado en el orden que previene este código.

Art. 116. Tampoco se puede tener por delincuente al que cometa la acción hallandose dormido, o en estado de demencia actual o delirio o privado del uso de su razón, o de cualquier otra manera independiente de su voluntad. La embriaguez voluntaria y espontánea, y cualquiera otra privación o alteración de la razón de la misma clase, no será nunca disculpa del delito que se cometa en este estado, ni por ella se disminuirá la pena respectiva.

Art. 117. Además de los autores, cómplices y auxiliares de los delitos, las personas que estan obligadas a responder de las acciones de otros pagaran (cuando estos delincan y ellos no probaren haber tomado para evitarlo las providencias que estén en sus facultades) los resarcimientos, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero está responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que estan obligados a responder de las acciones de otro son los siguientes:

1.- El padre, abuelo, bisabuelo respecto de los hijos, nietos o bisnietos menores de veinticinco años de edad que tengan bajo su patria potestad y en su compañía: entendiendose que está responsabilidad debe ser subsidiada en defecto de bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de extender a mayor cantidad que la que importe la porción legitima de bienes que el hijo, nieto o bisnieto heredaría de su padre, abuelo o bisabuelo .

2.- Los tutores y curadores, los jefes de colegio u otras casas de enseñanza o pupilaje, los amos y maestros respecto de los menores de diecisiete años que tengan igualmente en su compañía y a su inmediato cuidado en cuanto no alcancen los bienes que a estos pertenezcan.

3.- Los obligados a guardar la persona del que éste en estado de demencia o delirio, respecto del daño que cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su conducta.

4.- Los amos y los jefes de cualquier establecimiento respecto del daño que causen sus criados, dependientes u operarios con motivo o por resultas del servicio o trabajo en que aquellos los empleen; debiendo ser está responsabilidad mancomunadamente con los que causen el daño, y sin perjuicio de que el amo o jefe pueda repetir después contra ellos si se hubieren excedido de sus ordenes.

5.- Los maridos respecto de la mujeres con los bienes propios de ellas: no alcanzando estos, con la mitad de gananciales que hasta entonces se hubieren adquirido; y no bastando estos, con los bienes propios del marido.

6.- Los fiadores respecto de la persona que hayan fiado, y con arreglo a las circunstancias y condiciones de la fianza.

7.- Los mesoneros, fondistas y cualesquiera otros que reciban huéspedes, responderán también mancomunadamente con el huésped que tengan en su casa, de las resultas pecuniarias del delito que éste cometiere en el mesón o fonda, siempre que omitan el cumplir las leyes y reglamentos de policía.

Art. 118. Las madres que por muerte, ausencia o separación del marido tengan bajo su inmediata autoridad a los hijos, serán responsables por las faltas que estos cometan sólo en cuanto alcance el peculio de ellos. Está misma disposición, rige respecto de las demás mujeres que sean tutoras o curadoras de menores.

2.2.3.- De las circunstancias que agravan o disminuyen el delito y de las penas que se deben aplicar cuando concurren diversos delitos.

Art. 119. En todos los delitos se tendrán por circunstancias agravantes las siguientes:

1.- El mayor perjuicio, alarma, riesgo, desorden o escandalo que cause el delito.

2.- La mayor frecuencia o repetición con que el delito se comete.

3.- La mayor malicia, premeditación, ventaja y sangre fría con que se haya cometido la acción; la mayoría osadía, imprudencia, crueldad, violencia o artificio, o el mayor número de medios empleados para ejecutarla.

4.- La mayor dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad o con las personas contra quienes delinquire.

5.- El mayor número de personas que concurren al delito.

6.- La mayor autoridad del sitio del delito, o la mayor solemnidad del acto en que se cometa.

7.- En todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida.

8.- El acompañar la perpetración de un delito con la comisión de otros de distinta especie.

9.- El valerse del favor, amistad o confianza que se ha depositado en el reo, o sus cómplices o fautores para que se cometa algún delito.

10.- El cometer un delito por cohecho o soborno, o por esperanza de recompensa.

Art. 120. Se tendrán por circunstancias atenuantes las siguientes:

1.- La corta edad del delincuente, y su rudeza o poca malicia.

2.- La indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, el arrebatado violento de ira, siempre que hubieren sido causas impulsivas para cometer el delito.

3.- El haberse cometido el delito por amenazas o temores, cuando unas u otros no son bastantes para eximir de pena.

4.- El arrepentimiento acompañado de la restitución y reparación de daños y perjuicios que hiciere espontáneamente el reo, en los casos que se reparen por este medio los delitos cometidos.

Art. 121. Las circunstancias atenuantes no eximen de la pena capital, sino en el caso que expresamente lo dispone este código.

Art. 122. Cuando en la perpetración de un delito concurren circunstancias agravantes o atenuantes, el juez, tomando en consideración unas u otras, y usando del albedrío que la ley le concede, aplicará la pena que fuere de justicia; no pudiendo nunca exceder del máximum ni bajar del mínimum que la ley establece.

Art. 123. En el caso de que el juez dudare fundadamente sobre cual de dos o más penas deba aplicar a un delito, le aplicará siempre la menor.

Art. 124. Cuando el reo antes de ser juzgado por primera vez cometiere más de un delito, llevará por cada uno de los que cometa toda la pena que por ley merezca, siendo ellas compatibles entre sí. En caso contrario se le aplicará la mayor, sin perjuicio de la restitución de daños y perjuicios con arreglo a la ley.

2.3.- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1851 Y 1852.

Por encargo de la legislatura del Estado de Veracruz del año 1848, D. José Julian Tomel, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, formuló el proyecto de Código Criminal y Penal, entregándolo a la mencionada legislatura en Noviembre de 1851 y Enero de 1852, el cual no tuvo acogida por los legisladores mencionados, habiéndolo sido devuelto a su autor, con fecha 14 de Julio de 1853 por el Señor Antonio Corona.

El proyecto está compuesto de 689 artículos, correspondiendo 189 a la parte general y los restantes, del 190 al 689, a la parte especial.

El proyecto contiene tres partes: Una parte general compuesta de 38 títulos: "de los delitos en general"; una segunda, constituida por 36 títulos: "delitos públicos" y una tercera denominada: "delitos contra las personas" e integrada por 25 títulos y un último título, llamado: "prevenciones generales".

2.4.- CÓDIGO PENAL CORONA DE 1869.

Siendo gobernador del Estado de Veracruz Francisco H. y Hernandez, por decreto, número 127, de 17 de Diciembre de 1868, se establece que el Congreso del Estado libre y soberano de Veracruz-Llave, en nombre del pueblo, decreta que los proyectos de Código Civil, Penal y de Procedimientos presentados por el C. Magistrado Fernando J. Corona, tendrán por éste decreto la sanción de ley obligatoria en el Estado y comenzaran a observarse en la substanciación y decisión de los negocios judiciales desde el 5 de Mayo de 1869 (art. 1); que el Tribunal Superior de Justicia pasará a la legislatura, al principiar el periodo de sus sesiones, las observaciones que cada semestre deben mandarle a los jueces de primera instancia y los especiales del Estado Civil, sobre las dificultades o defectos que adviertan en el estudio o ejecución de los códigos. El mismo tribunal en su informe calificará la gravedad e importancia, tanto de esas observaciones como de las que se publiquen por la prensa o presenten los abogados (art. 2); que la Legislatura del Estado dispondrá que se haga la reforma de los códigos en los casos y tiempo que juzgue pertinente, en vista de las observaciones que se le presenten, o dictará las leyes que corrijan los defectos más notables, si dicha corrección no puede aplazarse (art. 3); que el Estado de Veracruz-Llave da un voto de gracias al C. Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia, Fernando J. Corona por el

eminente servicio que le ha prestado con la formación del proyecto de códigos.

2.5.- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL IMPERIO.

Maximiliano de Hampsburgo, nombró una comisión formada por los señores Teodosio Lares, Urbano Fonseca y Juan B. Herrera, miembros del Consejo de Estado del Imperio, para que redactaran el "Código Penal" y de "Procedimientos Penales"; proyecto que no llegó a tener vigencia por la caída del Imperio y restablecimiento de la República.

2.6.- CÓDIGO PENAL DE 1871.

El C. Presidente de la República Mexicana Lic. Benito Juárez, ordenó que se nombrará una comisión para que se formulará un proyecto de Código Penal. Así el Ministro de Justicia, C. Jesús Teran, nombró el año de 1861, una comisión integrada por los Licenciados Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro. Tiempo después sustituyó el Licenciado Carlos Ma. Saavedra al Licenciado Ezequiel Montes, comisión que estuvo trabajando hasta 1863, interrumpiendo sus labores con motivo de la invasión francesa.

El mismo Licenciado Benito Juárez una vez restablecida la paz en la república, por conducto del Ministerio de Justicia, Licenciado Ignacio Mariscal, mando con fecha 28 de Septiembre de 1868, "se integrase y reorganizase" la comisión, con objeto de continuar los trabajos que se habían interrumpido, recayendo dichos nombramientos en las personas del Licenciado Antonio Martínez de Castro como presidente, y de los Licenciados Manuel Zamacona, José Ma. Lafragua, Eulalio Ma. Ortega como miembros de la misma y del Licenciado Indalesio Sánchez Gavito como secretario.

El Código Penal de 1871 consta de 1,152 artículos y 28 transitorios, debiendosele considerar como un documento de orientación clásica, influido levemente por un espíritu positivo, con admisión: a) de medidas preventivas y correccionales y b) de la libertad preparatoria y retención.

2.7.- CÓDIGO PENAL VERACRUZANO DE 1896.

2.7.1.- Circunstancias agravantes.

Art. 45. Son circunstancias agravantes de primera clase:

1.- Cometerlo de propósito por la noche, o en despoblado, o en paraje solitario.

2.- Emplear astucia o disfraz.

3.- Aprovechar para cometer el delito, la facilidad que proporciona al delincuente el tener algún cargo de confianza del ofendido, si no obra en el ejercicio de su encargo.

4.- Hacer uso de armas prohibidas.

5.- Hallarse el delincuente sirviendo algún empleo o cargo público al cometer el delito.

6.- Ser el delincuente persona instruida.

7.- Haber sido anteriormente de malas costumbres.

8.- Haber sufrido antes el delincuente la pena impuesta en dos o más procesos, por delitos diversos de aquel de que se le acusa, si no hubieren pasado tres años contados desde el día en que cumplió la última condena.

9.- Ser sacerdote o ministro de cualquier religión o secta.

10.- Ejecutar un hecho con el cual se violen varias disposiciones penales. En tal caso habrá tantas circunstancias agravantes, cuantas sean las violaciones, y se estimaran de primera, segunda, tercera o cuarta clase, según la gravedad que tengan, a juicio de los jueces.

11.- El parentesco de consanguinidad en cuarto grado de la línea colateral, entre el delincuente y el ofendido.

Art. 46. Son agravantes de segunda clase:

1.- Causar deliberadamente un mal leve, pero innecesario para la consumación del delito.

2.- Emplear engaño.

3.- Cometer un delito contra la persona en la casa del ofendido, si no a habido por parte de esta provocación o agresión.

4.- Abuso leve de confianza.

5.- Prevalerse el culpable del carácter público que tengan.

6.- Inducir a otro a cometer un delito, si el inducido es ya responsable de el por los hechos diversos. De lo contrario, la inducción lo constituirá autor o cómplice.

7.- Delinquir en un cementerio o en un templo, sea cual fuere la religión o secta a que éste se halle destinado.

8.- Perjudicar a varias personas, siempre que el perjuicio resulte directa e inmediatamente del delito, y que éste se ejecute en un sólo acto, o en varios si estos están íntimamente ligados por la unidad de intención, de causa impulsiva o de causa ocasional.

9.- Cometer el acusado un delito que antes había intentado perpetrar, aunque entonces suspendiese su ejecución espontáneamente y por esto se le absolviera.

10.- Vencer graves obstáculos o emplear gran número de medios.

11.- El mayor tiempo que el delincuente persevere en el delito, si éste es continuo.

12.- Faltar a la verdad el acusado, declarando circunstancias o hechos falsos, a fin de engañar a la justicia y hacer difícil la averiguación.

13.- El parentesco de consanguinidad en tercer grado y el de afinidad en segundo de la línea colateral, entre el delincuente y el ofendido.

Art. 47. Son agravantes de tercera clase:

1.- Cometer el delito durante un tumulto, sedición o conmoción popular, terremoto, naufragio, incendio u otra cualquiera calamidad pública, aprovechandose del desorden o confusión general que producen, o de la consternación que una desgracia privada causa al ofendido o a su familia.

2.- Cometerlo faltando a la consideración que deba el delincuente al ofendido, por la dignidad de éste o por gratitud.

3.- Valerse de llaves falsas, fractura, horadacion o escalamiento. Se consideran como llaves falsas los ganchos, ganzúas, llaves maestras, las imitadas o adaptadas por el delincuente a una cerradura, y cualquier otro instrumento que emplee para abrirla, y que no sea la llave misma destinada para esto por el dueño, inquilino o arrendatario.

4.- Cometiere el delito contra una persona, por vengarse de que ella o alguno de sus deudos haya servido de escribano, testigo, perito, apoderado, defensor o abogado de otro, en negocio que éste siga o haya seguido contra el delincuente, o contra los deudos o amigos de éste.

5.- Inducir a otro por cualquier medio a cometer un delito, si el inducior es abogado, maestro, tutor, confesor o superior del delincuente.

6.- Delinquir al estar el reo cumpliendo una condena.

7.- Ser el delito contra un preso, o contra persona que se halle bajo la inmediata y especial protección de la autoridad pública.

8.- Delinquir en un templo o en un cementerio, si el delito se comete cuando se está practicando una ceremonia o un acto religioso.

9.- Cometer el delito después de haber sido amonestado o apercibido por la autoridad política o judicial para que no lo cometiera, o de haber dado la caución de no ofender .

10.- Cometerlo en un teatro, o en cualquier otro lugar de reuniones públicas, durante estas.

11.- Haberse prevalido el delincuente de la inexperiencia del ofendido, de su ignorancia, miseria o desvalimiento.

12.- Ser frecuente en el cantón el delito que se trate de castigar.

13.- Desempeñar un puesto público superior, de la Federación o del Estado.

14.- El parentesco de consanguinidad en segundo grado de la línea colateral, y el de afinidad en la línea recta.

Art. 48. Son agravantes de cuarta clase:

1.- Cometer el delito por retribución dada o prometida.

2.- Ejecutarlo por medio de incendio, inundación o veneno.

3.- Ejecutarlo con circunstancias que añadan la ignominia a los efectos del hecho, o que arguyan crueldad o rencor.

4.- Cometerlo auxiliado de otras personas, armadas o sin armas, o tener gente prevenida para procurarse la impunidad.

Bajo la denominación de armas se comprenden:

a.- Las propiamente tales, esto es, toda maquina o instrumento cuyo uso principal y ordinario sea el ataque.

b.- La reata o lazo, los palos y piedras.

c.- Cualquier otra cosa cortante, punzante o contundente, que sin estar destinada para el ataque se empleare en él, o de la cual se eche mano con ese fin.

5.- Causar deliberadamente un mal grave que no sea necesario para la consumación del delito.

6.- Abuso grave de confianza.

7.- Cometer un delito contra una persona por vengarse de los actos que ella o alguno de sus deudos hayan ejecutado como árbitros, asesores, jurados o jueces en negocios del reo o de un deudo o amigo de este.

8.- Inducir por cualquier medio a un hijo suyo a cometer un delito.

9.- Delinquir en un lugar en que la autoridad se halle ejerciendo sus funciones.

10.- Causar a la sociedad grande alarma, escándalo o desorden, o poner en grave peligro su tranquilidad.

11.- Cometer de nuevo, contra el ofendido, el mismo delito que éste había perdonado antes al delincuente.

12.- Calumniar el verdadero reo a personas inocentes, procurando que aparezcan como autores o como cómplices del delito, de que aquel es acusado.

13.- Cometer el delito haciendo violencia física o moral al ofendido.

14.- Ser el reo cónyuge, ascendiente o descendiente consanguíneo o afín en línea recta, de la persona ofendida, a exepción de aquellos casos en que al tratar de un delito se considere en la ley como atenuante o como excluyente en está circunstancia.

2.7.2.- De las personas responsables de los delitos.

Art. 49. Tienen responsabilidad criminal:

- 1.- Los autores del delito.
- 2.- Los cómplices.
- 3.- Los encubridores.

Art. 50. Son responsables como autores de un delito:

1.- Los que conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por si mismos, o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir, abusando aquellos de su autoridad o poder, o valiendose de amagos o amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas, o de culpables maquinaciones o artificios.

2.- Los que son causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por si, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución, y se valgan de otros

medios diversos de los enumerados en la fracción anterior para hacer que otros lo cometan.

3.- Los que con carteles dirigidos al pueblo, o haciendo circular entre éste manuscritos o impresos, o por medio de discursos en público, estimulen a la multitud a cometer un delito determinado, si éste llega a ejecutarse, aunque sólo se designen genéricamente las víctimas.

4.- Los que ejecutan materialmente el acto en que el delito queda consumado.

5.- Los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encaminan inmediata y directamente a su ejecución, o que son tan necesarios en el acto de verificarse está, que sin ellos no puede consumarse.

