

00761
9 I



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO

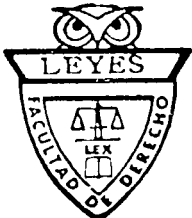
"DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL AL
CUERPO DEL DELITO Y SUS
CONSECUENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO
PENAL".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A :

EL LICENCIADO IVAN DEL LLANO GRANADOS



DIRECTORA: DE TESIS: DRA, ANA ELOISA HEREDIA GARCIA

MEXICO, D. F.

2003.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A la Doctora Ana Eloisa Heredia García.

*Por todo su valioso apoyo, impulso y enseñanzas,
que me dieron la oportunidad de desarrollarme profesionalmente.*

*A los maestros del Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM
Por su conocimiento y experiencia que bondadosamente
compartieron conmigo.*

*Especialmente al Dr. Ricardo Franco Guzmán, Dra. Olga Islas de González Mariscal,
Dra. Emma C. Mendoza Bremauntz, Dr. Sergio García Ramírez, Dr. Raúl Plascencia
Villanueva y el Dr. Francisco Xavier García Jiménez.
Quienes con sus sabios consejos, paciencia, y sugerencias
me impulsaron para concluir el presente trabajo.*

A la Universidad Nacional Autónoma de México.

*Mi alma mater, que me abrió sus puertas y determinó
todo mi desarrollo profesional.*

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

NOMBRE: Llano del Llano
Granados

FECHA: 10 Febrero 2003

FIRMA: [Firma manuscrita]

*Al Licenciado Víctor R. Varela Almanza.
Quien me ha dirigido e impulsado
en todo este camino para llegar a cumplir mis metas.
Y con su ejemplo me ha enseñado a seguir
luchando y confiar en el trabajo y el esfuerzo*

*A Dios, por su infinita bondad de permitirme
realizar una de mis más anheladas metas.*

A Leticia Cravioto Ruelas.

*Quien es la compañera de toda mi vida,
y con quien he encontrado aquí y ahora la felicidad.*

A mis padres:

*Por todo el amor, el apoyo, la confianza y las enseñanzas
que han permitido que llegue hasta este momento.*

A mis hermanos Vania, Luis, Alejandro y Ulises.

*Por su compañía, amor y cariño que me han
fortalecido para seguir adelante.*

Derecho

LEÓN TOLSTÓI
PARIS

**La ley es como la veleta de un viejo campanario,
que varía según sopla el viento.**

León Tolstói (1828-1910); escritor ruso.¹

¹ *Espasa Calpe, 1997*

ABREVIATURAS, LATINISMOS Y SIGLAS.

ABREVIATURAS

<i>Cf.</i>	Confróntese
ed.	Edición.
Ed.	Editorial
<i>Ibidem.</i>	Lo mismo.
<i>Idem.</i>	Lo mismo.
Número	Num.
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada
p.	Página.
pp.	Páginas.
trad.	Traductor.
<i>Vid.</i>	Véase.
Vol.	Volumen

LATINISMOS.

<i>Corpus criminis</i>	Persona o cosa objeto del delito.
<i>Corpus delicti</i>	Cuerpo del delito
<i>Corpus instrumentorum</i>	Instrumento con que se cometió el delito.
<i>Corpus probationem lus puniendi</i>	Las huellas dejadas por el delito. Derecho a castigar.
<i>Mendax in uno mendax in toto.</i>	quien miente en parte, miente en todo
<i>Nulla poena sine crimene</i>	No hay pena sin crimen.
<i>Nulla poena sine lege praevia</i>	No hay pena sin ley previa.
<i>Nulla poena sine lege scripta</i>	No hay pena sin ley escrita.
<i>Nulla poena sine lege stricta</i>	No hay pena sin ley exacta.
<i>Nullum crimen sine poena legali</i>	No hay crimen sin pena legal.
<i>Nullum crimen sine praevia lege poenali</i>	Nadie puede ser penado sino por hechos, previamente determinados por la ley como delitos.
<i>Nullum crimen, nulla poena sine lege,</i>	No hay crimen, no hay pena sin ley.
<i>Nullum crimen, sine lege certa</i>	No hay crimen sin ley cierta.
<i>Vis absoluta</i>	Fuerza absoluta.
<i>Última ratio</i>	Última razón.
<i>Vis mayor</i>	Fuerza mayor.

SIGLAS.

CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
CPPDF	Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
INACIPE	Instituto Nacional de Ciencias Penales

INTRODUCCIÓN.

Escribir un estudio sobre el análisis del cuerpo del delito y el tipo penal, ahora que la violencia y el desprecio por la ley parece ser el clima que acompaña la vida cotidiana, se antoja ocioso y fuera de época.

A pesar de ello lo he intentado, porque considero que a través de la lucha constante por aplicar el derecho y exigir la tan anhelada justicia que se niega a entregarnos sus virtudes, algún día podrá ser alcanzada.

El principio de legalidad en materia penal, como requisito de existencia de todo acto de autoridad es la garantía que con más frecuencia se desconoce y se daña en los tribunales de justicia de nuestro país, toda vez que ejerciendo la "ley del menor esfuerzo", los juzgadores prefieren decidir de manera dogmática sus resoluciones, - llámesele orden de aprehensión, auto de formal prisión ó la propia sentencia - provocando el abuso del poder y el error judicial, puesto que no se le dan a conocer al gobernado los argumentos y fundamentos que llevaron a concluir la "molestia" o "privación" de sus derechos, teniendo como consecuencia una violación a la garantía de audiencia y una tremenda inseguridad jurídica.

Tipo y tipicidad, cuerpo del delito, fundamentación y motivación, son los admirables instrumentos de precisión forjados por una larga y brillante estela de juristas a quienes han preocupado profundizar en la naturaleza y alcance de las limitaciones constitucionales puestas al Estado para que pueda afirmar que alguien es, por culpable, merecedor de pena.

El tema del cuerpo del delito ha sido fundamental en nuestro procedimiento penal y durante mucho tiempo sirvió de fundamento a la evolución científica, y que había sido erradicada de nuestro sistema penal y hoy ha vuelto de nueva cuenta.

El concepto de cuerpo del delito, como trataré de acreditarlo, es idéntico al concepto anterior, "los elementos del tipo".

El concepto de cuerpo del delito ha tenido la finalidad en el procedimiento penal de otorgar una mayor seguridad jurídica, toda vez que ha sido fundamento para el desarrollo del procedimiento penal.

Con la finalidad de obtener los datos generales del cuerpo del delito, y de esta manera comprender la utilidad que tuvo la figura de los elementos del tipo, se ha elaborado la presente investigación utilizando el método deductivo, metodología que nos permite conocer con mayor amplitud los factores que les dieron génesis; su desarrollo histórico, sus aspectos teóricos, su actual conceptualización, algunos casos prácticos y la posible solución a la problemática que en nuestros días presentan.