6.- Los que ejecutan hechos que, aún cuando a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente.

2.8.- CÓDIGO PENAL DE 1929.

El Presidente de la República, a fines de 1925, nombró por conducto del Secretario de Gobernación una Comisión para que redactará un código para el distrito de territorios federales, recayendo los nombramientos en los Lic. Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y Lic. Castañeda. Posteriormente en el mes de Mayo de 1926, fué nombrado para substituir al Lic. Castañeda, el Lic. José Almaraz, quedando finalmente integrada la comisión por los Licenciados Ramírez Arriaga, Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz.

El Código Penal de 1929 tiene 1228 artículos y 5 transitorios, y no realizó integralmente los postulados de la Escuela Positiva por: a) obstáculos de orden constitucional, y b) errores de carácter técnico.

El antecedente del Código Penal de 1929, es el proyecto de Código Penal de 1923, para el Estado de Veracruz, redactado por una comisión nombrada por la H. Legislatura del Estado de Veracruz y formada por los señores Ing. Benigno A. Mata y Licenciados Rafael García Peña y José Almaraz; comisión que comenzó a trabajar con fecha 26 de Febrero de 1923, substituyendo posteriormente al Ing. Benigno A. Mata, el señor Lic. Alfonso M. Echegaray, y terminando sus trabajos con fecha 20 de Octubre de 1923, enviando un ejemplar del proyecto mencionado a la H. Legislatura del Estado para su aprobación.

2.9.- PROYECTOS DE REFORMAS DEL AÑO 1942, AL CÓDIGO PENAL VIGENTE.

En el año de 1942, se elaboró un proyecto de reformas al Código Penal para el distrito y territorios federales, cuya comisión quedó integrada por los Lic. Raúl F. Cárdenas, Genaro Ruiz de Chavez, Juan de la Cruz García y Eduardo Mac Gregor, ocupando en esa época el primero, el cargo de Oficial Mayor de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales; el segundo, de Juez Séptimo de la Tercera Corte Penal; el tercero, de abogado consultor del Departamento Jurídico de la Secretaria de Gobernación y el último de agente auxiliar del C. Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales.

El proyecto de reformas contiene 400 artículos haciendo la publicación del mismo en un texto comparativo con el Código Penal de 1931 e incluyendo en cada artículo que se reformó en relación con el correspondiente del Código de 1931, su exposición de motivos.

2.10.- CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE DE 1945.

El Gobierno del Estado de Veracruz considerando que era necesaria la elaboración de un Código Penal, que sustituyera al vigente del año de 1932, nombró, en el año de 1941 una comisión redactora formada por Celestino Porte Petit, Candaudap, como presidente, Fernando Román Lugo, Adalberto Sánchez Cortes y Alfonso M. Echegaray como vocales.

El mismo año de 1941 la propia comisión dio a la publicidad la parte general compuesta de 124 artículos, sobre la cual opinaron juristas mexicanos y extranjeros y al año siguiente se publicó la exposición de motivos de esa parte general.

Con fecha 15 de enero de 1945 comenzó a regir el Código de Defensa Social siendo gobernador del estado el Lic. Jorge Cerdán; código que contiene 294 artículos correspondiendo 105 a la parte general y del 106 al 294 a la parte especial. Haciendo un análisis de este ordenamiento jurídico se observa que el Código de Defensa Social de Veracruz, representa un paso hacia adelante en relación al Código Penal de 1931: a) al recibir con más amplitud el criterio de la peligrosidad y b) al realizar una mejor técnica legislativa.

2.11.- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1948.

El Código Penal vigente del Estado de Veracruz entró en vigor el día 1o. de Julio de 1948, conteniendo 301 artículos. La Comisión redactora estuvo integrada por los Licenciados Ángel Carvajal, Fernando Román Lugo, Fernando Fink, Mario Rebolledo y Efraín Ángeles Senties. El mencionado código es una casi total reproducción del Código de Defensa Social del año

de 1944 con ciertas modificaciones algunas de ellas completamente desacertadas.

2.12.- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1951 (PARTE GENERAL).

El año de 1951, siendo Gobernador del Estado de Veracruz-Llave el Lic. Marco Antonio Muñoz se publica un "Anteproyecto de reformas al Código Penal, para el Estado de Veracruz Llave", refiriéndose únicamente a la parte general conteniendo 84 artículos, observando que la publicación de esta parte general, se hace comparativamente con el Código Penal de 1931. De la lectura de este anteproyecto aparece claramente que se llevaron a cabo reformas de interés, pero siempre tomado como base el actual Código Penal del Estado de Veracruz-Llave del año de 1948.

La Comisión redactora con fecha 4 de Diciembre de 1951 hizo del conocimiento general de esta declaración "Desde la aparición del primer Código Penal conocido en México formulado por la H. Legislatura de Veracruz en 1835, después de 1869 del jurisconsulto Fernando J. Corona, luego la legislación de 1896, la de 1932, el Código de Defensa Social de 1944 y por último el Código Penal de 1947, los gobiernos de la entidad han acusado una constante preocupación por los estudios legislativos (especialmente en la ciencia del derecho penal), logrando para Veracruz un sitio relevante en la investigación de estas disciplinas".

"La legislación en vigor, aunque eficiente desde el punto de vista de la técnica del moderno derecho penal su vigencia ha permitido observar que en algunos casos precisa de un ajuste en la mecánica de su actuación y principalmente un mayor acoplamiento con la realidad del medio veracruzano".

2.13.- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE DE 1954.

Posteriormente el año de 1954 se termina la elaboración de un nuevo proyecto de Código Penal por encargo del mismo Gobernador del Estado de Veracruz, Lic. Marco A. Muñoz. Éste proyecto que no fue publicado consta de dos libros: El primero contiene 77 artículos y el Libro segundo del 78 al 276 y cinco transitorios que establecen: "Primero. Éste Código entrará en vigor el 1o. de Enero de 1954. Segundo. Desde esa fecha queda derogado el Código Penal expedido el 1o. de Julio de 1948, así como todas las demás leyes que se opongan al presente código. Tercero. En todo lo no previsto por éste código quedan vigentes las disposiciones de carácter penal contenidas en leyes especiales. Cuarto. Las citas que hace el Código de Procedimientos Penales del 1o. de Julio de 1948, en sus artículos 13, 144, 156, 396, 420, 423, 427, 430, 431 y 434, respecto de los artículos del Código Penal derogado deberán concordarse con los correspondientes artículos del presente código, en razón de la materia y desentendiéndose de la nomenclatura de los artículos substantivos citados en la ley adjetiva. Quinto. Las mismas reglas del transitorio anterior se observaran con respecto a la ley de ejecución de sanciones del 1o. de Julio de 1948 en lo referente a las citas de artículos del Código Penal derogado que hace en sus artículos 46, 47, 50, 56, 70 y 73 e igualmente con cualquier ordenamiento cuyos preceptos se relacionen con la ley penal que éste código deroga".

2.14.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1980.

2.14.1.- Comprobación del Cuerpo del Delito según el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz de 1980.

Art. 164. El funcionario de policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar, ante todo, que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando éste justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

Art. 165. Cuando se trate de lesiones externas se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección de estas, hecho por el funcionario que hubiere practicado las diligencias de policía judicial o por el tribunal que conozca del caso, y con la descripción que de ellas hagan los peritos médicos titulados o prácticos.

Art. 166. En el caso de lesiones internas, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito, con la inspección hecha por el funcionario o tribunal a quienes se refiere el artículo anterior, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen pericial en que se expresaren los síntomas que presenten, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, bastará con el dictamen pericial.

Art. 167. Si se tratare de homicidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado con la inspección y descripción del cadáver, hecha en los términos de los dos artículos anteriores y con el dictamen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el

estado que guarda el cadáver y las causas que originaron la muerte. Si hubiere sido sepultado se procederá a exhumarlo para los efectos expresados. Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto el tribunal como los peritos estimen que no es necesaria.

Art. 168. Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, con vista de los datos que obren en el expediente, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.

Art. 169. En los casos de aborto, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado en los mismos términos que el de homicidio; pero, además, reconocerán los peritos a la madre, describirán las lesiones que presente y dictaminarán sobre la causa del aborto. Expresarán la edad de la víctima y todo aquello que pueda servir para fijar la naturaleza del delito.

Art. 170. En los casos de robo el cuerpo del delito podrá comprobarse por alguno de los medios siguientes, siempre que no haya sido posible hacerlo en los términos del artículo 164:

1.- Cuando el inculpado confiese el robo que se le imputa, aún cuando se ignore quien sea el dueño de la cosa objeto del delito;

2.- Cuando además de haber quien le impute el robo, exista prueba de que el inculpado ha tenido en su poder alguna cosa que por circunstancias personales no sea verosímil que se haya podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia.

Art. 171. Siempre que no fuere posible comprobar el cuerpo del delito del robo en la forma en que determina el artículo anterior, se procurará desde luego investigar:

1.- Si el inculpado ha podido adquirir legítimamente la cosa que se dice robada;

2.- La preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa robada;

3.- Si la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito y si es digna de fé y crédito.

Si de la comprobación de todas estas circunstancias así como de los antecedentes morales, sociales y pecuniarios, tanto de la víctima como del inculpado, resultan indicios suficientes, a juicio del tribunal, para tener por comprobada la existencia del robo, esto será bastante para considerar comprobado el cuerpo del delito.

Art. 172. El cuerpo de los delitos de peculado, abuso de confianza y fraude, si no hubiere sido posible comprobarlo en los términos del artículo 164, podrá tenerse por comprobado en la forma que establece la fracción primera del artículo 170.

Art. 173. Para la comprobación del cuerpo del delito, los funcionarios de la policía judicial y los tribunales gozaran de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no estén reprobados por ella.

CAPITULO III: CUERPO DEL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES.

3.1.- EL CUERPO DEL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES.

3.1.1.- Nacimiento de la Escuela Clásica.

La Escuela Clásica nace con el "Tratado de los delitos y de las penas", de Beccaria y finaliza con Carrara, habiendo sido enriquecida durante su evolución por una gran afluencia de juristas como Carmignani, Rossi, y otros más. Juan P. Ramos expresa, que en la escuela clásica hay toda una evolución jurídica que va del pensamiento de combate de Beccaria a Carrara y Pessina, que resumen la faz más importante de su doctrina teórica y sus aplicaciones prácticas.

3.1.2.- Ausencia de carácter unitario.

Se ha insistido y con razón que bajo el nombre de "Escuela Clásica" no es verdad que exista un conjunto unitario de materias, pues analizando las teorías de los clásicos, se encuentran entre las mismas, grandes diferencias, y puntos de vista antagónicos.

3.1.3.- Denominación.

Es necesario comenzar por precisar la denominación de "Escuela Clásica". Esta dice Florian, se designa así por el mismo Carrara y efectivamente, es cierto que el maestro de Pisa le dio tal nombre. Ferri, por su parte expresó ser el quien la llamó "Escuela Clásica", y que lo hizo con sentido de admiración. Otros opinan, que tal título no fue dado por los clásicos, sino por los contradictores de dicha escuela, o sea por los positivistas. Pero hay más, algunos de los clásicos, se dolían de que su escuela fuera denominada así, olvidando que precisamente ese nombre le fuera dado por el propio Carrara.

3.1.4.- Carácter.

Los caracteres básicos de esta escuela se dieron a conocer por los positivistas:

- a) Un método lógico-abstracto.
- b) El delito considerado no como un hecho, sino como un ente jurídico.
- c) La responsabilidad penal basada en el libre albedrío.
- d) La pena como un castigo, como retribución de un mal con un mal.

a) El Método adoptado por la escuela clásica es el lógico-abstracto o sea, el método jurídico, al que nos referimos al tratar del método del derecho penal, el cual como veremos posteriormente, es diferente al método experimental empleado por los positivistas.

b) Efectivamente el considerar al delito como un ente jurídico, es afirmar que para su existencia, se necesita que la conducta del agente activo viole una norma ya sea prohibitiva, o preceptiva, es decir, que prohíba, o bien, mande hacer. Por ello Carrara decía: "Definido el delito como un ente jurídico,

quedaba establecido, de una vez para siempre, el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados”.

c) Carrara hace saber, que él no entra en discusiones filosóficas, al dar por sentada la existencia del libre albedrío. Sin embargo, no todos los clásicos estuvieron de acuerdo con su criterio, pues hubo algunos que negaron el libre albedrío. Por eso V. Liszt, en una parte de su tratado anota que a esta postura se le puede llamar “Un indeterminismo templado” o “Relativo”. Debe tenerse en cuenta como base del clasicismo, que el hombre es libre y por tanto, puede actuar hacia el bien o hacia el mal; tiene libertad de elección.

d) Si el hombre es libre, si puede actuar hacia el bien o el mal, quiere decir, que la pena debe considerarse como un mal, como un castigo, como una retribución de un mal con mal, como un medio intimidativo para los demás.

Algunos indeterministas hablan de combatir el delito, atacando los factores endógenos y exógenos que lo producen. No es posible que un indeterminista pueda sostener esta posición, porque precisamente esta postura indeterminista es plenamente contradictoria. Por eso Bonger con todo acierto, señala que un indeterminista criminólogo, es un contradictio in adjecto. En verdad no se puede ser partidario del libre albedrío y aceptar al mismo tiempo al delito originado por factores endógenos y exógenos.

3.1.5.- El delincuente en la Escuela Clásica.

Se afirma constantemente que la Escuela Clásica ha olvidado al delincuente. Florian lo cree, y por ello sostiene que la Escuela Clásica apenas lo tomaba en consideración, o por lo menos, le juzgaba de acuerdo con los mismos criterios que a los demás hombres no delincuentes. Igualmente Ferri expresa que ha perdido de vista al delincuente. También toca este problema

Ramos, desde un aspecto diferente. Expresa, que la Escuela Clásica no ignoró al delincuente, sino únicamente no lo considera, porque no lo necesita en su construcción jurídica. Es decir, lo excluye voluntariamente. Y con la oportunidad debida, Aramburu y Zuloaga, advierte que no es exacto que la Escuela Clásica haya olvidado al delincuente y que el reproche que se le hace de olvidar al hombre delincuente en forma constante, es injusto, pues "se acordaba más del hombre y menos del delincuente".

3.1.6.- FUNDAMENTO DEL DERECHO DE PENAR.

3.1.6.1.- El "Ius Puniendi".

No creo que sea posible centrar el tema de las escuelas que hace unos años encendía el animo de todos los penalistas y que hoy a plegado ya su orgulloso vuelo, sin resolver antes está pregunta inquietante: "¿Tiene el Estado el derecho de castigar?".

Siguiendo la terminología hegeliana, ocupémonos de la Tesis, de la Antítesis y la Síntesis.

3.1.7.- Tesis.

A primera vista, parecería superfluo preguntar si hay derecho a penar, ya que desde hace muchos siglos, el organismo colectivo que hoy denominamos Estado descargaba sobre los infractores los más tremendos castigos. El derecho de penar ha seguido las vicisitudes de la norma de la cultura, y cuando está, en los siglos pasados, permitía las mayores crueldades, la pena iba acompañada de bárbaros sufrimientos, pero el jurista no puede contentarse con afirmar que un hecho ha existido. Necesitamos abocarnos al tema filosófico de porque se pena. El jurista precisa ser

filosófico, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan.

Incluso la investigación histórica cobra nuevo sentido si la interpretamos con aliento filosófico. Los suplicios de las épocas pretéritas eran reflejo de la norma de cultura que el mundo vivía. Por eso es por demás injusto medir con las normas de hoy los hechos del pasado. Se ha dicho que los españoles cometieron crueldades innumerables con los indígenas primero y con los insurgentes después. Si nuestros antepasados clavaron en una pica a Caupolican, y si ataron a un poste, abriéndole las entrañas, a Tupac Amaru, no hacían más que aplicar las penalidades entonces vigentes. En las postrimerías del siglo XVIII, Damiens murió en el cadalso de modo análogo, además de haber vivido dos horas atormentado, por haber hecho un leve rasguño al monarca francés.

Hoy, como antes, el Estado tiene derecho a castigar, pero repetimos que es preciso que investiguemos el porque.

Cuanto hemos de decir más tarde sobre las escuelas penales explica las razones del castigo, ya que las tendencias relativas no conciben más que penas finalistas. Cuando el Estado impone una sanción, canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo.

El psicoanálisis nos ha dado mucha luz sobre estos temas. Nos ha enseñado que venganza y represión son formas tan distintas que hasta el destinatario es diverso. Reprimimos el delito porque la impunidad incita a nuestro ello a rebelarse contra el control del super yo. Está instancia anímica no se ha formado sino a expensas de grandes dolores: los instintos trataban de botar del ello y vencer a la conciencia. Así, por introyección del padre se ha ido formando el super yo del hombre. De todos es sabido que padre y autoridad se identifican para los psicoanalistas. Si un crimen quedara impune, la autoridad podría ser burlada, y ver nuestro ello que alguien la ha podido hacer impunemente, desde nuestra inconsciencia trataría de imitar el mal

ejemplo. El castigo sirve de refuerzo a nuestro super yo, y por eso la pena es difícil que desaparezca mientras no tome otro rumbo la vida.

La venganza se proyecta contra el criminal, y no han añadido nada los exploradores de psicología profunda a la vieja concepción. Pero en cambio, si interesa subrayar que la pena es la compensación de la renuncia del sadismo. El hombre de antaño satisfacía su instinto de crueldad con mil espectáculos cotidianos, al de hoy apenas si le quedan algunas diversiones, como las corridas de toros, el boxeo, las peleas de gallo y el castigo de los delincuentes. Todos estos instintos ancestrales han canalizado el derecho de penar.

La pura tesis, es decir, la afirmación de esa facultad punitiva del Estado, se representa por la vieja descarga sin medida y sin fin. Ese es el supremo derecho. Cuando surge el Talión, el puro derecho subjetivo empieza a tener limitaciones objetivas. Está tesis, que la moderna filosofía ha transformado en síntesis, según después veremos, tiene una robusta antítesis. No todos, admiten que el Estado tenga derecho a castigar. El ius puniendi tiene sus negadores.

3.1.8.- Antítesis.

Han sido los anarquistas puros quienes, al negar el Estado, repudian toda autoridad, todo juez y toda pena. Pero antes que ellos, aunque destaque también el hondo sabor de comunismo libertario, hay precursores para quienes el Estado y la pena no debieran existir.

Contursi Lisi afirma que Tomas Moro y Tomaso Campanella, en la Utopía y en la Ciudad del Sol, respectivamente, negaban el derecho de penar. Ciertamente esas Utopías del Renacimiento, a las que hay que añadir La nueva Atlántida, de Francis Bacon, tiene como fondo ese comunismo libertario a que acabamos de aludir. Pero no es menos exacto que la pena subsistía en

amabas y con inusitada dureza. Así, vemos en la obra de Moro que para hacer más despreciables las riquezas, colgaban "a cuantos han sido infamados por la comisión de algún crimen" zarcillos de oro y les adornaban los dedos con anillos del mismo metal, rodeándoles la garganta con collares áureos y ciñendo coronas en la frente. Más tarde, al hablar del trato carnal de las mujeres antes del matrimonio, se decía que el padre y la madre "en cuya casa se cometía el delito, quedaban "infamados" por no haberlo vigilado con la necesaria diligencia". El adulterio se castiga "con la más dura esclavitud", y al reincidente se le aplica la pena capital. En al Utopía, "ninguna ley fija para los demás delitos determinada pena, sino que el senado la estalece, más o menos grave, según la naturaleza de aquellos. Casi todos los crímenes graves se penan con la esclavitud, castigo que consideran más temible para el delincuente y ventajoso para el Estado que el apresurarse a dar muerte al reo. Más a los condenados que se muestran rebeldes o recalcitrantes, los matan como a bestias indómitas, incapaces de ser cohibidos con cárceles ni cadenas".

No menos dura es la penalidad que se aplica en la famosa imaginaria Ciudad del Sol, de Campanella. Allí figuran como penas el destierro, los azotes, el deshonor, la privación de la mesa común, la prohibición de asistir al templo y la abstención del comercio carnal, pero "cuando el hecho culpable es injurioso, se castiga con la muerte. Si la culpa ha sido voluntaria y reflexiva, se paga (según la pena del Talión), ojo por ojo, diente por diente y nariz por nariz. Está se ejecuta por manos del pueblo, que mata al delincuente o le apedrea. Se precisa que, convencido el reo, acepte su muerte y elija el medio de ejecutarla". "Más si el delito cometido va contra la libertad de la república, contra Dios o contra los magistrados supremos, entonces se cumple sin compasión".

En cambio, si debemos recordar que un grupo de protestantes alemanes, los originarios, profesaban el comunismo, y para ellos toda pena debía quedar proscrita.

Dejando éste remoto precedente, volvamos al anarquismo, en el que se vincula por derecho propio la absoluta negación del derecho de penar. Así, el anarquista naturista Bruno Wilde repugna todo castigo, y si en el régimen por él soñado surge un crimen, mejor es que el propio pueblo reaccione con lo que se ha dado en llamar "Ley de Lynch", que sostener policías, magistrados y verdugos. Emilio Girardin niega la legitimidad de la pena, y, sobre todo, la estigmatiza por inútil, y Luis Molinari dedica su famosa obra a los que sufren las penas del infierno, diciendo que el delito es una "vana sombra".

No todos los anarquistas han sido tan radicales. Algunos, como Hamondo y como Kropotkin, definen el delito y consienten ciertas penalidades.

Ya en las esfera de los penalistas, no han faltado negadores de castigo. Recordemos a Goldenweiser, que desde el título de la obra revela su pensamiento: El crimen como pena, la pena como crimen. También Vargha se pronuncia en contra de la "servidumbre penal".

Soloviefe y luego Dorado Montero repudian el Derecho Penal vigente y la pena como sufrimiento. Pero ya no pueden citarse como enemigos de la intervención estatal en la delincuencia. No son, pues, negadores del Derecho Penal, sino artífices de la autentica síntesis, a que ahora nos referimos.

3.1.9.- Síntesis.

En cuanto a la filosofía pone mano en el derecho penal, la tesis se convierte en autentica síntesis. Las teorías sobre el fundamento del derecho de penar, surgen y aparecen las doctrinas absolutas, que penan al hombre

porque ha delinquirido; las relativas, que procuran que no delinca; y las mixtas, en que se trata de conciliar la utilidad y la justicia.

Después de las teorías que Bauer clasificó lo que nos interesa es decir que la síntesis se logra cuando, traspasado el criterio expiacionista y retributivo, se llega al que Dorado denomina "Derecho Protector de los criminales". A la síntesis pertenece la historia de las escuelas, pero no sólo tratan de esclarecer el fundamento del derecho de penar sino que se ocupan en la más amplia acepción, de la teoría del delito y de la pena.

3.1.10.- Escuela Clásica.

Éste nombre fue adjudicado por Enrique Ferri con un sentido peyorativo, que no tiene en realidad la expresión "clasicismo", y que es, más bien, lo consagrado, lo ilustre.

Ferri quiso significar con éste título lo viejo y lo caduco. En verdad, dentro de la escuela clásica hay muchas variedades; así por ejemplo, en la teoría de la retribución y prevención, no hubo en su época similitud alguna. Pero cuando el positivismo concibió al hombre y al delito como objeto natural de la indagación, las muy diversas escuelas que existían pudieron ser unificadas por contraste.

3.1.11.- Sus Variedades.

Sus variedades pueden esquematizarse así:

a) Teorías morales:

* Contrato social (Grocio, Rousseau, Hobbes)

* Retribución:

1.- Divina (Jarcke, Bekker, Rosmini y Brun)

2.- Vindicativa (Dhüring)

3.- Expiatoria (Kohler: purificación por el dolor)

4.- Moral (Kant: Talión)

5.- Estética (Herbart, Geyer: El primero dijo: la ley de la justicia no es una ley de la conducta, sino un criterio del juicio sobre la conducta misma)

6.- Jurídica (Hegel, le da la dirección dialéctica y le sigue: Berner, Pessina y Birkmeyer son también secuaces de la retribución)

* Resarcimiento (Welker dice que la pena es resarcimiento intelectual)

* Transformación del derecho a la obediencia (Binding)

b) Teorías Utilitarias:

Son sus precursores Platón y Aristóteles con su medicina en virtud de contrarios, así como Beccaria . Luego presenta estas formas:

* Prevención General:

1.- Por intimidación

2.- Por coacción psíquica

3.- Por advertencia

4.- Por defensa

* Prevención Especial por intimidación

* Prevención General y especial

c) Teorías eclécticas:

* Eclecticismo francés (Rossi dice que la ley moral es la fuente, y la medida, la utilidad; Ortolan, Haus y Pacheco)

* Eclecticismo Italiano (Carmignani: utilidad y justicia, Carrara: necesidad y justicia)

* Eclecticismo Alemán (Mittermaier, Mayer)

3.2.- EL CUERPO DEL DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA.

3.2.1.- Denominación.

La designación de la Escuela Positiva proviene del método experimental que en ella se emplea, y no del sistema filosófico comtista.

Esta escuela nació en contraposición de todas aquellas ideas que la antecedieron.

3.2.2.- Su Carácter Unitario.

Se estima y con razón que la Escuela Positiva posee un carácter unitario, es decir, nace con una verdadera uniformidad de doctrina.

3.2.3.- Representantes de Escuela Positiva "Evangelistas".

A los creadores de la escuela mencionada los señalan en número de tres: Lombroso, con una orientación antropológica; Ferri, con orientación sociológica y Garofalo, con orientación jurídica. Sin embargo, hay quienes consideran a un evangelista más de la Escuela Positiva: Fioretti.

3.2.4.- Carácter.

Los caracteres que se atribuyen a la Escuela Positiva¹¹, son:

- a) Método experimental.
- b) Delito como fenómeno natural y social.
- c) Responsabilidad social.
- d) La pena como defensa social y no como castigo.

¹¹ Florian. Parte general del Derecho Penal I, Edit. Traité, pág 26. 1929, La Habana.

3.2.5.- Posición del Positivismo.

Es corriente afirmar que del Positivismo no quede nada, o bien, que lo existente evidencie solamente una tendencia. Jiménez de Asua hace "cuentas con éste", pero reconoce que "no todo ha de ser un balance peyorativo para la Escuela Positiva", pudiéndole "apuntar dos ventajas".

3.2.6.- La Tercera Escuela y su Origen.

La Tercera Escuela, Escuela Crítica o Escuela del Positivismo crítico, tiene su explicación por la pugna existente entre las Escuelas Clásica y Positiva. Como debía suceder, no quedaron conformes los partidarios de las Escuelas Clásica y Positiva con la creación de esta Tercera Escuela, manifestando Ferri, que no se le puede considerar, sino como un "meteorito de breve duración" es decir, como un algo transitorio.¹²

3.2.7.- Características.

Los autores señalan los caracteres de esta escuela, Jiménez de Asua considera que son: a) Afirmación de la personalidad del Derecho Penal contra el criterio de la dependencia que propugnaba Ferri; b) Exclusión de tipo criminal, y c) Reforma social como deber del estado.¹³

¹² Ferri. Principios de Derecho Criminal, Edit. Madrid, pág 61.1933, Madrid.

¹³ Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito, Edit. Sudamericana, pág 61.1967, Argentina.

3.2.8.- Acercamiento con la Escuela Clásica y la Positiva.

Naciendo la Tercera Escuela en virtud de la pugna establecida entre las Escuelas Clásica y Positiva, ha dado lugar a estimar y con razón, que la Tercera Escuela está formada con bases de ambas escuelas. Por ello, es exacta la afirmación negada por sus representantes de que viene a ser una Escuela Ecléctica.

3.2.9.- Crítica a la Tercera Escuela.

La crítica enderezada a esta Tercera Escuela, estriba en sostener, que no contiene características propias para formar una escuela. Nos parece que si la llamada Tercera Escuela puede presumir de título de vida en el periodo de los orígenes, es decir, que respondía a una necesidad, hoy, dados los nuevos desarrollos, de índole jurídica también, de la Escuela Criminal Positivista, dadas las distinciones y diferenciaciones que se han efectuado en el seno mismo de la Escuela Clásica, esta tendencia carece de características propias lo bastante relevantes y distintas para formar una escuela. Por lo demás, su mismo fundador, Carnevale, repetía también que la escuela surgió por "una necesidad de distinción, aunque fuera transitoria".

3.2.10.- Las Escuelas Penales y los Códigos Penales Mexicanos.

Al Código Penal de 1871 debe considerarse como un documento de orientación clásica, influido levemente por un espíritu positivo, con admisión de medidas preventivas y correccionales y de la libertad preparatoria y retención.

Los trabajos de revisión al Código Penal de 1871, siguieron la orientación del Código Penal de 1871, acogiendo la condena condicional,

diciéndose en la exposición de motivos: "Dentro de este orden de ideas, sin entrar en discusiones de principios filosóficos ni de doctrinas académicas, aunque cada uno tiene que pensar y obrar bajo la ineludible influencia de sus ciencias, la comisión tomó por base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en el los nuevos preceptos o las nuevas instituciones cuya bondad se pueda estimar ya equitativa y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección a la propiedad de la energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso, y a enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes, y los vacíos que han podido notarse en el texto del código, por más que no afectan a su sistema".

El Código Penal de 1929 no realizó íntegramente los postulados de la Escuela Positiva por obstáculos de orden constitucional y errores de carácter técnico. José Almaraz a éste respecto manifestó que la comisión redactora del Código Penal de 1929, expresó: "Estimando en conciencia que no debía presentar como reforma sustancial un código retrasado que no pudiera luchar eficazmente contra la delincuencia, resolvió, cambiar radicalmente el principio básico del código y sus orientaciones y así lo propuso al Presidente de la República quien aprobó la idea, resolviendo: se estudiará y redactará un código de transición basado en los principios de la Escuela Positiva, pero limitando sus procedimientos con las prescripciones constitucionales, que no era factible echar en olvido. Así nació el anteproyecto que, ante los obstáculos constitucionales y ante los más insuperables del misoneísmo, tuvo que soportar muchas dificultades y restringir su campo de acción. Fue imposible adoptar extensamente todos los principios modernos y establecer los procedimientos más eficaces para combatir la criminalidad. Así ante las disposiciones constitucionales que se refieren a la aplicación de penas

predeterminadas para los delitos expresamente señalados por la ley, tuvo que admitir un sistema de penas relativamente determinadas se vio obligada a seguir el procedimiento antiguo de definir los delitos y sus variedades. No es de extrañar que ante tan grandes y numerosos obstáculos legales, imposibles de franquear y dado su carácter de sistema de transición, el código no sea una obra perfecta de acuerdo con las modernas tendencias y conserve su carácter casuístico. La comisión tuvo que contentarse con servir el vino nuevo en odres viejos, atendiendo principalmente a la necesidad de defender a la sociedad con eficacia práctica y que el estado ejerciera la función punitiva en concordancia.

3.2.11.- ESCUELA POSITIVA.

3.2.11.1.- Significado de la Escuela Positiva.

Fué en verdad una verdadera revolución. El delincuente y el delito no habían sido estudiados, hasta que Lombroso iluminará el aspecto causal explicativo, más que como entidades jurídicas. Por eso, la escuela positiva fué el principio ardoroso ataque, como lo son todos los revolucionarios que tratan de destruir. Pero toda revolución, si no degenera en catéresis, tiene que llegar a la síntesis. Tal vez está pudiera haberse cumplido con Garofalo, Juez y Barón, según hemos dicho que, quierase o no, representaba la contrarrevolución. Por eso su sistema penal es duro y su concepción del delito, del "delito natural" en vez de partir de los hechos, como tenía que haberlo practicado un buen positivista, se deduce del análisis de los sentimientos. Garofalo pudo haber logrado la síntesis con su concepción del delito natural y con la temibilidad que pudo y debió ser, como el dijo, un criterio positivo del derecho penal. A la postre, y al cabo de los años, Garofalo

volvió en la senectud, a las concepciones de que saliera y se hizo fascista y reaccionario.

La revolución, en la época en que esplendía, tuvo sus evangelistas: Lombroso, Ferri y Garofalo y acaso hubiera podido tener un cuarto para que la comparación fuese así más exacta: Fioretti, que se suicidó en su magnífica biblioteca, desesperado por la muerte de su padre.

3.2.12.- Unidad y Variedad.

La escuela clásica, en la diversidad en que la vemos dividida al final del pasado capítulo era eminentemente nacional; por eso se dispersó en tendencias en cada país. El positivismo, mejor recibido fuera que en la propia Italia, aspiraba a ser internacional, como todas las ciencias naturales, y éste fué la causa de que sus jefes, a pesar de las discrepancias internas apareciesen como unidos y la escuela positiva como un bloque homogéneo. Sin embargo, fueron muchas variedades, sobre todo al tomar tierra en otros pueblos. Con Lacassagne surgió (la escuela de Lyon) que, tomando ejemplo de la medicina, cree que no basta el medio sino que precisa en el delincuente proclividad al crimen. En Alemania la escuela de Litz, llamada "joven escuela" o "escuela sociológica" echa agua al vino positivista y procura suavizar las más puntiagudas ideas expuestas en Italia: Niega el tipo delincuente y la responsabilidad social y acaba en un político-criminalismo.

3.2.13.- Lo que pudo ser.

Cuando en 1923 en Buenos Aires, por requerimiento de la facultad de derecho, creímos ver, sin comulgar con el positivismo, que podía hablarse de una tendencia "neo-positivista", fundada en las nuevas concepciones biológicas y en el sesgo que toma la filosofía en el mundo. Juan P. Ramos,

Alejandro Korn, en la República Argentina, ha estudiado la evolución de las ideas filosóficas y ha abierto nuestros ojos al respecto. En México ha señalado, a su vez, Leopoldo Zea, en un libro publicado en 1943, el influjo del positivismo en aquel país. Su nacimiento fue eminentemente político: la "Oración Cívica" de Gabino Barreda, del 16 de Septiembre de 1867, en Guanajuato. Después, llamado por Juárez, redactó el propio Barreda, con aquellas ideas, la reorganización educativa. Había traído el positivismo de París, y la burguesía mexicana se apropió de él para crear el ideario de su clase y conciliarlo con el liberalismo, aunque éste bien pronto lo combatió, cuando los burgueses mexicanos se alían con clericales y conservadores. Más es el caso que el positivismo se había hecho teoría de la clase burguesa, y con otro tono también defiende la propiedad privada y el catolicismo contra los jacobinos, así como la libertad individual.