El objetivo del presente trabajo fue determinar cuáles son los efectos de los elementos del tipo penal y el cuerpo del delito en nuestro país, para llegar a ese fin se plantearon las siguientes hipótesis:

"Si en la reforma de 18 de marzo de 1999 se modificaron los artículos 16 y 19 Constitucional reemplazando el concepto de elementos del tipo por cuerpo del delito, entonces debe entenderse éste último igual al tipo penal, es decir el cuerpo del delito está compuesto de elementos objetivos, normativos y subjetivos".

"La reinsertación del término "cuerpo del delito" a nuestra legislación, tanto en la constitución como en el código procesal penal federal, dio lugar a que se regresó al llamado "causalismo" y, por tanto, que la teoría final de acción ha dejado de regir en nuestro país. En la presente investigación demostraré que la teoría de la acción finalista sigue vigente en el derecho positivo mexicano."

El método que se utilizó para demostrar la hipótesis planteada es el documental e histórico.

Los conceptos a explicar son los siguientes: acto de autoridad, competencia, fundamentación, motivación, tipo, tipicidad, juicio de tipicidad, cuerpo del delito, probable responsabilidad y principio de legalidad.

En el capítulo primero se realiza el estudio de los sistemas penales que han estudiado las conductas con la finalidad de verificar si constituyen delitos y en su caso cuáles son sus elementos constitutivos, revisando desde el sistema causalista, finalista, funcionalista y la aportación de México a la teoría del delito, el modelo lógico.

En el segundo capítulo del presente trabajo se analiza el cuerpo del delito en la doctrina extranjera, en la doctrina mexicana, en la constitución, los antecedentes constitucionales, el cuerpo del delito y la voluntad, el delito en el artículo 19 constitucional, la ejecución, las circunstancias del cuerpo del delito, el tipo penal, el cuerpo del delito en la legislación procesal y por último en la jurisprudencia.

En el tercer capítulo se estudia el tipo penal, sus elementos, su fundamento constitucional, sus elementos de existencia, y los límites que impone la constitución a los actos de autoridad, tales como la prohibición de la retroactividad, la exigencia de la exactitud en materia penal, la prohibición de la analogía o la mayoría de razón con relación al derecho penal.

En el capítulo cuarto se revisan las reformas que ha sufrido la constitución política de los estados unidos mexicanos en sus artículos 16 y 19, hasta llegar a la última reforma de 18 de mayo de 1999.

En consecuencia, procedo al desarrollo de la tesis sustentada conforme a los señalamientos a que he hecho alusión.

CAPÍTULO I.

LOS SISTEMAS PENALES.

Desde la perspectiva doctrinal, los sistemas penales son estructuras lógicas sustentadas en presupuestos filosófico - dogmáticos que sirven para analizar conductas que lesionan bienes jurídicos fundamentales con el fin de determinar si son o no constitutivas de delito. Por ello se deben distinguir dos aspectos fundamentales de los sistemas: uno es el sistema como estructura de análisis y el otro es el sustento filosófico-teórico en el que sustenta su desarrollo.²

Como estructura de análisis, desde finales del siglo XIX se convino en una estructura de tres categorías o escalones: conducta típica, antijurídica y culpable. Dicha estructura tripartita ha permanecido hasta nuestros días y la evolución de los sistemas (clásico, neoclásico, final de acción y funcional) se ha reflejado en la modificación del contenido de cada categoría. Por ejemplo, el tipo del sistema clásico se conformaba exclusivamente con el tipo objetivo, mientras que en el sistema final de acción el tipo requiere del tipo objetivo y del tipo subjetivo (dolo o culpa) y en el sistema funcional el tipo requiere del tipo objetivo delimitado con los criterios de imputación al tipo subjetivo.

De mayor importancia es el cambio de los fundamentos político criminales, filosóficos y dogmáticos en cada sistema.³ Así, por ejemplo, para los sistemas clásico y neoclásico un resultado sólo era atribuible a una conducta cuando se podía demostrar científicamente el nexo causal; empero, con la nueva teoría de la imputación al tipo objetivo del sistema funcionalista se puede atribuir un resultado a una conducta sin demostrar plenamente la causalidad⁴ o, por el contrario, se puede excluir la imputación de un resultado causado por una conducta cuando la acción se ha realizado conforme a lo

² DÍAZ ARANDA, Enrique, "Cuerpo del Delito ¿Causalismo o Finalismo?", en *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, p. 13.

³ Sobre este problema, *cfr.* ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Ifernán, Hornazabal Malarée, Barcelona, PPU, 1992, pp. 35-63.

⁴ *Cfr.* FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995, pp. 23-34.

preceptuado por la norma y entra dentro del riesgo permitido.⁵

Esta situación se debe - como nos comenta nuestro maestro Franco Guzmán - a que:

(...) los juristas que siguen el sistema de origen latino, en la actualidad, por la creación del sistema finalista de la acción de Welzel, se han dividido en tradicionalistas (causalistas) y finalistas. La producción de unos y otros es considerable. Al respecto debemos recordar las palabras del insigne profesor español Enrique Gimbernat Ordeig, quien, analizando las consecuencias expositivas y didácticas de los dos sistemas imperantes, asevera que "quien estudia la parte general por el método finalista llega antes - en la tipicidad - al dolo que por el otro sistema. Pero ello no tiene, en sí, mayor trascendencia: lo que le importa al que quiere estudiar derecho penal es que el dolo (con sus distintas clases) se lo expliquen alguna vez; y esto - antes o después - los dos sistemas lo hacen. Y por lo que al aspecto didáctico se refiere, creo que tanto con uno como con otro modelo estructural se puede enseñar derecho penal: lo supo enseñar muy bien Mezger (tradicional); y lo saben enseñar ahora, también muy bien, Maurach y Jescheck (finalistas).⁶

En virtud de lo anterior veamos a continuación el fundamento del llamado causalismo y el finalismo.

1.1. ANTECEDENTES.

La teoría finalista de la acción fue enunciada en Alemania por el profesor de la Universidad de Bonn, Hans Welzel, en artículos aparecidos en la década del treinta y desarrollada por el mismo en ulteriores trabajos parciales y de conjunto. La difusión de la misma provocó una división en la dogmática alemana que perdura hasta ahora, entre causalistas y finalistas y que se ha reflejado en el desarrollo doctrinario de otros países: en Europa, particularmente en Italia y España. En América ha tenido destino distinto: en los Estados Unidos, Mueller adopta el concepto, pero, curiosamente, sostiene una teoría psicológica de la culpabilidad, lo que resulta contradictorio, criterio parecido al sostenido por Celestino Porte Petit Candaudap en México y por Etcheberry en Chile, en tanto que

⁵ Cfr- ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 3, esp. pp. 52-53.

⁶ "El sistema del derecho penal en la actualidad", separata del *Anuario de Ciencia Jurídica*, Madrid, 1971-1972. Citado por FRANCO GUZMÁN, Ricardo, "Tendencias actuales del Derecho Penal" en *Tendencias actuales del derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica., México, 1994, pp. 96-97.

Juan Bustos Ramírez – también en Chile – ha desarrollado con sentido finalista una interesantísima monografía sobre la culpa y Cury Urzúa un esquema de teoría del delito. En México, el modelo lógico-matemático del derecho penal fue elaborado sobre base finalista. En la Argentina similar criterio es sostenido por Enrique Bacigaluppo y por E. Raúl Zaffaroni.⁷

1.2. EL SISTEMA CLÁSICO Y NEOCLÁSICO (CAUSALISMO).

El sistema clásico (Franz von Liszt y Ernest Beling)⁸ se sustentó en el naturalismo positivista predominante en el siglo XIX, el cual quería someter a las ciencias del espíritu al ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema del derecho penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios sólo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquicos internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del derecho penal entre elementos objetivos y subjetivos.⁹

A partir de lo anterior, Von Liszt analizó de manera sistemática al delito tomando como base la distinción entre hecho injusto y culpabilidad. El injusto se conformaba exclusivamente de caracteres externos objetivos de acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad.¹⁰

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista en la Teoría General del Delito", en *Criminalia*. Año XXXVII, Número 10, México, 1971.

⁸ Cfr BELING, Ernest, *El rector de los tipos de delito (Die Lehre von tadbestand)*, trad. de L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas. Madrid, Reus, 1936, pp 19-20; Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal (concepto y método)*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 226; MAÜRACH, Reinhart y Zip-Heinz, *Derecho penal (parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible)*, trad. de la ed. alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994, t. II, pp. 40-41. Para un desarrollo más amplio sobre el pensamiento, puntualización y diferencias de estos autores, Dr. Silva Sánchez, José María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, E.D. Bosch, 1992, pp. 51-53.

⁹ ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 3, p. 3; también Welzel, Hanz, *El nuevo sistema de derecho penal (una introducción a la doctrina de la acción finalista)* trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1961, pp. 31, 61 y 55 del mismo autor, *Derecho penal alemán (parte general)*, 1a. ed., a el castellano, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, esp. p. 72; Cerezo Mir, José, "Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español", *IDPC*, Madrid, Uir, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, XIV, fase. 1, enero-abril de 1961, pp. 53 y 56.

¹⁰ Cfr. LISZT, Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 3, 21 Und 22, Völlig durchgearbeitete Auflage (37-40 Tausend), Berlin und Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1919, pp. 50 y ss. Citado por DÍAZ ARANDA, Enrique, *Op. Cit.* p.17.

Tanto el sistema clásico como el neoclásico (Edmundo Mezger) sustentaron el análisis de la conducta en las teorías causales (teoría de la equivalencia de las condiciones y teoría de la causalidad adecuada, (respectivamente) y por esa razón se les ha denominado en México como causalismo. Empero, en estricto sentido, el causalismo sólo es una teoría para el análisis de la conducta dentro de todo el sistema de análisis del delito. En otras palabras, las teorías causales sólo se utilizan en el análisis de la primera categoría o nivel (conducta típica) dentro del sistema clásico o neoclásico, cuya estructura consta de tres categorías (conducta típica, antijurídica y culpable).

Por cuanto al análisis subjetivo del delito, tanto en el sistema clásico como en el neoclásico, el dolo se trató en la culpabilidad. En el sistema clásico el dolo se consideró como la culpabilidad misma (fundamento puramente psicológico), mientras que en el sistema neoclásico sólo era un elemento de la culpabilidad (fundamento psicológico-normativo).¹¹

1.3. EL SISTEMA FINAL DE ACCIÓN

Aproximadamente en 1940 Hans Welzel expuso en toda su extensión el llamado sistema final de acción, el cual tiene un fundamento lógico-objetivo o lógico-material, cuya característica principal es la atención en la finalidad que ha guiado la conducta del sujeto para la lesión del bien jurídico tutelado. Así, mientras que en el sistema clásico y neoclásico el análisis de la conducta consistía fundamentalmente en establecer la relación causal entre la conducta y el resultado, en el sistema final de acción era necesario, además, atender al fin que había perseguido el autor al realizar su conducta. De ahí que en el sistema final de acción el análisis del tipo no sólo consistía en el examen del tipo objetivo (empleando las teorías causales) sino también el tipo subjetivo (dolo o culpa).¹²

Con la inclusión del dolo en el tipo penal, el sistema final de acción permitió un

¹¹ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Dolo (causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México)*, México, Ed. Porrúa, 2000, pp. 9-11 y 28-36.

¹² Para un mayor desarrollo *ibidem*, pp. 43-58.

mejor análisis para los supuestos de tentativa, pues desde el examen de la conducta que no había producido la lesión del bien jurídico tutelado, pero si lo había puesto en peligro con la intención del autor de lesionarlo, se podía sustentar el delito doloso de acción en grado de tentativa. En cambio, con la estructura de análisis del sistema clásico y neoclásico, el estudio de los supuestos de tentativa era incongruente, pues la conducta tentada no causa ningún resultado y por ello no se puede imputar a ningún tipo en particular (piénsese, por ejemplo, en la conducta de tocar el hombro de una mujer ¿es típica?); sin embargo, pese a que no estaba fundamentada la conducta típica, se proseguía con el análisis de la culpabilidad para determinar el dolo que había guiado a la conducta del autor (siguiendo con el ejemplo, si el tocamiento era el primer acto de ejecución para someter a la mujer con el fin de violarla). Realizar un análisis como el anterior significa atender primero a la conducta típica y, sin haber fundamentado su tipicidad ni analizar su antijuridicidad, pasar de inmediato a la culpabilidad para analizar el dolo, cuya constatación conllevaría a regresar al análisis del tipo y volver a la secuencia tipo-antijuridicidad-culpabilidad. Baste lo anterior para mostrar el problema lógico-sistemático del análisis de la tentativa en los sistemas clásico y neoclásico y la mejor solución sistemática ofrecida por el finalismo, con el cual se permitía el análisis conjunto de los elementos objetivos del tipo y atender al tipo subjetivo para sustentar el dolo del sujeto activo y, una vez sustentada la tipicidad de la conducta dolosa en grado de tentativa, proseguir con el análisis de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Con lo desarrollado hasta ahora podemos sostener que en el sistema clásico se analizaba el tipo objetivo (conformado por todos los elementos perceptibles a través de los sentidos) al cual se adicionaron los elementos normativos en el sistema neoclásico (aquellos que requieren de una valoración normativa), enseguida se procedía al análisis de la antijuridicidad y, una vez constatada la ausencia de causas de justificación, se proseguía con el examen de la culpabilidad, en particular del dolo. En suma en los sistemas clásico y neoclásico el dolo era objeto de estudio en la última categoría de la teoría del delito: en la culpabilidad.

En cambio, en el sistema final de acción, el análisis del delito se inicia con el tipo

objetivo (elementos objetivos y normativos) y el tipo subjetivo (dolo o culpa) seguido de la antijuridicidad y, por último, la culpabilidad; en otras palabras, el examen del dolo se realizaba en la primera categoría o escalón: el tipo, y después se pasaba al análisis de la antijuridicidad y la culpabilidad.