Uno de los discípulos de Barreda fue Miguel S. Macedo, penalista insigne. Para todos los positivistas burgueses mexicanos la gran aspiración fué "el orden y la paz", que se lograría por la uniformidad de las mentes. El porfirismo viene a dar realidad a las ideas positivistas, aunque esa realidad no sea más que una sombra de los ideales, según confiesan los propios partidarios del positivismo en México.

Esta estructura conservadora, incluso católica e individualista, que toma en México el positivismo, explica que su código, en el fondo positivista, porque esa era la cultura que los iuspenalistas mexicanos habían recibido, niegue inspirarse tal corriente, aunque se aceptan sus postulados esenciales, y busca otra teoría más nueva, el pragmatismo.

Al nacionalizarse la corriente positivista en cada uno de estos países de Iberoamérica y formar el pensamiento de clases dirigentes, se adapta, como es lógico, a las necesidades de cada nación hispanoamericana, y a veces a la personalidad de sus defensores. Así como se hace burgués en México, se hace católico en Colombia, donde Escallomn habla de una escuela

católico-positivista, y en Chile se convierte en ameno y discursivo por lógica exigencia de quien allí lo personifica.

En casi todas partes los positivistas se hacen, valga la frase, escolásticos y citan a Ferri y a Garofalo como podían invocar los nombres de Carrara o de Berner. No investigan la realidad delincuente, ni estudian las características del criminal ni las causas del delito. Sólo citan lo, que hicieron, hace sesenta años, aquellos revolucionarios en su tiempo.

3.2.15.- Lo que queda del Positivismo.

No podríamos terminar esta exposición crítica del positivismo sin hablar de lo que queda. Se explica que un combatiente, por estar apasionado, adopte la más extrema exposición y diga que nada resta de aquella antigua escuela que tanto esplendor tuvo. Más la verdad es que para hacer un balance justo tendremos que ceder el paso al razonamiento abandonando la pasión.

Lo primero que nos parece indispensable es distinguir a Lombroso de la denominada Escuela Positiva. Ciertamente que el gran creador de la Antropología Criminal llegó a envanecerse de ser jefe de escuela y que la defendió con denuedo. Pero Lombroso, según hemos visto, lo que hace es crear una ciencia denominada por el Antropología Criminal, que no es otra cosa que una disciplina causal-explicativa de la criminalidad. El positivismo se crea, realmente, por Ferri y también por Garofalo y se sustenta por el gran abogado y orador. Funda una revista con el título de La Scuola Positiva, bien distinta del Archivo de Antropología Criminale, que Lombroso creó y que se ha estado publicando hasta hace poco, dirigido por Mario Carrara.

Una vez que hemos abandonado el gesto pasional y distinguido a Lombroso del positivismo, hagamos cuenta con este:

a) Paralizó el Derecho Penal, porque al mezclar una ciencia causal-explicativa, cual es la Criminología, con una ciencia cultural y normativa, que es el Derecho, produjo un resultado híbrido que tenía que ser por esto infecundo. Aplicar el método experimental a las normas jurídicas, abominado de lo jurídico, como Ferri quiso, era tan imposible como discurrir sobre pulmonía sin ver un enfermo.

b) Aunque parezca paradoja, retrasó al mismo tiempo el progreso de la Criminología por esa confusión e hibridez. Al igual que hemos dicho al hablar del Derecho Penal, en la propia Italia los últimos estudios de Criminología son de bajo estilo, teniendo que acudir a los nombres de Lenz y Mezger, austríaco y alemán, respectivamente, para encontrar trabajos de verdadera enjundia en la materia.

c) Como hemos señalado, cae en escolasticismo, al renunciar a sus investigaciones primigenias y dedicarse a la cita de los viejos autores.

d) Así se hace tímido y borroso, y finalmente, traidor, cuando Ferri lo afilia al fascismo, afirmando que éste había hecho por el positivismo, en pocos años, más que el régimen liberal en varias décadas.

e) Impuso la crítica y el deseo de reforma, puesto que los códigos no habían podido realizar el positivismo, porque, como hemos afirmado, éste es irreductible a normas jurídicas. Por eso presenciamos, especialmente en Iberoamérica, el espectáculo de ver caminar los códigos sin que realicen su misión, malográndose al igual que los seres humanos que mueren jóvenes.

f) Al suplantarse la dogmática con la crítica y la reforma, degradan la calidad de la ley y la ponen al mismo nivel que las opiniones de los autores. Esto explica que muchas de las sentencias hispanoamericanas vayan plagadas de citas doctrinales junto a los artículos de la ley invocada, olvidando como Soler escribe que la peor ley es más imperativa que el mejor "Tratado". No todo ha de ser un balance peyorativo para la Escuela Positiva. Podemos apuntarle estas dos ventajas:

a) Como toda ley tiene una base factica, al descubrir nuevos hechos se ha ampliado el contenido del Derecho con nuevas experiencias. El positivismo atacó el formalismo excesivo de las normas de Derecho, llenandolas de realidad. Ciertamente ha sido la Política Criminal y no la Escuela Positiva quien ha adaptado esos hechos a la posibilidad jurídica; pero su observación corresponde a la Criminología.

b) El principal mérito de Lombroso, más que de los positivistas sensu stricto, fue crear una ciencia inédita hasta entonces. Una ciencia causal-explicativa del fenómeno de la criminalidad, que hasta que él la captó, sólo era capaz de crear conceptos de Derecho en los que el delito era un ente jurídico y el delincuente sujeto del acto, como en Derecho Civil lo es del contrato o del testamento.

Esta ciencia nueva, el día en que no hagamos valoraciones, desvalorizaciones, más bien sobre la conducta criminal, reemplazará al Derecho punitivo. Repetimos lo que tantas veces hemos dicho, con indignación de algunos juristas: "La Criminología se tragará al Derecho Penal".

CAPITULO IV: TIPO Y TIPICIDAD.

4.1.- EL TIPO.

4.1.1.- El tipo como presupuesto general del delito.

El tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a su fórmula: *nullum crimen sine tipo*.

4.1.2.- Concepto.

Consideramos de especial importancia los conceptos emitidos sobre el tipo por Antolisei, Jiménez de Asua, Maurach y Mezger.

El contenido del tipo puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo, o bien, subjetivo y objetivo. De tal manera, que el concepto que se da del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.

“El tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena”. En otra ejecutoria se establece, que

"bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el sólo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcluso que el tipo penal no llega a configurarse".

4.1.3.- Teoría de la "Pura Coordinación".

De acuerdo con la prelación lógica en delito, primeramente debe existir una conducta o hecho, y después la adecuación o conformidad al tipo. En consecuencia, ha de estudiarse con posterioridad de la conducta o hecho, el tipo y sus aspecto negativo, para continuar con la tipicidad y su aspecto negativo. Así Maurach expresa que en una exposición del delito que sirva las necesidades prácticas, corresponde pues a continuación de la acción, estudiar la teoría del tipo. De acuerdo con la teoría de Beling, llamada de la "Pura Coordinación", se concibe al tipo como meramente objetivo o descriptivo.

4.1.4.- El tipo como función indiciaria de la antijurídidad: Teoría del Indicio.

La fase a que nos hemos referido, de Beling, se llama de la independencia o de la pura coordinación, señalándose además en la doctrina las fases del carácter indiciario, del indicio o de la ratio cognoscendi; la del tipo como ratio essendi de la antijurídidad, teoría de la identidad o de la superación, la antijurídidad como ratio essendi del tipo, la del tipo como elemento de concreción y de conocimiento y por último la fase destructiva.

La tesis del indicio es sostenida por Mayer que atribuye al tipo penal, un valor indiciario de la antijuridicidad, o sea, que toda conducta se ha conformado a un tipo, debe estimarse presuncionalmente antijurídica. Así piensa entre otros Antolisei, cuando escribe, que el tatbestand, es la base del conocimiento (ratio cognossendi) de la antijuridicidad, en forma más simple, la conformidad al tipo, es un indicio de la ilicitud. Por su parte Jiménez de Asua considera que la tipicidad no es ratio essendi de la antijuridicidad sino, más bien un indicio de ella como Mayer expuso su acierto a lo sumo, función de concretización y de conocimiento de la antijuridicidad a los efectos penales.

No es exacto que toda conducta o hecho que se adecue al tipo, es presuncionalmente antijurídica, habida cuenta que la conducta es ilícita o lícita desde su nacimiento pues de otra manera, habría que admitir de acuerdo con la ratio cognossendi que al no existir una causa de licitud, la conducta se mantendría presuncionalmente antijurídica.

4.1.5.- El tipo como ratio essendi de la antijuridicidad: Teoría de la Identidad o de la Superación.

Esta tesis consiste en que el tipo es la ratio essendi de la antijuridicidad fase que Puig Peña denomina de la superación. Como es natural Mezger piensa que "un paso adelante dan aquellos escritores que conciben el tipo por lo menos como indicio, como fundamento cognitivo aunque no como fundamento real, como ratio cognossendi aunque no como ratio essendi de la antijuridicidad de la conducta", que los adversarios de la tesis aquí defendida, que solo ven en el tipo penal un indicio, no el fundamento real de la antijuridicidad de la conducta, desconoce la significación verdadera del acto legislativo por el que surgen las leyes penales.

Mezger, al hablar del tipo como fundamento de la antijuridicidad, expresa, que el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en

tanto no exista una causa de exclusión del injusto, que el tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción; que es fundamento real y de validez (ratio essendi de la antijuridicidad), aunque a reserva siempre de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto, pues si tal ocurre la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad.

4.1.6.- La antijuridicidad como ratio essendi del tipo.

Éste criterio es el sustentado por Blassco y Fernández de Moreda, en el sentido de que no sólo no es la tipicidad la ratio essendi de la antijuridicidad, sino muy al contrario, es en la antijuridicidad donde hay que buscar la ratio essendi de la tipicidad, ya que si una determinada conducta humana, llega a ser tipificada en las disposiciones penales lo es porque la misma se reputa en la generalidad de los casos es decir cuando no concurren otros motivos justificantes de ella, como tan gravemente antijurídica en cuanto contraria a las normas de cultura que en el estado encuentra su base jurídica y conforme a las cuales orienta su función creadora del derecho que no haya medio más útil el legislador, para defender dichas normas que declarar aquella conducta delictiva y por ende sujeta a la sanción penal.

4.1.7.- El tipo como elemento de Concreción y de Conocimiento.

La fase del tipo como elemento de concreción y de conocimiento es sostenida por José Arturo Rodríguez Muñoz, teoría que comentada por Puig Peña ha dado lugar a que este exprese: de acuerdo con ella el famoso elemento tiene una misión más modesta: de concreción y de conocimiento. De concreción, cuando existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y

encuadra la conducta antijurídica; y de conocimiento cuando, coincidiendo temporalmente un acto la aparición de la antijuridicidad y el tipo éste último indispensable al conocimiento de la primera, agregando que realmente con esta tesis, vuelve a ser este elemento del delito algo puramente descriptivo determinativo, ya que su único papel es expresarnos que porción de la antijuridicidad debe ser sancionada con una pena.

Analizando la tesis de Mayer y de Mezger, encontramos:

De acuerdo con Mayer, debe existir: a) una conducta presuntivamente antijurídica y b) a no ser que exista una causa de justificación.

Conforme a Mezger: a) una conducta antijurídica y b) a no ser que exista una causa de justificación.

Consideramos que como el tipo existe previamente a la realización de la conducta, e igualmente preexiste las hipótesis del aspecto negativo de la antijuridicidad o sea, las causas de licitud, la conducta realizada, será antijurídica o lícita tan pronto se conforme al tipo descrito por la ley. Es decir, la conducta será típicamente antijurídica o típicamente lícita, pues no puede negarse que desde que nace el elemento objetivo y se adecua al tipo, la conducta típica es lícita o ilícita.

4.2.- ELEMENTOS DEL TIPO.

4.2.1.- Presupuesto del delito.

El tipo como se demuestra posteriormente, está compuesto de varios elementos, que se estudian en forma separada.

Para Heinrich Jescheck, "los pilares básicos del tipo son el bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción, cada uno adornado de los demás elementos que los caracterizan de forma más precisa".¹⁴

¹⁴ Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Edit. Bosch S.A. pág 350. 1981, Barcelona.

En primer lugar forma parte del tipo, el presupuesto del delito, originando su ausencia, una atipicidad.

4.2.2.- Elemento Material.

La doctrina se refiere a elementos típicos objetivos o descriptivos de tipo:

a) "Estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos objetivos, fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva".

b) "Estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente del autor".

Forma parte del tipo, el elemento material, que está constituido por la conducta o el hecho, originándose los delitos de mera conducta o los de resultado material.

4.2.3.- Modalidades de la Conducta.

Igualmente forman parte del tipo, las modalidades de la conducta: referencias del tiempo, lugar, "referencia legal a otro hecho punible" o "referencia de otra índole, exigida por el tipo", y los medios empleados.

Hay que observar que generalmente el tipo no contiene referencias de la conducta y por tanto, de existir son irrelevantes para la existencia de la tipicidad, por no ser exigidas. Por ello, Jiménez de Asua, expresa, que "podemos decir que, en principio y en la mayor parte de los casos, las modalidades de la acción, es decir, las referencias temporales y espaciales, la ocasión y los medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir el

hecho en un tipo legal".¹⁵ Pero como se ha indicado, el tipo puede requerir las referencias a que se ha hecho alusión.

a) Referencias Temporales. En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no ocurrir, no se dará la tipicidad. Por ello, expresa Mezger, que la ley a veces establece determinados medios temporales como exclusivamente típicos, y por tanto, no caerá bajo el tipo, la ejecución en tiempo distinto del que señala la ley.¹⁶

b) Referencias Espaciales. Del mismo modo, el tipo puede demandar una referencia espacial, o sea de lugar. Mezger, a éste respecto anota, que "esto quiere decir, que la ley fija exclusivamente como típicos determinados medios locales de comisión del delito, y que la ejecución del acto en otro lugar no cae bajo el tipo".¹⁷ Por tanto, es necesario para que exista la tipicidad, que concurren estas notas locales, exigidas por el tipo.

c) Exigencia en cuanto a los medios. Los tipos en numerosos casos exigen determinados medios, originándose los llamados "delitos con medios legalmente determinados" o "limitados"; y ellos quiere decir, que para que se pueda dar la tipicidad tienen que concurrir los medios que exija el tipo correspondiente. De aquí que Mezger exprese que por delitos con medios legalmente determinados debemos entender aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina.¹⁸

Ahora bien, el medio exigido por el tipo, da lugar a consecuencias diversas que la doctrina se ha encargado de precisar.

d) Elementos del juicio cognitivo. Ahora bien, el propio Mezger, coloca entre los elementos típicos descriptivos y los puros normativos, a los

¹⁵ Jimenez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal III. Edit. Buenos Aires, pág 807. 1958, Argentina.

¹⁶ Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal I. Edit. Barcelona S.A., pág 369, 1981, Madrid.

¹⁷ Op cit: 370.

¹⁸ Op cit: 370.

elementos del juicio cognitivo, considerando que se trata de características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que está proporciona.¹⁹

e)Elementos normativos. Los elementos normativos son de dos clases:

- 1.- Elementos con valoración jurídica.
- 2.- Elementos con valoración cultural.

f)Elementos subjetivos del injusto. En fin, la doctrina hace hincapié en los elementos subjetivos del injusto, que consisten en "características subjetivas, es decir situadas en el alma del autor".

A este respecto nos dice Sainz Cantero que "lo que en definitiva ocurre es que en tales casos la conducta no será típica por no ser antijurídica, por lo que pone de manifiesto la íntima conexión que existe entre tipicidad y antijurídidad".²⁰

4.2.4.- Sujeto Activo.

a)Concepto. El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste pues no se concibe un delito sin aquel, debiéndose entender por sujeto activo el que interviene en la realización del delito como autor, coautor, o cómplice.

b)Clasificación del sujeto activo en cuanto a la calidad. El sujeto activo puede ser cualquiera y entonces estamos frente a un delito general, común e indiferente; pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir una calidad en dicho sujeto, originando los llamados delitos propios, especiales o exclusivos. Esto quiere decir, que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el tipo, con relación a aquel sujeto que no tiene dicha calidad exigida; concepto de delito especial que posee decir

¹⁹ Op cit: 374.

²⁰ Sainz Cantero. Lecciones de Derecho Penal II. Edit. Bosch, pág 306. 1982, Barcelona.