1.4. EL MODELO LÓGICO.

El modelo lógico fue concebido por las investigaciones del Doctor Alfonso Quiroz Cuarón, profesor de Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y por el Ingeniero Sergio F. Beltrán, en 1965, en esa época, éste último era Director del Centro de Cálculo Electrónico de la misma Universidad. Así el modelo lógico nació en una época en donde las computadoras empezaban a utilizarse en todos los campos, psicología, sociología, etc., obteniendo buenos resultados al aplicar por ejemplo, la lógica, complementada por las computadoras. En tal situación, el Derecho Penal no podría permanecer marginado de la evolución total del conocimiento humano.¹³

Con estas premisas los maestros de la Universidad Nacional Autónoma de México, Olga Islas Magallanes y Elpidio Ramírez desarrollaron el modelo lógico. Analizaron diversas corrientes doctrinales acerca de la teoría del delito (Von Liszt, Beling, Mezger, Sauer, Graf Zu Dohna, Welzel, Maurach, Gallas, Antolisei, Bettiol, Cavallo, Grispigni, Maggiore, Manzini, Soler, Jiménez de Asúa, Gómez, Porte Petit, Jiménez Huerta, etc.) con el fin de lograr una síntesis que sirviera de adecuado punto de partida.

Aquí fue donde propiamente comenzó la investigación. Se sometieron a revisión todas las teorías mexicanas y extranjeras, incluyéndose en el estudio las dos áreas principales: la conceptual y la estructural. En ambas se advirtieron de inmediato los errores, derivados todos de la defectuosa metodología usada por los tradicionalistas.

¹³ ISLAS MAGALLANES, Olga y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho penal*, Editorial Jurídica mexicana, México, 1970.

En la teoría del delito aparecía la conducta flotando en un espacio absolutamente indeterminado. Situada en un escaño anterior al tipo, resultaba lógicamente imposible proponer su definición jurídica; además, la misma ubicación invalidaba la definición de tipicidad.

El tipo, a su vez, presentaba una arquitectura realmente extraña. Entendido como “una descripción de conducta”, lo menos que debía contener era la conducta, y esto era precisamente lo que le faltaba. Lo que los juristas proponían como elementos del tipo, a la postre no se sabía qué papel jugaban en el delito. En efecto, siendo varios los elementos tradicionalmente señalados, el delito se definía y estructuraba con base a la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad, de los cuales ninguno era, en el esquema tradicional, elemento del tipo. El *nullum crimen, nulla poena sine lege*, repetidamente invocado, se reducía a una frase tan espectacular como vacía. El citado principio se nos reveló en toda su potencia, y en adelante iba a regir inexorablemente toda la investigación.¹⁴

El tipo y la punibilidad fueron rescatados de la teoría del delito –lugar que nunca debieron ocupar- y trasladados a la teoría de la ley penal. De esta manera, se superaron, además, los dos más voluminosos absurdos de la sistemática dominante. El primero consiste en que la teoría de la ley penal estudiaba cualquier materia excepto la que sí le es propia, o sea el tipo y la punibilidad. Era una teoría de la ley penal sin ley penal. El segundo reside en la amalgama de conceptos heterogéneos en la teoría del delito, esto es, se mezclaban conceptos del mundo normativo (del deber ser) con otros del mundo de los hechos (del ser).

El tema del sujeto activo se reducía a unas pocas líneas en razón de que las denominadas “autoría y participación” se estudiaban fuera de lugar sistemático.

La duplicidad de conceptos es otro de los defectos derivados de la errónea ubicación del tipo y la punibilidad. Asimismo, la discusión de pseudo problemas, tales como los llamados elementos esenciales y no esenciales, generales y especiales, normativos y

¹⁴ *Idem*

subjetivos, dolo genérico y específico, presupuestos del delito generales y especiales, presupuesto del delito y de la conducta, etc.

La investigación ha superado la defectuosa sistemática y conceptualización anotadas. Se ha elaborado una estructura lógica, formal y consistente, lo que permite manejar una única teoría del derecho penal, que, además sintetiza el núcleo axiomático de la teoría (parte general) y los conceptos específicos de cada tipo penal (parte especial).

1.5. EL FUNCIONALISMO.

A partir de los estudios de Günther Jakobs se afirma por los defensores del mero disvalor de acción, que en tanto el derecho civil protege bienes jurídicos, el derecho penal protege normas valorativas. Esto es, por cuanto el primero sólo posee un fin reparatorio-indemnizatorio para lo que debe existir un daño valuable, en tanto que el segundo trasciende dicha dirección para orientarse en la posibilidad de la convivencia como desarrollo de libertades. Así, se describe a la acción como expresión de sentido, en cuanto contradice o afirma la norma protegida. Más, en dicho planteo, tal expresión de sentido, asimismo, es planteada como elemento descriptivo en su contraste contra el mandato de la ley o en consonancia con el mismo. Ello conduce, luego, a afirmar que el contenido de la acción y el de la culpabilidad es el mismo. Mas, Jakobs deja de lado la reprochabilidad subjetiva, afirmando sólo la comparecencia de la imputación objetiva en su sentido pleno (como injusto personal).¹⁵

Los contenidos de la llamada "responsabilidad por el hecho" o "atribuibilidad" debieron en su momento esgrimirse para dar respuesta a aquellas situaciones en las que un individuo aún pudiéndose haber motivado en la norma protegida, no actúa conforme a ella, pero en virtud de las circunstancias particulares que se dieron en la particular conformación del hecho imputado, no le es exigible. De este modo, se resuelven especialmente los casos de coacción y de estado de necesidad disculpante. Ahora bien, si respecto de la tipicidad poseemos un material nos hallamos con una concreta especificación de la conducta

¹⁵ CERUTI, Raúl Alberto, *Sondas por transitar en la teoría del delito*, Argentina, en http://publicaciones.derecho.org/redp/N@umero_04_-_Julio_de_1999/004.

perseguido, y si respecto de la antijuridicidad poseemos un material referencial de tal conducta en el ordenamiento jurídico vigente, no existiría una fuente formal de atribuidibilidad, ni aún de las condiciones objetivas que harían obligatoria la norma al sujeto que se le imputa. Dichos extremos deben ser integrados por el juzgador. La adecuación social en este aspecto viene a relativizar las seguridades con que pretendidamente se busca construir el edificio del delito. Estos problemas surgen de no considerar al hecho en su carácter normativo, para oponerlo a la norma de protección determinada.

Sin perjuicio de ello, tenemos para nosotros que los casos de no exigibilidad de otra conducta son aquellos en los que el ámbito de lo jurídico se retrae para dejar lugar a la determinación moral-particular. En efecto, la línea demarcadora de lo moral respecto de lo ético (cuanto más de lo jurídico) estriba en la dirección de una norma en razón de su referenciabilidad, de su consulta a un planteo objetivo de lo adecuado. Cuando no es posible dirigirse a ninguna formulación para hallar finalmente el contenido valioso o disvalioso de un acto, aquellos extremos en que el ser humano se encuentra solo frente a su destino, en decisiones finales y reservadas a su sola conciencia, nos hallamos ante la imposibilidad de su marcación externa, ya impuesta por la convivencia o por la organización.¹⁶

Así, en una apresurada síntesis, un acercamiento a una teoría integralmente normativa del delito, debe considerar:

A la acción como expresión de sentido jurídicamente relevante.

A la tipicidad como desconocimiento de la vigencia de la norma específica y literalmente protegida. Afirmación de una norma en absoluto contraste con la del mandato legal. (Por ejemplo: "se debe matar").

A la antijuridicidad como no reconocimiento de habilitación alguna para llevar a cabo el desconocimiento antedicho. Afirmación de una norma en relativo contraste con la

¹⁶ *Idem.*

del mandato legal (por ejemplo: "en esta situación y con esta finalidad genéricas, "se puede matar").

A la culpabilidad como desconsideración a la motivación de la norma en su absoluto. (Por ejemplo: "yo debo matar").

Para establecer cuál norma ha expresado y regido el concreto autor de un hecho penalmente relevante, se debe realizar una estratificación inversa de la teoría tradicional del delito. En efecto, debe partirse del acto peculiar, característico, en su dimensión acotada y real, personal e intransferible (culpabilidad), en que el deber mencionado por la norma se limita al sujeto; a la consideración de su postulación en carácter relativo a la circunstancia hecha abstracción por sí (antijuridicidad) en cuanto posibilidad postulada para cualquier otro sujeto; y la aberrante afirmación inconcusa del deber de ir contra la norma, en indeterminación de objeto, sujeto y circunstancia, por móviles arbitrarios y en consideración a la mera conveniencia.

La norma expresada en el accionar del sujeto, en su proyección particular, general y absoluta, no sólo configura la individualización del delito y de la pena, estableciendo un serio criterio para señalar la gravedad de cada injusto, sino que delimita las esferas de responsabilidad de partícipes que actúen en diferentes situaciones jurídico penalmente relevantes (Ej.: Autor en legítima defensa con partícipe doloso sin legítima defensa), de choque con causas de justificación (estado de necesidad contra legítimo ejercicio de un derecho), y ofrece una respetuosa preservación de la diversidad cultural en un universo que tiende a la uniformación, reclutamiento y fungibilidad de los seres humanos. Especialmente, este es el aspecto fértil y especialmente relevante de encarar una teoría del delito normativa, como oposición de la norma personal evidenciada en la conducta típica contra la norma legal expresada en un texto formalmente sancionado como tal.¹⁷

Aclarado lo anterior es necesario determinar qué se entiende por cuerpo del delito.

¹⁷ *Idem*

CAPÍTULO II.

EL CUERPO DEL DELITO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CUERPO DEL DELITO.

Para conocer claramente qué fue el cuerpo del delito, deben analizarse las figuras procesales que le dieron origen, y las que hasta ahora, han dejado huellas en el concepto que esta figura procesal tuvo. Esto resultaba claro de una lectura de las reglas especiales de comprobación de ciertos delitos.¹⁸

El tiempo de su origen se encuentra en la edad media,¹⁹ fue utilizado por Farinaccio a mediados del siglo XVI²⁰ y posteriormente se puede encontrar a principios del siglo XIX en la obra de Feuerbach, quien se refiere al supuesto de hecho del delito o cuerpo del delito (*Tatbestand des Verbrechen oder corpus delicti*).²¹ Se debe de tomar en cuenta que la obra de Feuerbach es²² anterior a la creación del sistema clásico y, por tanto, se puede sostener que dicho autor no utilizaba el término de cuerpo del delito como sinónimo de tipo penal, dado que esa categoría del sistema penal se creada casi un siglo después por Beling.²³ En efecto, el cuerpo del delito para Feuerbach se puede asimilar al delito en su conjunto;

¹⁸ BERMÚDEZ MOLINA, Estuardo Mario, *Del cuerpo del delito a los elementos del tipo*, Ed. Procuraduría General de la República, México, 1996, p. 13.

¹⁹ Son varios los autores que coinciden en señalar a Farinaccio como el creador de este concepto. Günter Stratenwerth, en su libro *Derecho Penal. Parte General. I El hecho punible*, parágrafo 157 señala: "el concepto del supuesto típico de hecho proviene históricamente de *corpus delicti*, formulado por primera vez por Farinaccio (1581). Como *corpus delicti* se caracterizó en primer término a la totalidad de las huellas exteriores de la comisión de un delito, mientras que más tarde, -en el siglo XVII y principios del XIX- la totalidad de elementos que pertenecen a un determinado delito. Clemente A. Díaz también atribuye este concepto a Farinaccio. *El cuerpo del Delito*, Edición Homenaje. Editorial Abeledo Perrot, P. 25. También Vincenzo Manzini. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 499. Cita 69.

²⁰ Cfr. MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, "Elementos del tipo o cuerpo del delito?", *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 2, mayo- agosto de 1998, esp. p.1.

²¹ FEUERHACH, *Lehrbuch des gemeinen l. Deu, schand gültigen peinlichen Rechis. 6a. ed.*, paragrafos 24 y ss. Por otra parte, conviene aclarar que actualmente se traduce el sustantivo *Tatbestand* como tipo; sin embargo, ello es producto de la posterior aportación de Beling; si Feuerbach hubiese querido hacer referencia expresa al tipo penal, entonces habría utilizado el término que se empleaba en su época: *Typus*.

²² DÍAZ ARANDA, Enrique, "Cuerpo del Delito ¿Causalismo o Finalismo?", en *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, p. 9.

²³ Cfr. Bustos Ramírez, V., *Introducción al derecho penal*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1994, p. 105.

empero, en la moderna dogmática europea no se encuentra referencia alguna al concepto "cuerpo del delito".

Ahora bien, es necesario comentar que el contenido del cuerpo del delito que se encontraba vigente en nuestro país, era muy diferente del que tuvo en principio, cuando se le identificaba con los nombres específicos de *corpus instrumentorum* (instrumento o cosas con las cuales se cometió el delito), *corpus criminis* (la persona o cosa objeto del delito), o *corpus probationem* (las piezas de convicción, huellas, vestigios o rastros dejados por el delito, verbigracia la pistola, la navaja, la lesión causada, el objeto desapoderado o la sangre producto del disparo de un arma de fuego).²⁴

En esa época, las definiciones del cuerpo del delito se tuvieron como válidas, dada la nula evolución de la ciencia penal.