Mezger destacada significación práctica en la teoría de la codelinuencia, indicando que la limitación del círculo de los que pueden ser autores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas que no pertenecen a dicho círculo, esto es, los "no cualificados" (extraños) no puedan ser en absoluto sujetos del delito, pues si bien no pueden ser autores en el sentido estricto de la palabra, queda la posibilidad de que participen en el hecho como cómplices y sean, por tanto, sujetos del delito, advirtiéndose de todo lo que antecede que la tipicidad solo se dará cuando el sujeto activo tenga la calidad demandada por el tipo.

c) Delito especial en sentido amplio. Nos dice Maurach que "recibe el nombre de delitos especiales en sentido amplio, aquellos hechos punibles que, si bien pueden ser cometidos por cualquiera, motivan una punición agravada de ser realizados por una determinada esfera de autores", siendo "los delitos especiales en sentido amplio, variedades típicas no autónomas del delito básico".²¹

d) Delito de propia mano. Por otra parte, existen tipos en que el sujeto activo está limitado al igual que en los tipos propios, especiales o exclusivos, originándose los tipos denominados de propia mano, que son aquellos en que la conducta delictuosa la realiza personalmente el sujeto. En otros términos, constituyen delitos de propia mano, aquellos que únicamente se realizan en forma personal.

e) Comparando los delitos de propia mano con los delitos especiales, se observa que es sumamente difícil delimitar la frontera entre ellos. Mezger señala las notas características de los delitos especiales y de propia mano. Nos dice, que en los especiales, se circunscribe la posibilidad de la autoría a un determinado círculo de personas; pero estos a su vez, pueden fundamentalmente cometer el delito sirviéndose de otra persona como instrumento; viceversa en los delitos de propia mano, el círculo de las

²¹ Maurach. Tratado de Derecho Penal I. Edit. Ariel, pág 291. 1962, Barcelona.

personas que pueden ser autores es limitado, pero es posible que vengan en combinación ambos puntos de vista: si un delito especial es a la vez un delito de propia mano, sólo pueden cometerlo como autores un determinado círculo de personas y estos a su vez personalmente, no sirviéndose de otro como instrumento.²²

4.2.5.- Clasificación del Sujeto Activo en cuanto al número.

En orden al número, la doctrina divide los delitos en individuales, monosubjetivos o de sujeto único y delitos plurisubjetivos, colectivos, de concurso necesario o pluripersonal.

Monosubjetivo es aquel en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos. El plurisubjetivo, cuando el tipo requiere la intervención de dos o más persona, o sea, como dice Ranieri, son aquellos que, "según su modelo legal, pueden ser perpetrados sólo por la cooperación de varias personas".²³

Autores italianos como Manzini, Cavallo, Ranieri, Grispligni, Pannain, Bettiol, se ocupan de esta cuestión relativa a los delitos plurisubjetivos.

Por otra parte se clasifican los delitos plurisubjetivos: a) De conductas paralelas; b) De conductas congruentes y c) De conductas contrapuestas.

Estos delitos plurisubjetivos se clasifican en sentido propio y en sentido amplio.

4.2.6.- Sujeto Pasivo.

En todo delito debe existir un sujeto pasivo, sin olvidar que "no se da un delito sobre sí mismo, porque no es admisible un desdoblamiento de la personalidad humana de modo que está pueda considerarse a un mismo

²² Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal II. Edit. Barcelona S.A. pág. 253. 1935, Madrid.

²³ Ranieri. Manual de Derecho Penal, parte general. Edit. Temis, pág. 75. 1975, Bogotá.

tiempo, desde cierto punto de vista como sujeto activo y desde otro como sujeto pasivo del delito". Y cuando la conducta del sujeto recae sobre sí mismo, no viene a ser sujeto pasivo sino objeto material del hecho delictuoso. ¿Qué debe entenderse por sujeto pasivo? Es el titular del bien jurídico protegido por la ley.

Bettioli considera, que "en todo delito existen dos sujetos pasivos: uno constante, esto es, el Estado-Administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, dado por el titular del interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derecho-habiente, de la querrela y de la acción civil que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal".²⁴

Problema básico es el relativo a saber quienes son los sujetos pasivos del hecho delictuoso.

Por lo regular el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto material del mismo, como en el robo; sin embargo en algunos casos el sujeto pasivo se identifica al objeto material como sucede en la violación, el estupro, atentado al pudor, homicidio, lesiones, etc.

El tipo puede igualmente exigir determinada calidad en el sujeto pasivo y de no exigir está, no puede darse la tipicidad, originándose cuando el tipo requiere tal calidad, un delito personal y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera, se trata de un delito impersonal.

Se pueden presentar de acuerdo con la doctrina, estas hipótesis en relación al sujeto pasivo:

a) Que el sujeto activo y pasivo sean los mismos.

"No puede ser sujeto pasivo del delito, nos dice Novoa Monreal, la misma persona que interviene en el hecho como sujeto activo. Nunca pueden coincidir las calidades de víctima y responsable del delito, porque se opone a

²⁴ Bettioli. Derecho Penal, parte general. Edit. Temis, pág. 610. 1965, Bogotá.

ello el principio de alteridad que informa el Derecho. Solamente cae en el plano de lo jurídico y puede ser tenida como ilícita la acción de un hombre que afecte a otro hombre o a un sujeto de derechos distintos de él mismo. Los casos en los que parecen confluir las calidades del sujeto activo y pasivo, tienen una explicación jurídica que disipa la apariencia".²⁵

Si el delito es relación entre hombre y hombre y si el delito es lesión de un derecho expresa Ferri, no puede el mismo individuo ser a la vez autor y víctima de un delito.²⁶

b) Que el sujeto activo y pasivo sean distintos.

c) Que el sujeto pasivo sea el objeto material.

d) Que el sujeto pasivo sea distinto al objeto material.

e) Que el sujeto pasivo sea distinto de la persona sobre la cual se lleva a cabo la conducta o hecho.

No siempre es la persona sobre la que recae la conducta sujeto pasivo del delito. Así Novoa Monreal, anota que "tampoco ha de pensarse que el ser humano sobre el que ejercita su actuación el delincuente, haya de ser siempre el sujeto pasivo del delito".²⁷

Hay que advertir que una cosa es el sujeto pasivo y otra, el perjudicado por el delito. Ya entre otros, Novoa Monreal oportunamente lo hace ver, cuando expresa, que "no debe confundirse el sujeto pasivo del delito con el perjudicado con el delito, porque esta última expresión denomina al que sufre el daño o perjuicio proveniente del delito y si bien de ordinario coincide, no se confunde necesariamente con aquel. Además, hay muchos delitos que pueden no originar perjuicio pecuniario, en los que hay sujeto pasivo, pero no perjudicado".²⁸

²⁵ Novoa Monreal. Curso de Derecho Penal Chileno I. Edit. Jurídica de Chile, pág. 242. 1960, Chile.

²⁶ Ferri. Principios de Derecho Criminal. Edit. Temis, pág. 377. 1933, Madrid.

²⁷ Novoa Monreal. Curso de Derecho Penal Chileno I. Edit. Jurídica de Chile, pág. 243. 1960, Chile.

²⁸ Op cit: 244.

4.2.7.- Objeto Jurídico.

También el objeto forma parte del contenido del tipo pues es inconcebible éste sin aquel pudiendo ser el objeto jurídico o material.

Nos dice Antón Oneca que la teoría del bien jurídico investiga la antijuridicidad material ahondando en el derecho positivo buscando sus fundamentos y finalidad para la mejor interpretación.²⁹ Y por su parte expresa Heinrich Jescheck que el bien jurídico es el concepto central del tipo en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos y por tanto, un importante instrumento de la interpretación.³⁰ En fin anota Rodríguez Mourullo que debemos entender por bien jurídico todo aquello que desde el punto de vista del orden social, aparece como un valor positivo.³¹

Debemos entender por objeto jurídico el valor o bien tutelado por la ley penal.

Es meta de la parte especial determinar el bien jurídico que protege cada tipo en particular, sin desconocer que algunos tipos protegen no uno sino varios bienes, los cuales pueden tener igual valor o desigual o sea, que alguno de ellos, tiene un valor superior, ocupando por consiguiente el primer lugar o preferentemente y sirviendo de base para la respectiva clasificación de delitos así como para la interpretación de la ley penal.

Los bienes jurídicos se deben distinguir en bienes "individuales" y bienes "de la colectividad" en bienes disponibles y bienes no disponibles.

4.2.8.- Objeto Material.

El objeto material es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito.

²⁹ Antón Oneca. Derecho Penal, parte general. Edit. Depama, pág. 181. 1949, Madrid.

³⁰ Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Edit. Bosch S. A., pág. 352. 1981, Barcelona.

³¹ Rodríguez Mourullo. Derecho Penal. Edit. Civitas, pág. 276. 1979, Buenos Aires.

4.3.- TIPICIDAD.

4.3.1.- Papel que desempeña la Tipicidad en Teoría del Delito.

Una vez comprobado que existe una conducta o hecho, debe investigarse que haya adecuación al tipo.

Es necesario determinar el papel que le han asignado a la tipicidad en la teoría del delito:

- a) La tipicidad es una característica esencial del delito.
 - b) La tipicidad es un requisito del hecho, según el Derecho Positivo.
 - c) La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito.
 - d) La tipicidad es una condición, pero no elemento del delito.
- La tipicidad constituye una relación conceptual.

4.3.2.- Concepto de Tipicidad.

En cuanto al concepto de la tipicidad, vamos a emitir algunos:

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

b) "La tipicidad consiste en esta cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal".

c) "La tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción".

d) "La tipicidad como elemento se da, cuando el infractor que no es el destinatario, arregla y conforma su conducta, con escrupulosa exactitud, a la hipótesis de la ley".

e) "Adecuación típica significa, pues encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias".

f) "La tipicidad consiste en la descripción que contiene los artículos de la parte especial de los Códigos Penales, a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción".

4.3.3.- Opinión propia de la Tipicidad.

La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento material porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto (a no ser que el tipo requiera solamente el elemento objetivo), consecuentemente, la tipicidad consistiría en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Al respecto las hipótesis del homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena (elemento objetivo); estupro (elemento objetivo y normativo); atentado al pudor (elemento objetivo y subjetivo del injusto), y abuso de confianza y robo (elemento objetivo, normativo y subjetivo del injusto), debiéndose observar que la tipicidad tendrá una mayor o menor extensión, según el contenido del propio tipo."La tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la ley penal".

4.3.4.- Importancia de la Tipicidad.

¿Cuál es la fundamental importancia de la tipicidad?, consideramos que consiste en que se establece en una forma clara y patente, que no hay delito sin tipicidad, encontrandonos en éste caso, frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito: la ausencia de tipicidad o atipicidad.

Es de parecer que "es también un error, el identificar el principio (nullum crime sine previa lege), con el otro de más reciente fecha, de que no hay delito sin tipicidad", pues "la tipicidad es una cosa y el citado principio otra, so pena de retrotraer todas las consecuencias sobre la tipicidad, a la época, bastante remota, en que el principio garantizador se formuló" y que aún admitida la tipicidad como elemento del delito, cosa que hemos negado, la misma puede coexistir con un sistema penal que admita la analogía; coexistencia que no es dable con la afirmación legal del citado principio, finalizando con la idea de que éste es un postulado fundamental; aquella una descripción, que puede no excluir, otros medios análogos de determinación.

4.3.5.- El Hecho Concreto y el Tipo Legal.

La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, según el creador de la teoría, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

Errados andan los que piensan que puede distinguirse un "tipo de hecho" de un "tipo legal". No hay tipos de hecho. Se trata de una conducta del hombre que subsume en el tipo legal.

Hay auténticos tipos de mera descripción objetiva, otros más detallados en que se dan modalidades de la acción referentes al sujeto activo, al pasivo y al objeto; y numerosos más en que aparecen elementos normativos y subjetivos de lo injusto. Estos elementos del tipo, y sobre todo, su valor funcional, han cambiado, o, mejor dicho, se han discutido apasionadamente en estos últimos años.

4.3.6.- Terminología.

Desde la primera época en que dimos a conocer la doctrina del tipo, como tipicidad está característica del delito de índole descriptiva que se designa en alemán con la palabra "Tatbestand".

Hay grande anarquía para verter esa expresión. Los italianos hablan de "hecho-especie", y Juan P. Ramos, en la Argentina, trata del "caso penal" o "caso legal". Nos parecen estas expresiones sobremanera expuestas a equívocos. El "hecho-especie" se confundiría con el tipo de hecho que acabamos de rechazar, y el "caso legal" más bien parece aludir a los casos prácticos que se ponen en los seminarios y a los que juzgan los tribunales. Pedro Ortiz en Chile, traduce esta característica con el inelegante término "encuadrabilidad" y Sebastián Soler denomina la parte en que se ocupa de este tema con el epígrafe "Teoría de la subordinación".

La jurisprudencia chilena y la doctrina mexicana parecen preferir la expresión "**cuerpo del delito**", que tampoco aceptamos por la fuerte confusión que se engendra sobre lo que debe entenderse por tal. A nuestro modo de ver, **el cuerpo del delito es el objeto material del mismo y, en todo caso, el instrumento con que se perpetra.**

Cuando Marcelo Finzi vertió a la lengua italiana un interesante trabajo de Beling en que se estudia la tipicidad en función con el nullum crime, nulla poena sine lege, tradujo el tan debatido Tatbestand por "delito-tipo". Está es la traducción que ha aceptado ahora Sebastián Soler, al verter en lengua castellana el trabajo de Beling: "Teoría del tipo", y que también sigue el profesor Mendoza en su curso de Derecho Penal Venezolano.

Permitásenos que, no por terquedad, sino por motivos de sencillez, mantengamos la traducción que hace tantos años hicimos, denominando "tipicidad" a la característica del delito que se expresa en alemán con la voz Tatbestand. No podemos negar que la palabra tipicidad tiene un significado propio, y acaso distinto, que bien pudiera ser la necesidad de que los delitos se "acuñen tipos" no en definiciones vagamente genéricas; pero no es menos cierto que, al igual que con la palabra imputabilidad, propiamente aplicable a la calidad que "constituye imputable alguna cosa", extendida hoy en la técnica nuestra, a la capacidad penal, aquel vocablo puede recibir un contenido más amplio. Importante es aclarar que éste concepto no sólo ha sido utilizado al traducirlo con un poco de libertad al castellano, sino un autor alemán de tan enorme prestigio como Franz Von Liszt, que en su "Tratado" escribió, haciéndose breve cargo de la teoría de Beling: Tatbestandmässigkeit oder Typicität (adecuación al tipo o tipicidad).

4.3.7.- Historia.

No nos parece propio de éste lugar perdernos en investigaciones sobre quien fue el primero que destacó la palabra alemana Tatbestand, con un sentido técnico relevante para nuestra disciplina jurídica. La teoría del delito basada, entre otras características, en el tipo o tipicidad, fué expuesta por Ernesto Beling en 1906. El profesor de la Universidad de Munich dio al Tatbestand sentido enteramente distinto al que asume en las obras de Stübel

(1805), Luden (1840) y Karcher (1873). Antiguamente el "tipo" era el delito específico en la totalidad de sus elementos (incluido el dolo o la culpa), es decir, lo que los antiguos escritores españoles llamaron figura de delito. Desde Beling adopta la tipicidad el sentido formal que hemos dado al definir está característica de la infracción punible.

4.3.8.- Evolución del Concepto del Tipo.

4.3.8.1.- Primera fase: Independencia.

En su primera fase la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. "Matar a un hombre" es el tipo de delito de homicidio. Es una mera descripción. Establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que se concreta en la característica del delito llamada antijuridicidad. Finalmente: el juicio que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y de reprochárselo a título de dolo o de culpa, se hace en virtud de la culpabilidad. Beling modificó y amplió su teoría del tipo en 1939, manteniendo, no obstante, su papel independiente de mera función descriptiva.

La teoría de la tipicidad, cuando fué expuesta por Beling en 1906, no recibió acogida favorable por parte de los tratadistas alemanes, que desdeñaron su importancia, motejándola de inútil complicación. Binding, el gran maestro, dedica a Beling y a su doctrina una nota llena de violencia como de injusticia. En el extranjero la noción del tipo se ignora entonces en absoluto.

4.3.8.2.- Segunda fase: Carácter Indiciario.

La segunda fase de la teoría de la tipicidad se halla expuesta en el aludido "Tratado de Derecho Penal" de Mayer, que aparece en 1915. En este libro, uno de los más geniales que se han escrito sobre nuestra disciplina, resurge la doctrina del tipo. Pero para el la tipicidad no es ya una mera descripción; le atribuye un valor indiciario. Sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero afirma que el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuridicidad. La función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, como, por ejemplo, la inclusión en el tipo del hurto de la cualidad ajena de la cosa.

4.3.8.3.- Tercera fase: Ratio Essendi de la Antijuridicidad.

La tercera fase, extremadamente opuesta a la concepción de Beling, se halla representada por Edmundo Mezger. Aunque desde 1926 comenzó a constituir su doctrina, esta recibe organización definitiva en 1931, cuando pública su "Tratado de Derecho Penal". La teoría de Mezger transparenta ya clara en su definición del delito: "acción típicamente antijurídica y culpable". Puesto que para Mezger no es ya un delito una acción típica, antijurídica, es decir, un conjunto de características independientes, sino que constituye, en primer término, una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace o capítulo propio, sino que, por el contrario, se incluye en la antijuridicidad, tratada primero como "injusto objetivo" y después como "injusto tipificado". En la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que un indicio, mucho más que ratio cognoscendi de la antijuridicidad, llegando a constituir la base real de ésta, es decir, su ratio essendi. En verdad, Mezger subraya que la "antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no

una característica del tipo", puesto que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero en cambio es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Esta tesis lleva inevitablemente a crear una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general, absolutamente inadmisibles en las concepciones actuales. El propio Mezger trata de defenderse contra las consecuencias a que le lleva su doctrina e insiste vigorosamente en que sus ideas no engendran una antijuridicidad penal específica.

4.3.9.- Tipo de Delito "Deliktstypus".

Conforme al Derecho positivo, la conducta culpable antijurídica sólo es punible con arreglo a las fórmulas de amenaza penal y en la extensión que ellas determinan. Estas influyen de tal suerte en la definición del delito, que sólo los tipos de conducta por ellas captados son objeto de penalidad, y cada conducta en tal sentido típica sólo es punible en adecuación precisamente a aquella pena abstracta que va unida al Typus en cuestión. La Typizität es una característica esencial del delito.

Los Deliktstypen están clavados en el vasto terreno de la conducta antijurídicamente culpable; yacen totalmente dentro de él, y representan sólo el destaque de determinada especie. Conforme a su contenido interno son en primer término tipos de lo injusto (conducta antijurídica de ésta y aquella especie), que, mediante la incorporación de las exigencias que la pena legal abstracta presupone en orden a la dirección específica de la culpabilidad, se transforma en Deliktstypen.

Una división de importancia fundamental de los Deliktstypen se deduce del hecho de que el legislador se sirve en parte de tales penas abstractas, las cuales se unen de modo matemáticamente preciso con el Typus, que es captado por ellas; y, en parte de otras conminaciones penales que, matemáticamente movibles, buscan la unión con los Typen de la primera

especie y representan, consiguientemente, magnitudes distintas. Las primeras caracterizan sistemáticamente la "parte especial", del Derecho Penal, con sus especies y subespecies delictivas; los Typen aquí son independientes, en el sentido de que va una línea recta de cada tipo a su Strafdrohung. Las segundas destacan también ciertamente, una conducta typische que yace dentro de lo injusto culpable, pero con la particularidad, no obstante, de que desde aquí esto es, desde la conducta no va ninguna línea recta a la Strafdrohung correspondiente, sino más bien la línea de unión sólo puede obtenerse merced a un rodeo sobre una u otra de las Strafdrohung matemáticamente firmes y sobre el Typus por ella captado. Esto produce las "formas de aparición", como Deliktstypen no independientes. Typen de carácter accesorio, figuras accesorias typische, por si solas inservibles, sólo utilizables en conexión con un Typus independiente.

Para el jurista, toda conducta que no pueda incluirse en los Typen legalmente acuñados, aunque sea antijurídica y culpable, representa lo atípico, esto es, una conducta no punible, y, al revés, significa la conducta Typische una conducta punible conforme a la Strafdrohung a ella adecuada, en unión de los demás preceptos legales concernientes a la punibilidad.

4.3.10.- "Tatbestand Legal" y "Leitbild".

Cada Deliktstypus forma un todo compuesto de diversos elementos. Pero por muchos y distintos que estos elementos puedan ser, hacen referencia, sin embargo, conjuntamente en los Deliktstypen independientes que en primer término son objeto de nuestro estudio a una imagen de pensamiento que fundamenta la unidad de éste Deliktstypus, y sin la cual dichos elementos perderían su sentido como características de éste Typus. Dicha imagen es el Tatbestand legal para éste Deliktstypus.

Esto necesita un examen más detenido:

a) Exempla docent: Si tomamos el Typus "hurto" encontramos que todas sus características, tanto objetivas como internas, están orientadas en la imagen o figura rectora, "sustracción de una cosa mueble ajena", puesto que para que el hurto exista es preciso que dicha sustracción de una cosa mueble ajena se haya realizado y haya sido captada por el dolo del autor, y aparece también en la otra característica típica, "intención de apropiación", en tanto que esta característica se refiere precisamente a cosa ajena sustraída. De esta suerte domina el concepto "sustracción de una cosa mueble ajena", a las conjuntas características típicas del hurto. Dichas características se refieren a dicho concepto en forma distinta, pero por el se fundamenta la homogeneidad y pertenencia de las características en cuestión dentro del Typus. De igual modo, es básica para el Typus "lesión corporal con resultado de muerte", la imagen de representación de "malos tratos o daño en la salud"; tal daño o mal trato debe haberse realizado, haber existido en el dolo del autor, y de él (del daño o mal trato) debe haber surgido la muerte. La prueba puede hacerse en todo Deliktstypus: cada uno de ellos está acordado a un sonido fundamental, tiene su tónica, que repercute de esta o de otra manera en las características del Typus.

En primer término, sólo el Leitbild hace posible que podamos reunir un Typus de lo injusto y un Typus de culpabilidad en el sentido de constituir este determinado Deliktstypus. Con un Typus de lo injusto "muerte de un hombre" y con el Typus de culpabilidad "dolo de prevaricación", no llegaríamos nunca a un Deliktstypus de "asesinato" o de "prevaricación". Siempre es necesario que el lado objetivo y el subjetivo coincidan en un punto, de tal suerte que tanto aquel como éste (dolo, culpa) estén dominados por un Leitbild idéntico. Sólo la muerte real de un hombre y el dolo dirigido a ella hacen posible la representación de la especie delictiva asesinato. Es posible y frecuente que ya con tal integración la especie delictiva de que se trata aparezca terminada ante nosotros (así en el cazar sin permiso, en las detenciones ilegales, en los

daños, en el homicidio culposo): es posible, ciertamente, que un Deliktstypus exija aún una característica externa, a la que no es preciso que corresponda nada interno (concurso en la bancarrota, muerte en la lesión corporal con resultado de homicidio) o una puramente interna, a la que no es preciso que corresponda nada externo (delitos de intención, premeditación en el asesinato). Pero tales momentos se muestran tan sólo como complementarios, cuya incorporación al correspondiente Deliktstypus sólo puede tener lugar visiblemente mediante su unión al Leitbild dominante.

b) Este Leitbild es el "Tatbestand legal". Ahora bien; seguramente representa cada uno de ello, a su vez, un Typus: el Typus "muerte de un hombre", el Typus "sustracción de una cosa mueble ajena", etc. Pero es preciso precaverse ante la identificación de estos Typen puramente tatbeständliche con los Deliktstypen. Tan poco idénticos son con estos últimos que ni siquiera pueden ser concebidos como partes integrantes de ellos. Son más bien imágenes de la representación, las cuales, sólo reguladamente, condicionando su comprensión, se anteponen lógicamente a los correspondientes Deliktstypen. Si se desmembra un Deliktstypus en sus características constituyentes, parece, en verdad, que la primera de estas características ha de ser precisamente el "Tatbestand legal" propio del Deliktstypus: se dice, por ejemplo, que el asesinato consiste en la "muerte de un hombre", la cual es ejecutada dolosamente y con premeditación; y "muerte de un hombre" es precisamente el "Tatbestand legal", que aquí, como "Tatbestand objetivo", parece ser un elemento del concepto de asesinato. Pero al decir esto se comete una inexactitud; inexactitud que consiste para decirlo en pocas palabras, en la confusión de una representación conceptual con su realización. Ciertamente, la imagen de representación es la "muerte de un hombre", abstraída de acontecimientos reales que a ella corresponde. Pero una vez hecha está abstracción, se independiza lógicamente, de tal suerte, que no sólo es algo distinto de los acontecimientos en ella subsumibles, sino

que hasta posee su contenido, aún cuando se diga de ella que tal cosa no haya sucedido. Aquella primera característica del concepto asesinato, no es, por tanto, la "muerte de un hombre", sino la acción que realiza y produce la muerte de un hombre.

c) El "Tatbestand Legal" como categoría, aparece vacío de contenido; su contenido no se lo determina el mismo. Los cientos de contenidos que tienen una tatbestandfunktion no se infieren de su concepto tatbestand. Más bien han de ser obtenidos de los deliktstypen independientes; de estos, retrospectivamente, se obtiene el leitbild que ha ellos corresponde.

Dicho de otra manera: "el tatbestand legal" es un puro concepto funcional. Sólo expresa aquel momento de valor rector para el deliktstypus que interesa. De ellos se deduce que no hay tatbestand legal en si. Todos son relativos en cuanto al contenido, cada uno significa un tatbestand sólo para el deliktstypus regulado por el en cada caso. La muerte de un hombre es tatbestand legal para el asesinato; no para el allanamiento de morada; éste carácter funcional-relativo del tatbestand, la dependencia de todo contenido del tatbestand de un determinado deliktstypus, lleva consigo cuatro consecuencias:

En primer término, que no hay ninguna especie de conducta humana de la que a priori pueda decir el jurista que sea un tatbestand legal perteneciente al derecho positivo.

En segundo término, la posibilidad de que una especie de conducta que se descubre como tatbestand de un deliktstypus, acaso para otro deliktstypus pueda ser de importancia, pero para éste representa un papel distinto. Así ocurre con la muerte de un hombre, de importancia para el asesinato, como para la lesión corporal con resultado de muerte: ambos deliktstypen la exigen; pero sólo para el asesinato constituye el leitbild común a la parte objetiva y subjetiva; en cambio, respecto a la lesión corporal con resultado de muerte, sólo se refieren conjuntamente el lado objetivo y el

subjetivo al "maltrato o daño a la salud", y el resultado de la muerte sólo es un momento que se añade al aspecto objetivo.

En tercer término se abre la posibilidad de que exactamente el mismo leitbild, por identidad del tatbestand legal, sea propio de varios deliktstypen, y la diferencia de estos encuentre su raíz en el hecho de que uno de ellos exija un dolo referido al leitbild, el otro por el contrario, una culpa o en que supuesto de que sean idénticos en orden a la culpabilidad, la diversidad se produzca por razón de características del typus, las cuales ciertamente se añaden a la realización dolosa o culposa del tatbestand, pero que en sí misma sólo representan añadidos objetivos a la realización del tatbestand (lesión corporal con resultado de muerte en comparación a la simple lesión corporal) o sólo añadidos subjetivos al dolo o a la culpa (homicidio doloso con premeditación; homicidio doloso sin premeditación).

d) La parte especial del derecho penal puede ser imaginada a la manera de un repertorio en el que se hallaban recogidos los deliktstypen. Pero también los tatbestände legales forman un tal catálogo, por así decirlo, un libro de imágenes, en el que la muerte de un hombre, la sustracción de una cosa mueble ajena, se representa esquemáticamente "estilizados".

e) Hasta ahora se ha demostrado la importancia del tatbestand en orden a los deliktstypen independientes a que siempre nos hemos referido, considerándolo como el leitbild regulador de tales typen. Pero con ello no se ha agotado su trascendencia. El tatbestand legal es más bien un concepto básico que domina el derecho punitivo en su total extensión y profundidad. Ello se deduce del hecho de que sin referencia a un deliktstypus independiente, todas las discusiones de orden penal caerían en el vacío si se suprimiere toda la parte especial no habría derecho penal, supuesto naturalmente, que el principio básico nulla poena sine lege permaneciese en pie, y precisamente estos deliktstypen están, a su vez, referidos a los tatbestände legales.

4.3.11.- Función de la Tipicidad.

Reconozcamos ante todo que, funcionalmente, el delito es una unidad en la que analíticamente deben distinguirse sus características. La descriptiva es la tipicidad. Está no debe asumir el descolante papel de ratio essendi; pero no debe desaparecer, como desea el nacionalsocialismo extremo ni otros inconscientes dictadorzuelos.

La tipicidad no es ratio essendi de la antijuridicidad, sino más bien un indicio de ella, como Mayer expusó con acierto, o a lo sumo función de concreción y de conocimiento de la antijuridicidad a los efectos penales. De mera concreción cuando, existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y enmarca la antijuridicidad; y de conocimiento, cuando coinciden en el tiempo la aparición de la antijuridicidad y del tipo.

La separación de las características del delito tiene un valor liberal y técnico de importancia máxima para ello nos inclinamos a mantener, para fines forenses, la independencia relativa de los caracteres del hecho punible. Se equivocan quienes piensan que está construcción independiente murió en manos de Mezger. Su valor, no sólo práctico, sino científico, se reivindica luego por Class, que en una monografía de suma importancia, actualiza el mérito y las ventajas de las construcciones de Beling y de Mayer. Cualquiera que sea el papel que se asigne a la tipicidad, no puede negarse, ni aún discutirse, su significación decisiva en la teoría jurídica del delito, y quienes tratan de negarla inciden en el más voluminoso error.

En otro orden de ideas, es oportuno señalar que la teoría del tipo tiene una vitalidad tan grande que incluso puede concebirse en el derecho consuetudinario y en la analogía, según Beling dijo ya en 1906. En efecto la analogía exige, para que un hecho no tipificado expresamente sea castigado, que exista un tipo rigurosamente análogo. De aquí se deduce que la función

alusión a las valoraciones jurídicas consistente en que la cosa sea ajena; y un elemento normativo, quitarla ilegítimamente, al definir el robo se habla, además, del medio: violencia contra las personas o fuerza en las cosas.

La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etc. Pero el tipo, sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio.

A veces, en ciertos delitos se exige un determinado sujeto activo, como, por ejemplo, la función militar en los delitos castrenses, y la calidad de funcionario público en el peculado, en la concusión, en los numerosos delitos, de abusos de autoridad y de las infracciones de los deberes de los funcionarios públicos, etc. En otros casos sólo puede infringir la norma a que el delito se refiere el empleado público, el empleado de correos, el ministro del público.

A un determinado sujeto pasivo se refieren otros artículos de los Códigos Penales: han de serlo el gobierno legítimo de la patria, el Presidente, el Vicepresidente, los jefes de potencias extranjeras, o los representantes de ellas, los ministros de un culto, los funcionarios públicos o autoridades, los ascendientes o los cónyuges, la niña menor de doce años en ciertas clases de violación, la mujer honesta en la seducción, la mujer en el rapto y en el aborto, los parientes dentro de grados consanguíneos en el homicidio calificado, el niño recién nacido en el infanticidio.

El tiempo se halla también determinado como una modalidad de la acción en ciertas infracciones, sea tiempo de guerra, o caso de guerra entre naciones extranjeras, etc.

Al lugar se refieren estas modalidades de la acción: dentro o fuera del territorio nacional, territorio de la república, lugar público, lugares destinados al culto, reunión pública, etc.

En otros tipos se alude a las ocasiones: hallándose reunidas las corporaciones a las que el vilipendio se dirige, encontrándose en el ejercicio de sus funciones, ocasión de peligro para un mayor número de gentes, o calamidades o desastres públicos, abuso de confianza o calamidad o miseria en el hurto, etc.

También suelen expresarse determinados medios: clandestinamente o con engaño, violencias, amenazas, temor, tumultos, sevicios, engaños, regalos, promesas, etc. armas, dinero u otras dádivas, medios fraudulentos, seducción o promesa matrimonial, veneno, incendio o sumersión, etc.

En caso de tipos de mera descripción objetiva, que no dejan de serlo por contener las referencias y modalidades expuestas, la función del instructor es sencilla. Le basta con el proceso meramente cognoscitivo; es decir, con dejar establecidas en los autos las pruebas del hecho que acreditan el proceso de subsunción en el tipo legal.

A esta clase de tipos los hemos denominado tipos normales, por creer que la función de la ley en la parte especial es ante todo hacer una mera descripción objetiva; en tanto que designamos como tipos anormales aquellos en que la impaciencia del legislador le ha hecho penetrar en el juicio valorativo de la antijuricidad, incluyendo en la descripción típica elementos normativos o excesivas alusiones a elementos subjetivos de lo injusto.

4.4.2.- Elementos Subjetivos.

En numerosos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto. Éste aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a está con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El legislador, los incluye a menudo en el tipo y son

los elementos típicos subjetivos de lo injusto, que han sido valorados de distinto modo.

Ahora nos parece absolutamente preciso distinguir entre los elementos de culpabilidad que hacen alusión al dolo, y los elementos subjetivos, de lo injusto propiamente dichos, que no son, como antes se decía, dolo específico, aunque aluden a veces a un propósito y a un fin.

Son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras "maliciosamente", "voluntariamente", "intención de matar", etc., con cuyos vocablos se alude al dolo para diferenciar los casos de homicidio, de lesión, o de aborto intencional, de aquellos otros de naturaleza culposa.

Son propiamente alusivas al fin o al móvil las expresiones siguientes: "para" alguno de estos fines, "para" derrocar al gobierno, "para" destruir la forma política republicana o "para" cambiar la constitución, "para" poner a los nacionales al servicio de otra nación, con un fin "injurioso", "para" impedir el despacho de algún asunto, "para" impedir o perturbar las reuniones de cuerpos políticos, electorales, que tengan "por objeto" impedir la captura del autor de un delito, asociarse "para" cometer delitos, etc.

Son propiamente elementos subjetivos de lo injusto, a los que se alude en estos términos: "por desprecio" o "por actos de menosprecio"; "por ofender", "por hostilidad", "por espíritu de venganza o lucro", o "con el fin o pretexto de religión"; "para satisfacer las pasiones de otro", "para apropiarse de un objeto mueble", con el objeto de cobrar la prima de un seguro; "para apoderarse de un inmueble"; "por venganza contra un funcionario público"; abusar en "provecho propio o de otro de las necesidades, pasiones o inexperiencias de un menor".

jurídicas" de la conducta, que "conserva su función descriptiva", puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en sentido de una especie de delito. De igual modo repudia Beling los elementos subjetivos, pues en su concepto, la intención impúdica o el animo de lucro no son más que frases que se refieren a la descripción. De manera totalmente análoga han de manejarse todas las demás palabras del texto de la ley que se acostumbran a presentar como caballo de batalla de los Tatbestände legales. Tal procedimiento, el seguido por él, sólo podría espantar a la jurisprudencia que rinde culto a la palabra, que ve en las palabras de la ley la última conclusión de la sabiduría.