En consecuencia en la doctrina penal mexicana, la expresión cuerpo del delito" puede tener tres sentidos:

...como el hecho objetivo insito en cada delito, esto es, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; en otras ocasiones se le ha estimado como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración, así por ejemplo, un cadáver, un edificio dañado, una puerta rota, y finalmente, una tercera acepción, como cualquier huella o vestigio de la naturaleza real que se conserve respecto de la acción material realizada (un puñal, una joya, etcétera).²⁵

La doctrina penal mayoritaria en nuestro país se pronuncia a favor del primer concepto de cuerpo del delito, es decir, lo concibe como el tipo penal objetivo;²⁶ aunque muchos autores agregan a los elementos objetivos del tipo, los elementos normativos y los elementos subjetivos distintos del dolo, cuando el tipo así lo requiere.²⁷

²⁴ BERMÚDEZ MOLINA, Estuardo Mario, *op. cit.* p.14.

²⁵ LUNA CASTRO, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México (un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)*, México, Porrúa, 1999, p. 90.

²⁶ *Ibidem*, p. 91. En contra de esta afirmación, ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Cuerpo del delito y tipo penal* 2ª. reimp., México, Ángel Editor, 2000, esp. pp. 40 y 41.

²⁷ *Cfr.*, para la cita de varios autores, ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, *Cuerpo del delito o elementos del tipo (causalismo y finalismo)*, 3a. ed., Puebla, México, Ed. 2000, esp. pp. 3945.

Es en el año de 1906 en el que se crea el concepto de tipo cuando se señala que los conceptos anteriores solo se referían a algunos de los elementos del aspecto objetivo del tipo. Y se determina que desde esa época fue rebasado el concepto original de cuerpo del delito referido únicamente a los objetos, instrumentos o huellas del mismo. A la vez, desde entonces, queda unido este concepto procesal al concepto de tipo.²⁸

Con la evolución de la teoría del delito, se va especificando el concepto de tipo, hasta señalar todos y cada uno de sus actuales elementos. Esto dio lugar a que los códigos procesales penales establezcan que el cuerpo del delito corresponde a la descripción objetiva del hecho, esto es, a los componentes objetivos de la figura delictiva, concepto que en nuestro código procesal penal del Distrito Federal estuvo vigente hasta el año de 1984; así, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 168 del Código Federal de procedimientos Penales señalaban:

"El cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción."

Posteriormente, se determina que el tipo no se integra sólo con componentes objetivos, sino también de los ya elementos normativos, y en algunos casos requiere, además de elementos subjetivos, correspondientes, según expresión de Mezger, a aspectos que se encuentran en el alma del autor.²⁹ Esto ocurre en el período relativo al resquebrajamiento, ya entonces evidente, del esquema -injusto objetivo-culpabilidad subjetiva -, en que el injusto no aparece tan objetivo como se había planteado, pues se acepta que el mismo requiere tanto de componentes objetivos, así descriptivos como normativos, y en algunos casos de elementos subjetivos, pero sin incluir, entre estos últimos, lo que antiguamente se consideraban formas o especies de la culpabilidad, o sea, el dolo y la culpa.³⁰

²⁸ BERMÚDEZ MOLINA, Estuardo Mario, *op. cit.* p. 14.

²⁹ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Libro de estudio. Traducción de Conrado A. Finzi. Ed. Bibliografía Argentina. Sexta ed. 1955. P. 147.

³⁰ BERMÚDEZ MOLINA, Estuardo Mario, *op. cit.* p. 15.

2.1.1. LA DOCTRINA EXTRANJERA.

Para Escriche, cuerpo del delito significaba, en sentido amplio, "la cosa en qué o con qué se ha cometido un acto criminal o en la cual existen las señales de él, como por ejemplo, el cadáver del asesinado, el arma con que se le hirió, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del que la robó, el quebrantamiento de puerta, la llave falsa, etcétera". Y, en rigor, "... la ejecución, la existencia, la realidad del delito mismo; y así comprobar el cuerpo del delito no es más que comprobar la existencia de un hecho que merece pena".³¹

Para don José Febrero, "cuerpo del delito no es, como algunos imaginan, el efecto que resulta del hecho criminal, ni el instrumento con que éste se ejecutó, ni otras señales de su perpetración; así que las heridas, el puñal, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del que la robó, el reconocimiento de la estuprada hecho por matronas, no debe llamarse cuerpos de los delitos de homicidio, hurto y estupro. Estos son efectos, signos, instrumentos, etcétera".³²

El concepto, ya de por sí vago, se vuelve todavía más impreciso cuando la teoría distingue entre delitos de "hecho permanente", y delitos de "hecho momentáneo", atendiendo a si la modificación física causada es de corta o larga duración. De tal manera que, mientras que para Ortolán³³ todo delito tiene "cuerpo" (en las injurias, por ejemplo, "¡la voz, las ondulaciones del aire puestas en movimiento por esta voz, los sonidos así producidos que golpean en los oídos!"). Para Nicolás Framarino sólo interesa el cuerpo de los delitos de hecho permanente.

"Cuerpo del delito -dice- no puede significar sino todo lo que representa la exteriorización material y la aparición física del delito. Pero la exteriorización y la aparición física del delito no pueden consistir sino en lo que estando unido a la consumación del delito, traza, por decirlo así, su figura física. No todas las materialidades, constituyen, pues, cuerpo del delito, sino sólo aquéllas que están unidas de modo inmediato a la consumación criminosa..." Y, a continuación, reitera:

³¹ *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1852, pp. 524 y 1012.

³² Citado por Escriche, al pie de la página 524.

³³ *Eléments de Droit Pénal*, 5ª ed, París, 1886, tomo I, pp. 515-519.

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, ya sea accidentalmente, ya sea por razones inherentes a la esencia del hecho del delito."³⁴

Dentro del mismo orden de ideas, Raúl Goldstein opina que "cuerpo del delito, es entonces, la prueba de la existencia del quebrantamiento de la ley; todo objeto que sirve para hacerlo constar. La materialidad de la infracción. El conjunto de los elementos materiales que forman el 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 como la efracción, las violencias, las amenazas, etc. Es, pues, tanto la persona o cosa en quien se concreta la realidad objetiva del delito, como todas las manifestaciones exteriores que tengan una relación más o menos inmediata con la infracción".³⁵

Incluso Manzini se limita a reiterar, si bien con más ejemplos, las ideas de Framarino:

Cuerpo del delito (o generalidad) -afirma- son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también otro objeto que sea objeto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba. A saber:

Los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito;

Las cosas sobre las que se lo cometió;

Las huellas dejadas por el delito o por el delincuente;

Las cosas cuya detención, fabricación o venta, o cuya portación o uso constituye delito, las cosas que representan el precio o el provecho del delito.

Las cosas que son el producto del delito, aun indirecto;

Cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa, o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito...

Así, es Cuerpo del Delito, por ejemplo: el cadáver de la víctima y las partes de él; la moneda falsa; el escrito injurioso o falso; las improntas; las cosas perdidas por el delincuente; las señales del descerrajamiento; las cosas furtivas, transformadas o no después del delito; el dinero obtenido; las armas; los instrumentos, etcétera.

Y, dentro de la exposición que hace, anota justamente escandalizado el hecho de que la Corte de Casación italiana resolviera en alguna ejecutoria que "las vísceras del muerto que se conservan para ulteriores observaciones, no constituyen cuerpo del delito."³⁶

³⁴ *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Temis, Bogotá, 1964, Vol. II, pp. 387-405.

³⁵ *Diccionario de Derecho Penal*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962, p. 124.

³⁶ *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Tomo III, pp. 499-503.

Como puede apreciarse, la doctrina extranjera sobre cuerpo del delito identifica a éste con nociones que van desde lo que ahora conocemos como resultado material, sujeto pasivo, instrumentos de comisión, objeto material y conducta, hasta el delito en su totalidad. Se trata, en suma, de una "audacia de lenguaje" que sólo produce confusión.

2.1.2. EL CUERPO DEL DELITO EN LA DOCTRINA MEXICANA.

Trasladado a México, el problema adquiere mayores proporciones. Atados tratadistas y magistrados a las antiguas teorías enunciadas -que identificaban el "cuerpo" con lo puramente objetivo- no han querido reconocer que el texto constitucional comprende más, quizá, de los que sus propios autores pretendieron: y, puestos en la disyuntiva, han preferido ser fieles a la idea tradicional con detrimento de la eficacia de la garantía.

¿Puede, acaso, considerarse integrado el cuerpo de los delitos de uso de moneda falsa o de documento falso (artículo 336 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal), sin la comprobación del elemento subjetivo "a sabiendas"? Evidentemente, no. Sobran, sin embargo, resoluciones que, atendiendo a lo estrictamente objetivo, restringen la libertad de una persona con la sola comprobación de un hecho externo.

Y si esto ocurre con los llamados por algunos "elementos subjetivos del injusto" nada se diga del desconcierto que priva entre autores y jueces cuando el "dolo" se encuentra incluido en la descripción legal, como ocurre en la difamación (artículo 214 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal).

González Bustamante sostiene que el cuerpo del delito está integrado por los elementos materiales; y aun cuando reconoce que en algunos delitos no se dan esos elementos, concluye afirmando que los casos de excepción no bastan para invalidar la regla.³⁷ La teoría es inadmisibles, porque la garantía constitucional no permite la existencia de delitos sin cuerpo comprobable y porque las excepciones indican falta de lógica en la estructura de la propia regla.

³⁷ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José; *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. Ed. Botas. 1945. pp. 238-251.

Franco Sodi va más adelante y admite, a más de "los elementos objetivos o materiales propiamente hablando, los normativos y los subjetivos, lo que, en última instancia, quiere decir, en un lenguaje técnicamente penal, que el cuerpo del delito está constituido por todos los elementos del tipo y nada más por ellos..."³⁸. Desgraciadamente a continuación se niega a sí mismo, preocupado porque en alguna ejecutoria la Corte establece, "a manera de excepción", que cuando el dolo "entra como elemento esencial constitutivo del delito, su comprobación es indispensable para decretar el auto de formal prisión, porque entonces el dolo forma parte del cuerpo del delito (caso de la difamación)..." Y concluye afirmando que "no puede admitirse que sea necesario comprobar el dolo, cuando éste se contenga como elemento destacado en la definición del delito, pues aun cuando así sea, es decir, aun cuando aparezca expreso en la definición, siempre seguirá siendo una forma de culpabilidad y no elemento del tipo, es decir, jamás será elemento constitutivo del cuerpo del delito".³⁹

Para Rivera Silva, el cuerpo del delito lo informa el contenido de "un delito real que encaja perfectamente bien en la descripción de algún delito hecho por la ley". En cuanto a su extensión lo clasifica en simple o compuesto, conforme se dirija al mundo del sujeto pasivo o al del activo y del pasivo; por lo que ve a su calidad, distingue entre cuerpo del delito no calificado y calificado, según que la descripción legal se reduzca "a constatar actos cuyos elementos son perceptibles por los sentidos" o actos calificados, "con ciertas notas especiales" (elementos de relación entre los sujetos del incesto, etcétera).⁴⁰ En posteriores ediciones substituye la clasificación de simple y compuesto "por la de delitos unilaterales y bilaterales, quedando inmersos en el primer grupo aquellos en que la definición no alude a un proceder del sujeto pasivo; y bilaterales, cuando, aparte de la conducta del sujeto activo, se comprende algún proceder o situación del sujeto pasivo". Mucho más interesante resulta, a nuestro juicio, la exposición que hace de los delitos cuyo cuerpo se encuentra calificado, puesto que incluye entre las notas de calificación "las de carácter subjetivo, las de carácter valorativo, las de calidad del sujeto y las de relación de

³⁸ FRANCO SODI, Carlos, *Código de Procedimientos Penales... Comentario*, Ed. Botas, 2ª. ed., 1960, p.64.

³⁹ *Ibidem*, p.65.

⁴⁰ RIVERA SILVA, Manuel, *El procedimiento penal*, Ed. Porrúa, 1970, pp. 157-163.

los sujetos"; mencionando - entre las subjetivas - el engaño (en el fraude.), "que entraña el tener conocimiento de los perfiles que presenta la realidad y la intención de llevar al ánimo del sujeto pasivo la creencia de que la realidad presenta caracteres distintos a los que registra...".⁴¹

El adelanto es notorio, puesto que implica el reconocimiento de que el dolo (a pesar de no ser llamado por su nombre), forma parte del tipo, y, por ello, del cuerpo del delito.

2.1.3. EL CUERPO DEL DELITO EN LA CONSTITUCIÓN.

A nuestro modo de ver, el camino para determinar el concepto de cuerpo del delito debe recorrerse partiendo, no de la teoría, sino del precepto constitucional.⁴²

El "cuerpo del delito" - su comprobación, mejor dicho - asegura el bien jurídico libertad, "síntesis de los derechos naturales" en frase del Constituyente.

Seguridad sin instrumentos jurídicos precisos y eficaces es ilusión. Si la entidad "cuerpo del delito" carece de fijeza, la certidumbre respecto de la libertad individual desaparecerá en el oscilar de las teorías que cada juez sustente. Se hace necesario, por tanto, restaurar al "cuerpo del delito" en su alta función de garantía, descubriendo para ello el contenido exacto que la Constitución le ha dado.

2.1.4. LOS ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES.

La expresión "cuerpo del delito" -comenta el maestro Herrera y Lasso-⁴³ alcanzó por primera vez rango constitucional en el Estatuto Orgánica Provisional de la República Mexicana, de 15 de mayo de 1856. que al respecto establecía:

⁴¹ *Ibidem*, pp. 157-163.

⁴² Ya Jiménez de Asúa advertía, aunque refiriéndose a los códigos de procedimientos y no a la Constitución, que "... en países como la Argentina, Chile, México, El Salvador, etcétera, cuyos códigos han dado una taxativa acepción, mucho más lata que la meramente material al cuerpo del delito, ... el dogmático tendrá que hacer otras construcciones...". (*Tratado de Derecho Penal*, tomo III, p.115.)