Erik Wolf da a los elementos normativos una extensión muy grande y un concepto totalmente opuesto al de Beling. En el fondo dice "todos" los elementos del tipo tienen carácter normativo, puesto que son conceptos jurídicos, y, en consecuencia, conceptos valorativos teleológicamente elaborados.

Mezger estima, con bastante acierto, que los elementos subjetivos de lo injusto son elementos "subjetivos del tipo", en cuanto se refieren a un injusto típico legal, siendo a la vez elementos normativos descriptivos, mientras que los elementos normativos son presupuestos de lo injusto tipificado. Los primeros, que son "partes integrantes" del tipo penal, establecidas descriptivamente por el legislador como determinados procesos anímicos, han de comprobarse cognoscitivamente por el juez en cada caso, mientras que los segundos sólo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales.

4.4.5.- Elementos Subjetivos referentes al autor.

a) Delitos de expresión: como la denuncia falsa.

b) Delitos de tendencia o impulso: 1) Lucro o aprovechamiento, como acontece con los delitos contra la propiedad; 2) Profesión, como la

mendicidad; 3) Perjuicio o daño que concurre en los delitos maliciosos denominados "daños"; 4) Lascivos, como la violación y estupro.

c) Delitos de intención: 1) En ciertos casos, en el primer acto, como por ejemplo, conspirar contra la integridad del territorio de la patria, no necesita otro segundo consistente en que la potencia extranjera hostilice a la nación propia; 2) En otras hipótesis, si son necesarios varios actos: El que se alza públicamente contra el gobierno, ha de deponerle luego. Por eso los códigos suelen anticipar los delitos de rebelión, porque si se obtuviera el propósito último, serian ellos los gobernantes y no los delincuentes.

4.4.6.- Elementos Subjetivos que se dan fuera del autor.

Ofrecen el más característico ejemplo los denominados "delitos de impresión", que se dividen así: 1) De inteligencia: estafa; 2) De sentimiento: injuria; 3) De voluntad: coacción.

4.4.7.- La Tipicidad y la función del Juez Instructor.

La instrucción no se supone, en principio, juicios valorativos reservados a los jueces o tribunales de sentencia. Estimamos que el juez de instrucción debe limitarse, por un lado, a probar la existencia del tipo, como carácter descriptivo, y a recoger con escrupulosa imparcialidad todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho y sobre la participación personal, dolosa o culposa, del procesado, absteniéndose de valorar el primero, salvo en lo que toca a los elementos normativos y subjetivos de lo injusto incluso en ciertos tipos legales, no pudiendo entrar en la última, que requiere un juicio de culpabilidad.

Se deduce claramente en: a) que el instructor debe aquilatar primero la existencia del tipo, acreditar que en el hecho se dan todos los elementos

previstos por la definición legal, y reunir prueba de ello de índole bastante concluyente; y b) que el juez de instrucción ha de comprobar tan sólo que hay indicio racional de criminalidad contra determinada persona.

Se resumiría la función del instructor en: probar la existencia de la tipicidad, haciendo una subsunción rigurosa del hecho de la vida real, en el tipo de la ley, y establecer los indicios racionales de que una persona determinada ha participado en el acontecimiento y que por ello debe serle atribuido.

En los códigos de procedimiento criminal suelen establecerse los casos en que el instructor puede declarar terminada la averiguación, y así se acredita lo que venimos afirmando; es decir, que el instructor no valora, ya que en todas las situaciones en que debe abrirse juicio no es él quien condena o absuelve, sino el juez de la causa o de sentencia.

Ahora bien, esta función meramente cognoscitiva cambia, como hemos dicho, si existen elementos normativos en el tipo, en cuyo caso el juez precisa valorar; pero no varía cuando sólo se presentan elementos subjetivos de lo injusto, aunque entonces la tarea del instructor debe ser más honda.

CAPITULO V: EL CUERPO DEL DELITO Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

5.1.- TEXTO CONSTITUCIONAL.

En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas, y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejercito. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad y de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas, con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no éste decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derecho establecidos por esta constitución para el hombre y el ciudadano.

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, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale, como delito, sancionando cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten **los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.**

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniendolo sin demora alguna a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por

razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público pondrá bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se busquen, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantando, al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y de exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos. La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En

tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, alimento y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garanticen la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Los gobernadores de los estados, sujetandose a lo que establezcan las leyes locales respectivas podrán celebrar con la federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados, por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal. La federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la república para que

cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en éste artículo y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la república, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan para éste efecto. Los gobernadores de los estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, a partir de que el indiciado se ha puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten **los elementos del tipo penal** del delito que se impute al detenido y hagan **probable la responsabilidad** de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionado por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención al juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltrato que en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

1.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder éste beneficio. El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial. El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley a su cargo en razón del proceso.

2.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

3.- Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

4.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra.

5.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

6.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

7.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

8.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare 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.

9.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por su, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

10.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones 5, 7 y 9 también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan, lo previsto en las fracciones 1 y 2 no estará sujeto a condición alguna.

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes.

La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirían en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará está por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día. Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que está Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública.

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso del enriquecimiento ilícito.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

5.2.- CÓDIGO PENAL FEDERAL.

5.2.1.- Responsabilidad Penal.

Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía

el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

1.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

2.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

3.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley.

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

5.2.2.- Tentativa.

Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52 del Código Penal Federal, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos.

5.2.3.- Personas responsables de los delitos.

Son autores o partícipes del delito:

- 1.- Los que acuerden o preparen su realización.
- 2.- Los que lo realicen por sí.
- 3.- Los que lo realicen conjuntamente.
- 4.- Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro.
- 5.- Los que determinan dolosamente a otro a cometerlo.
- 6.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.
- 7.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.
- 8.- Los que con acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para los sujetos a que se refieren las fracciones 6, 7 y 8, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis del Código Penal Federal.

Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurren los requisitos siguientes:

1.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal.

2.- Que aquel no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados.

3.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito.

4.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

5.2.4.- Causas de Exclusión del Delito.

El delito se excluye cuando:

1.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

2.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate.

3.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a.- Que el bien jurídico sea disponible.

b.- Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo.

c.- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan

fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

4.- Se repela una agresión real, actual o inmediatamente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación, o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

5.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando a otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

6.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

7.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

8.- Se realice la acción a la omisión bajo un error invencible:

a.- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.

b.- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

9.- Atentas a las consecuencias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

10.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones 4, 5, 6 del artículo 15 del Código Penal Federal, se le impondrá la pena del delito culposo.

Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.

5.3.- TEXTO ACTUAL DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

5.3.1.- Comprobación de los Elementos del Tipo Penal y de la Probable Responsabilidad del Inculpado.

El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trata 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:

1.- 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.

2.- La forma de intervención de los sujetos activos.

3.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Así mismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

a.- Las calidades del sujeto activo y del pasivo.

b.- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.

c.- El objeto material.

d.- Los medios utilizados.

e.- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

f.- Los elementos normativos.

g.- Los elementos subjetivos específicos.

h.- Las demás circunstancias que la ley prevea.

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

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

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

En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente del delito, además de cualesquiera de otras diligencias que resulten procedentes, se practicará inspección haciendose constar las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y se recabará el

dictamen pericial en que se expresarán los síntomas que presente, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, se hará constar esta circunstancia, agregándose el dictamen pericial.

Si se tratare de homicidio además de otras diligencias que sean procedentes se practicará la inspección del cadáver, describiéndosele minuciosamente y se recabará el dictamen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron su muerte. Si hubiere sido sepultado, se procederá a exhumarlo. Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto el Ministerio Público, o el tribunal en su caso, estimen que no es necesaria.

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 declaren que la muerte fué resultado de las lesiones inferidas.

En los casos de aborto o infanticidio, además de las diligencias mencionadas en los preceptos anteriores, 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.

Tratándose del delito a que se refiere la fracción II del artículo 368 del Código Penal, cuando, sin previo contrato con una empresa de energía eléctrica, de gas, o de cualquier fluido se encuentre conectada a una instalación particular a las tuberías o líneas de la empresa respectiva, o a cualquier tubería o líneas particulares conectadas a las tuberías o líneas de dicha empresa, en la inspección que se practique, con asistencia de peritos en la materia, se harán constar estas circunstancias y se recabará el dictamen pericial que las describa y además precise la naturaleza del fluido de que se

trate y cuantifique, en lo posible, la cantidad de fluido que haya sido consumido mediante la conexión de que se trate.

Para la comprobación de elementos del tipo penal de los delitos relacionados con la industria petrolera nacional y con el servicio público de energía eléctrica, previstos en los artículos 185; 253 fracción I inciso i; 254 fracciones VII y VIII, 254, 368 fracciones II y III del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, se presumirá la propiedad federal, salvo prueba en contrario. Para el acreditamiento de la propiedad federal, no se exigirá la presentación de factura o escritura pública o la inscripción en el registro público.

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

Para la comprobación de **los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad** del inculcado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

Los requerimientos que formule el Procurador General de la República o el servidor público en quien se delegue está facultad, o la autoridad judicial en su caso, de información o documentos relativos al sistema financiero, se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, en sus respectivas

competencias. Los requerimientos de información o documentos de naturaleza fiscal, por conducto de la unidad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que determine el titular de dicha Secretaría.

La información y documentos así obtenidos sólo podrán ser utilizados en la investigación y para efectos del proceso penal, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad. Al servidor público que quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obran en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa y penal, según corresponda.

5.4.- TEXTO ACTUAL DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.

5.4.1.- Comprobación del Cuerpo del Delito según el actual Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz.

El funcionario de policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar, ante todo, que se compruebe el **cuerpo del delito** como base del procedimiento penal.

El **cuerpo del delito** se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo los casos en que no tenga señalada una comprobación especial.

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

En caso de lesiones internas, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito, con la inspección hecha por el funcionario o tribunal a quienes se refiere el precepto anterior, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen pericial en que se expresarán los síntomas que presente, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, bastará con el dictamen pericial.

Si se tratare de homicidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado con la inspección y descripción del cadáver, hecha en los términos de los dos preceptos anteriores y con el dictamen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron su muerte. Si hubiere sido sepultado se procederá a exhumarlo, para los efectos expresados. Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto el tribunal como los peritos estimen que no es necesaria.

Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, con vista de los datos que obren en el expediente, declaren que la muerte fué resultado de las lesiones inferidas.

En los casos de aborto, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado en los mismos términos que el de homicidio; pero, además, reconocerán los peritos a la madre, describirán las lesiones que presente y dictaminarán sobre la causa del aborto. Expresarán la edad de la víctima y todo aquello que pueda servir para fijar la naturaleza del delito.

En los casos de robo el cuerpo del delito podrá comprobarse, siempre que no haya sido posible hacerlo en los términos del artículo 164 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz, cuando además de haber quien le impute el robo, exista prueba de que el inculpado ha tenido en su poder alguna cosa que por sus circunstancias personales no sea verosímil que haya podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia.

Siempre que no fuere posible comprobar el cuerpo del delito del robo en la forma que se determina anteriormente, se procurará desde luego investigar:

I.- Si el inculpado ha podido adquirir legítimamente la cosa que se dice robada.

II.- La preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa robada.

III.- Si la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito y si es digna de fé y crédito.

Si de la comprobación de todas estas circunstancias así como de los antecedentes morales, sociales y pecuniarios, tanto de la víctima como del inculpado, resultan indicios suficientes, a juicio del tribunal, para tener por comprobada la existencia del robo, esto será bastante para considerar comprobado el cuerpo del delito.

El cuerpo de los delitos de peculado, abuso de confianza y fraude, si no hubiere sido posible comprobarlo en los términos del artículo 164 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz, podrá tenerse por comprobado en la forma que establece la fracción I del artículo 170 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz.

Para la comprobación del **cuerpo del delito**, los funcionarios de policía judicial y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no estén reprobados por ella.

CONCLUSIONES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

"MISCELÁNEA PENAL II"

El presente trabajo tiene como objetivo presentar mayor información sobre el contenido de la minuta proveniente del Senado de la República, conocida con el nombre de "Miscelánea Penal", que aprobó esta Cámara de Diputados el 29 de abril pasado, y versa sobre reformas y adiciones a diversas disposiciones de cuatro ordenamientos jurídicos como son: Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados; Ley de la Propiedad Industrial y Código Federal de Procedimientos Penales.

La actividad legislativa referida tuvo como origen la iniciativa presidencial que forma parte de una secuencia de reformas que han orientado la política legislativa en materia de seguridad pública y derecho penal en los últimos años, y que tratan de proporcionar a la ciudadanía seguridad pública y justicia; fundamentalmente tratándose de la materia penal, dado el incremento de la delincuencia individual y organizada que con su actuar provocan la inseguridad y como consecuencia la indignación de la sociedad.

Son necesarias las reformas, pues vienen a fortalecer los mecanismos de aplicación y ejecución de las penas, como también crear nuevas figuras delictivas para combatir a las conductas que provocan daños que aparecen sin regulación y cuya impunidad es necesario abatir.

La H. Cámara de Diputados participa de la preocupación del Poder Ejecutivo para hacer posible una mejor vida entre los mexicanos, por ello, a través de la actividad legislativa que se comenta cumple con su función de revisar las leyes que antañen a la problemática en que se vive.

Por otra parte, es de hacerse mención que conjuntamente con las reformas a los ordenamientos penales que se conocen como Miscelánea Penal II, también fue aprobada en el segundo periodo de sesiones del segundo año de ejercicio de la LVII Legislatura, (29 de abril de 1999), la minuta proveniente del Senado que fue motivada por la iniciativa presidencial presentada el 6 de marzo de 1999, que viene a reformar diversas disposiciones en materia penal.

Sobre el particular se indica, que tales reformas tuvieron como causa la actualización de los diferentes ordenamientos de carácter penal, en virtud de que en los meses de octubre y noviembre de 1988, el Congreso de la Unión consideró pertinente reformar los artículos 16 y 19 de nuestra Ley Suprema, para suprimir el concepto de **"elementos del tipo penal"** para sustituirlo por el de **"cuerpo del delito"**, concepto éste último de amplio arraigo en nuestra tradición jurídica; con el propósito de dar mayor agilidad a la integración de la averiguación previa, por parte del Ministerio Público, y este ejercerá la acción penal ante la autoridad judicial en forma rápida para procesar a los autores del delito.

De esta guisa y hecha la revisión a la legislación secundaria, se llegó a la conclusión que era necesaria la reforma de diferentes ordenamientos legales, para incorporar el concepto, como efectivamente se hizo en los siguientes: Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, Código de Justicia Militar, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley de Extradición Internacional, Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito

Federal, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Como consecuencia, se estableció en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales que se entiende por “cuerpo del delito”, señalándose como tal, “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”.

Según se advierte de lo expuesto, la reforma es bastante amplia y tiene como objetivo abatir la impunidad de la delincuencia individual y organizada que afecta en forma alarmante a la sociedad.

DE LA COMISIÓN DE JUSTICIA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN DIVERSAS DISPOSICIONES EN MATERIA PENAL

HONORABLE ASAMBLEÁ:

A la Comisión de Justicia de la LVII Legislatura de la Cámara de Diputados fue turnada para su estudio y dictamen la minuta con proyecto de decreto aprobada por la H. Cámara de Senadores por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal.

Con fundamento en los artículos 71 fracción II y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las prevenciones de los artículos 42 y 43 fracción II, 48, 56 y demás aplicables a la Ley Orgánica del Congreso General y en las que se deriven acaso como son las contenidas en los artículos 55, 56, 60, 87, 88 y 93 del Reglamento para el Gobierno Interior del mismo Congreso General, esta Comisión se abocó al estudio y análisis de la minuta enviada por la Colegisladora, labor que nos permite dar cuenta en el presente proyecto, de acuerdo a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 23 de marzo de 1999, la Dirección General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación por acuerdo del C. Secretario de

dicha dependencia y por instrucciones del Ejecutivo Federal, presentó a la consideración del pleno de la H. Cámara de Senadores una iniciativa de decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal.

SEGUNDO.- En sesión celebrada el día 23 de marzo de 1999, los ciudadanos Secretarios de la Cámara de Senadores dieron cuenta al pleno de la propuesta que se describe en el proemio del presente dictamen, acordando turnarla a las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, "Primera".

TERCERO.- En sesión del pleno de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativo, "Primera", celebrada el 6 de abril de 1999, se recibió en comisiones está propuesta y se acordó integrar una Subcomisión encargada de analizar las propuestas recibidas y formular un dictamen para que fuera aprobado por estas Comisiones Unidas y se presentará a la consideración del pleno del Senado de la República.

CUARTO.- Las Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos, primera, a través de la Subcomisión se dio al cumplimiento de la tarea que motivó una serie de modificaciones al texto de la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal, razonando y considerando los argumentos que sostienen cada uno de los cambios introducidos.

QUINTO.- Con fecha 20 de abril de 1999, la Colegisladora remitió para su estudio y dictamen a esta Cámara de Diputados el expediente que contiene minuta proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal.

SEXTO.- Con fecha 22 de abril de 1999, la presidencia de esta H. Cámara de Diputados turnó a la Comisión de Justicia, para efectos de su estudio y dictamen la iniciativa de decreto por el que se reforman diversas disposiciones en Materia Penal, presentada por el Ejecutivo Federal, así como los cambios introducidos en el texto de la misma.

SÉPTIMO.- En virtud del trámite considerado en el proemio del presente proyecto, los miembros de esta Comisión de Justicia integramos la Subcomisión correspondiente para el análisis, discusión y en su caso aprobación del dictamen por la Colegisladora.

OCTAVO.- Derivado del estudio y análisis de la iniciativa que hoy dictaminamos, los miembros de esta Comisión de Justicia consideramos que era necesario llevar acabo diversas reuniones de intercambio de opiniones con los integrantes de los diversos grupos parlamentarios de esta H. Cámara, que nos permitiera una profunda y serena reflexión en cuanto al alcance y seguridad de la presente iniciativa.

NOVENO.- Una vez analizadas las diversas propuestas, del examen cuidadoso de la iniciativa presentada entre otros antecedentes estudiados para la elaboración del presente dictamen los integrantes de esta Comisión de Justicia queremos dejar constancia de los razonamientos que nos llevan a sustentar la propuesta que ponemos a su consideración, para lo cual realizamos un recuento del:

CONTENIDO DE LA INICIATIVA

El pasado 10 de diciembre de 1997 el Presidente de la República presentó ante el Senado de la República una iniciativa de reformas a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual fue aprobada por dicho cuerpo colegiado el 1o. de octubre de 1998.

Dicha reforma constitucional buscaba dar las condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia en beneficio de la sociedad y así sentar las bases de un nuevo y eficaz sistema de justicia que contribuya definitivamente a consolidar el estado de derecho.

Consecuentemente, el Senado de la República consideró pertinente reformar los artículos 16 y 19 de nuestra Ley Suprema, a fin de suprimir el

concepto que se venía manejando desde 1993 de **“elementos del tipo penal”** y así introducir, en sustitución de éste, **“cuerpo del delito”**, concepto con amplio arraigo en nuestra tradición jurídica.

Por lo que respecta a la Cámara de Diputados, en su carácter de Cámara Revisora, también estimo indispensable la reforma constitucional propuesta por el Ejecutivo Federal, aprobándola el pasado 10 de noviembre de 1998.

De acuerdo al artículo 135 constitucional, las legislaturas locales aprobaron las reformas constitucionales de manera que el primer mandatario del país promulgó la reforma constitucional el 4 de marzo de 1999, para ser publicada el 8 de marzo del presente año en el Diario Oficial de la Federación.

La iniciativa presidencial señala que, al ser aprobada por el Poder Revisor de la Constitución esta reforma, se requiere adecuar la legislación penal secundaria, con el objetivo de armonizarla con el texto constitucional reformado y así hacer pleno uso de los instrumentos jurídicos necesarios para el combate con eficacia de la delincuencia, satisfaciendo de este modo el justo reclamo de la sociedad.

En la iniciativa se indica que como resultado de lo anterior, se revisó la legislación penal secundaria para identificar los ordenamientos legales que hacían mención del concepto de **“elementos del tipo penal”** del delito, a efecto de localizar los preceptos que deben ser reformados, con el fin de homologarlos al concepto de **“cuerpo del delito”**.

Producto de la revisión hecha a la legislación secundaria, se identificaron distintos ordenamientos legales que requieren ser reformados para adecuarlos a la reforma constitucional: el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el Código de Justicia Militar, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley de Extradición Internacional, la Ley

Reglamentaria del artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

En la presente iniciativa se menciona que es necesario adecuar el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal en los artículos 15 y 60, al Código de Justicia Militar en los artículos 78, 83, 453, 454 y 515, la Ley de Extradición Internacional en el artículo 16, el artículo 6 de la Ley Reglamentaria del artículo 119 de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Federal de Procedimientos Penales en los artículos 2, 38, 134, 135, 157, 161, 177, 180, y 422 y la denominación del Capítulo Quinto, con el propósito de adecuar los preceptos antes mencionados al concepto de **“cuerpo del delito”**.

Merece especial mención que la iniciativa presentada por el Presidente de la República propone incluir en el Código Federal de Procedimientos Penales como definición de **“cuerpo del delito”** el mismo concepto que se ha sustentado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Asimismo la iniciativa propone incorporar en la definición de **“cuerpo del delito”** a los elementos normativos, cuando así lo requiera la conducta típica, con el objeto de brindar mayor seguridad jurídica al indiciado y otorgar mayores elementos a la autoridad judicial para la clasificación del delito por el cual se seguirá el proceso.

Para el Ministerio Público puede presentar todos los datos necesarios para que la autoridad judicial éste posibilitada en el hacer la clasificación correcta del delito por el que se dicte el auto de formal prisión o de sujeción a proceso se destaca la reforma del Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos 134 y 135, de modo que en el ejercicio de la acción penal se señale la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos

específicos cuando la descripción típica así lo haga necesario y las demás circunstancias que la ley prevea.

Al eliminarse el término "acusación" del artículo 16 constitucional se proponen las reformas de los artículos 356 y 357 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; asimismo de los artículos 2 y 154 del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en su artículo 8.

Con motivo de la reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional se hace la propuesta por parte del Ejecutivo Federal de adicionar los artículos 399 bis al Código Federal de Procedimientos Penales y el 801 bis al Código de Justicia Militar, a fin de establecer criterios objetivos para determinar la improcedencia del otorgamiento de la libertad provisional bajo caución y se sugiere indicar enunciativamente cuales son los casos en que será negada la libertad caucional.

Sobresale la propuesta de reformar la denominación actual del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal por la de Código Penal de la Federación, para precisar su ámbito de validez, que hoy es sólo federal.

Para hacer la precisión de los delitos federales contenidos en el Código Penal, la iniciativa presidencial sugiere reformar el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Por último, con el fin de establecer que en las islas de jurisdicción federal será aplicable la legislación federal, también señala en la iniciativa la reforma al artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

CONSIDERACIONES

En la presente iniciativa se señala que las instituciones de procuración e impartición de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente al fenómeno de la delincuencia, el cual ha venido aumentando con índices alarmantes. También se advirtió que, entre otros factores, el incremento de los delitos se debe a la falta de condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia en beneficio de la sociedad.

Por lo anterior, la iniciativa en cuestión tiene como propósito reducir los requisitos para librar ordenes de aprehensión, así como para la expedición de autos de formal prisión a fin de restablecer el equilibrio entre la acción persecutoria de los delitos y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales.

En efecto, el concepto de **"elementos del tipo penal"**, con el paso del tiempo, a dificultado en exceso la actividad del Ministerio Público, pues su actuar dentro del desarrollo de la averiguación previa se transformó en un verdadero juicio sumario, en virtud de la obligación de tener que demostrar todos y cada uno uno de los **"elementos del tipo penal"** para poder ejercitar acción penal, lo que ha traído entre los derechos de los ciudadanos como consecuencia un desequilibrio inadecuado entre los derechos de los ciudadanos y las facultades de la autoridad para perseguir y castigar los delitos.

En consecuencia, el Senado de la República consideró adecuado reformar los artículos 16 y 19 constitucionales, a fin de suprimir el concepto de **"elementos del tipo penal"** e introducir, en sustitución de éste, el concepto de **"cuerpo del delito"** previsto por la Constitución antes de la reforma de 1993.

Como es sabido el concepto de **"cuerpo del delito"** cuenta con un amplio arraigo jurídico y ha sido valorado en diversas ocasiones y, finalmente,

definido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como “el conjunto de elementos objetivos o externos que configuran la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”.

En congruencia con los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión, el dictamen señala que el auto de formal prisión deberá expresar el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los cuales deberán ser bastantes para comprobar el “**cuerpo del delito**” y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Como consecuencia de la reforma aprobada por el Constituyente Permanente, resulta indispensable adecuar diversos ordenamientos de la legislación penal secundaria, a fin de armonizarlos con el texto constitucional reformado y, de esta forma, hacer pleno uso de los instrumentos jurídicos necesarios para combatir con eficacia a la delincuencia, a fin de satisfacer el justo reclamo de la sociedad.

Como quedó asentado en el texto de los artículos 16 y 19 constitucionales reformados, se redujeron los requisitos para librar una orden de aprehensión y expedir un auto de formal prisión, mediante la sustitución del concepto “**elementos del tipo penal**”, por el de “**cuerpo del delito**”.

El concepto de **cuerpo del delito** recientemente incorporado en nuestra Constitución debe reflejarse en la legislación secundaria, a fin de dar total congruencia jurídica a nuestros ordenamientos penales, así como evitar interpretaciones que pudieran llevar a aplicaciones inexactas o deficientes, tanto de la propia Constitución como de la Ley.

Por lo anterior, se propone una revisión a la legislación penal secundaria para identificar los ordenamientos en los que se establece el concepto de “**elementos del tipo penal**” del delito, a efecto de localizar las disposiciones que deban ser reformadas, con el propósito de homologarlos al concepto de “**cuerpo del delito**”.

procedimiento habrán de desahogarse ante el juez y no ante el Ministerio Público, como sucede actualmente.

La iniciativa propone incluir en la definición de "**cuerpo del delito**" a los elementos normativos, cuando la conducta típica lo requiera, a fin de dar mayor seguridad jurídica al indiciado, así como otorgar mayores elementos a la autoridad judicial para fijar el delito por el cual habrá de seguirse el proceso.

Como es consecuencia y tomando especial atención en que los vicios, defectos, y sobre todo la ineficacia de la enseñanza jurídica para formar verdaderos profesionales del derecho, son graves, alarmantes y no pueden ser solucionados en forma parcial. La deficiencia jurídica, no es sino una parte de los múltiples desajustes y desaciertos de nuestra sociedad contemporánea.

Por ello, no se puede remediar todo este conjunto de males, sin tener en cuenta sus más remotas y primeras causas, que son de por sí, sumamente complejas. Lo más importante es cobrar conciencia de todas esas deficiencias y fallas para que, en la medida de nuestras posibilidades, tratemos de evitarlas, o cuando menos, de disminuirlas, proponiendo un sistema de enseñanza del derecho, más acorde con la satisfacción y consonancia de nuestras necesidades actuales.

Uno de los aspectos más perjudiciales para el aprendizaje del derecho por un lado es el verbalismo, mediante el cual, el licenciado en derecho es un mero receptor, ya que no se llega a formar con una conciencia crítica. Por otro lado, se debe señalar el tema de que la enseñanza de las disciplinas procesales no se aleje de las realidades jurídicas mismas.

En la legislación mexicana el concepto sobre el **cuerpo del delito**, ha sido un problema muy discutido en el campo doctrinal y aún lo sigue siendo para algunos autores empeñados en ideas exóticas en relación con el delito, con el fin de emitir un concepto que nos permita entender su connotación y tomar de estas las bases y elementos necesarios para precisar su alcance en

el derecho mexicano; algunos países como Alemania, antes de que Ernst Beling teorizará sobre el tipo penal, aludir al **cuerpo del delito**, se incurría en graves confusiones, identificando a este con el objeto, el instrumento y el resultado del hecho ilícito. Por ejemplo se afirmaba que el **cuerpo del delito** es la cartera sustraída por el ladrón, es el arma empleada para privar de la vida a una persona, es el cuerpo muerto. De estos supuestos habría que concluir que el **cuerpo del delito** sería la mano tentona.

A excesos como este, llegarían quienes no considerasen que el **cuerpo del delito**, es un concepto técnico que responde a la esencia y fines de la disciplina jurídica en estudio.

A principios de este siglo, Ernst Beling estudio el tema y concluyó que el tipo penal, esta constituido por la suma de todos los caracteres del delito, internos y externos, integrantes de su esencia; en otros términos los elementos materiales del hecho delictuoso y la realización del resultado, sin que se incluyan las notas concernientes a la culpabilidad. Beling rectificó su punto de vista considerando separar el tipo penal de la especie delictiva, porque através del primero se logra destacar lo segundo; las especies delictivas estan integradas por elementos objetivos y subjetivos, orientados hacia una figura rectora, en torno a la cual se agrupan todos los elementos de la especie; de tal manera que, la figura rectora, objetiva y descriptiva, rige para cada especie delictiva y esta agrupa el tipo de lo injusto y de la culpabilidad.

En consecuencia, la posición de Ernst Beling, al considerar como **elementos del tipo**, solamente a los descriptivos, desconoció la existencia de otros conceptos jurídicos, que no tienen, propiamente esa función, sino más bien normativa, porque para determinarse requieren de una valoración; contrario a este autor lo señala Edmundo Mezger al sostener que el tipo, es el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal.

De lo expuesto hasta el momento, y de acuerdo con la tesis de Mezger, **cuerpo del delito**, es el conjunto de elementos típicos del injusto: objetivos, subjetivos y normativos.

Con la adopción de todo lo anterior, los redactores del Código de Procedimientos Penales identificaban el **delito**, con el **cuerpo del delito**, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifestaron por **cuerpo del delito**, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo; en la reforma del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se rectificó el ancestral error en torno a que el **cuerpo del delito** que no tuviera señalada prueba especial se justificaba con la comprobación de los elementos materiales.

En el texto actual del precepto mencionado, se dice a la letra: "El **cuerpo del delito** se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo, según lo determina la ley penal".

Por lo anterior vayamos a la propuesta concreta y digamos que es loable la rectificación que llevó a cabo el legislador, porque facilita el mejor entendimiento del concepto "**cuerpo del delito**", empero lo sería más, si se eliminarán esas reglas especiales para la integración del **cuerpo del delito**, por ser inútiles de acuerdo con el contenido expresado en el precepto citado. Según se advierte de lo expuesto, propongo la adhesión a la reforma por ser bastante amplia y tener como objetivo abatir la impunidad de la delincuencia individual y organizada, que afecta en forma alarmante a la sociedad, por lo que en la iniciativa se revisó la legislación penal para identificar los ordenamientos legales que hacían mención del concepto de elementos del tipo penal del delito a efecto de reformarlos, con el fin de homologarlos al concepto del **cuerpo del delito**.

Incursionando con gran detenimiento en las partes generales y especiales del derecho penal, fije mi atención en la esencia del delito y sus elementos integrantes y desde entonces se puede afirmar que es una conducta típica, antijurídica y culpable; la punibilidad es una consecuencia y por lo tanto no forma parte de él. En cuanto a los tipos penales, estos contienen, elementos diversos y son los que conforman el núcleo del mismo tipo; por ende, partiendo de esto último su constitución no es uniforme sino variable.

Por último se dice que, el **cuerpo del delito** se integra con el conjunto de elementos que corresponden a cada tipo penal, que en la mayoría de los casos corresponde a lo que generalmente se conoce como tipo, y en casos menos generales a los que corresponde como figura delictiva, o sea el total delito: robo, abuso de confianza, fraude, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, México, 1993.
- 2.- Evolución Legislativa Penal en México, Porte Petit Candaudap. Editorial Jurídica Mexicana. Mexico, 1965.
- 3.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina. Tomo V. Buenos Aires, Argentina.
- 4.- Gómez Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Editorial Grijalbo, 1979.
- 5.- Jiménez de Asua Luis. Principios de Derecho Penal "La ley y el Delito". Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- 6.- Jiménez de Asua Luis. Tratado de Derecho Penal. Editorial Sudamericana. República Argentina, 1992.
- 7.- Jiménez Huerta Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa. México, 1955.
- 8.- Manzini Vinceenzo. Tratado de Derecho Penal. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 1966.
- 9.- Moreno Antonio de P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Editorial Alianza, 1990.
- 10.- Moto Salazar Efrain. Elementos de Derecho. Editorial Porrúa. México, 1988.
- 11.- Novoa Monreal. Curso de Derecho Penal Chileno I. Editorial Juridica de Chile. Chile, 1960.
- 12.- Oneca Antón. Derecho Penal, parte general. Editorial Depama. Madrid, 1949.
- 13.- Paine T. Derechos del Hombre. Alianza Editorial, 1984.

- 14.- Quintana Ripolles Antonio. Tratado de la parte especial del Derecho Penal. Editorial Nueva Imagen, 1979.
- 15.- Recasens Siche Luis. Vida Humana, Sociedad y Derecho. Fondo de Cultura Económica, 1945.
- 16.- Rodriguez Mourullo. Derecho Penal. Editorial Civitas. Buenos Aires, 1979.

LEGISGRAFÍA

- 1.- Código Penal Veracruzano de 1835. Editorial Cajica.
- 2.- Código Penal Veracruzano de 1896. Editorial Cajica.
- 3.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz 1980. Editorial Cajica.
- 4.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz de 1998. Editorial Cajica.
- 5.- Código Penal Federal. Editorial Porrúa. México 1998.
- 6.- Código Federal de Procedimientos Penales. Ediciones Delma. México 1998.
- 7.- Código Penal Mexicano del Porvenir. Porte Petit Candaudap. Jalapa, Ver.