Artículo 44. La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto de motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes, según las leyes para creer que el detenido es responsable, y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere.

Y aun cuando la incompleta vigencia territorial del Estatuto⁴⁴ y la negativa implícita de los constituyentes de 1856 a incluir el concepto en la entonces próxima Constitución, hayan disminuido la importancia del artículo transcrito, lo cierto es que en él se aprecian ya con nitidez las exigencias probatorias base de nuestro moderno artículo 19 Constitucional: certeza para el cuerpo del delito y al menos duda positiva de la responsabilidad.

Segundo y directo antecedente del artículo 19 es el que con igual número figuró en el Proyecto de Reformas Constitucionales, de la Secretaría de justicia, de 1916:

"Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión que tendrá como base, la comprobación del cuerpo del delito, el indicio, cuando menos de culpabilidad del acusado y los demás requisitos que establezcan la Ley...".

El proyecto, en su conjunto, nunca pasó de mero bosquejo hasta hace poco inédito;⁴⁵ pero en lo que al cuerpo del delito se refiere su importancia es decisiva porque nos da clave y autor.

Autor lo fue el abogado Fernando Lizardi, quien poco después llegaría a constituyente. En cuanto al contenido en la discusión lo objetó don José Diego Fernández, miembro de la comisión, quien no consideraba "requisito indispensable para el auto de

⁴⁴ HERRERA Y LASSO GUTIÉRREZ, Eduardo. *Las garantías constitucionales en materia penal*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, p. 38.

⁴⁵ "La aparición del Estatuto suscitó viva oposición del bando de los puros. Varios gobernadores se negaron a publicarlo...". TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes Fundamentales de México*, Ed. Porrúa, p.492.

⁴⁶ El libro de actas de la Comisión fue hallado en el archivo de la Cámara de Diputados, gracias a la información proporcionada por don Antonio Martínez Báez: *Derechos del Pueblo Mexicano*, tomo II, p.509.

formal prisión la comprobación del cuerpo del delito, puesto que (creía) que sospechas vehementes (bastaban) para fundarla..." (sic).

A esto, replicó Lizardi:

"... que es un principio aceptado por toda la teoría, en toda la Jurisprudencia de Derecho Penal, que no se puede proceder ni siquiera a la detención, ni menos a la formal prisión de un individuo, mientras no esté comprobada la existencia de un hecho delictuoso y comprobar la existencia de un hecho delictuoso es comprobar el cuerpo del delito. Que en tal virtud, insiste en su anteproyecto."

Aprobado por cuatro votos contra uno, pasó transitoriamente al olvido para ser incluido poco después, sin variación sustancial, en el proyecto de constitución presentado por el primer jefe. Sometido a votación en la sesión del 29 de diciembre de 1916, fue aprobado por unanimidad de 165 votos.

Creemos basta con lo expuesto para poder afirmar que los constituyentes equiparaban cuerpo del delito con cumplimiento del tipo.⁴⁶ Si alguna duda quedara, añadiríamos que así se infiere tanto de la ausencia de discusión del proyecto, como del hecho de haber intervenido en su redacción definitiva un abogado destacado (José Natividad Macías) y formado parte de la segunda comisión otro con suficientes méritos (Hilario Medina); juristas ambos, que evidentemente conocían el alcance que al cuerpo del delito señalaba la regla general contenida en el artículo 104 del código de procedimientos penales de 1894, entonces vigente:

"Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal..."

⁴⁶ Esta idea, tan natural, la explica el hecho de haber sido el *corpus delicti* origen de la teoría del tipo (Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, pp. 748-749; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Corpus delicti* y Tipo Penal, Criminalia, 1956.

2.2. CUERPO DEL DELITO Y VOLUNTAD.

Hemos visto anteriormente que el precepto constitucional no admite la existencia de delitos sin "cuerpo" comprobable; y vimos, también, la imposibilidad de tener por comprobado el "cuerpo" de ciertos delitos- difamación y homicidio en razón del parentesco o relación, entre otros - si en esa comprobación no se incluye el dolo.

De esta imposibilidad y del carácter absoluto de aquella regla se infiere, sin demasiado esfuerzo, que la voluntad (dolosa o culposa) forma parte del "cuerpo" de todos los delitos. ¿Anticipación notable del constituyente respecto de las modernas teorías sobre la conducta y el tipo o simple coincidencia? No sabríamos decirlo. Lo cierto es que en el artículo 19 dolo y culpa han sido desvinculados de la responsabilidad (más concretamente, de la culpabilidad) y han pasado a ser "circunstancias de la ejecución" ("modos de la conducta), pertenecientes al cuerpo del delito.⁴⁷

2.3. EL DELITO EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.

De acuerdo con éste, la entidad delito consta de tres partes:

a) Un concepto de derecho positivo ("el delito que se impute al acusado (y) los elementos que constituyen aquél"); o sea, el tipo.

b) Un juicio de atribución provisional, que es, obviamente, la responsabilidad probable.

c) Elementos de hecho ("lugar, tiempo, circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa"), mismos que en buena lógica se reducen a dos - ejecución y circunstancia de ella- porque en estos términos quedan comprendidos todos los elementos del cuerpo del delito y de la responsabilidad. como adelante se explica; porque lugar y

⁴⁷ La importancia procesal de tal desplazamiento es decisiva, porque obliga al juez a considerar - dentro de la comprobación del cuerpo del delito - la voluntad dolosa o culposa en la acción u omisión del agente; o, por el contrario, las causas de atipicidad correspondiente.

tiempo son de suyo circunstancias de la ejecución; y, finalmente, porque la averiguación previa no es otra cosa que la actividad probatoria desplegada para descubrir y conservar esos mismos hechos y circunstancias.⁴⁸

Ahora bien, de las tres partes anotadas, la única precisa, por su rigidez, es el tipo; en consecuencia, con él habrá que confrontar los hechos y circunstancias para que operen las garantías de libertad contenidas en el precepto.

Por ello, podemos afirmar que **cuerpo del delito es el conjunto de elementos ficticios comprendidos en los términos ejecución y sus circunstancias, en cuanto cumplen cada tipo.**

Obviamente los elementos ideales o valorativos del tipo - bien jurídico y norma o deber jurídico - no admiten concreción directa. Aparecen, por contraste, cuando con la ejecución el bien es lesionado o puesto en peligro y la norma es violada.

Y responsabilidad probable será la atribución provisional hecha al autor, después de verificado el cumplimiento del tipo y a condición de que los hechos y circunstancias no demuestren la imposibilidad de tal atribución.

2.3.1. LA EJECUCIÓN.

Ejecutar significa consumir, cumplir, poner por obra alguna cosa. El sustantivo comprende, por tanto:

a) Sujeto activo (en cuanto autor material, no en cuanto autor responsable), que ejecuta:

⁴⁸ La averiguación previa es una actividad reconstructiva, guiada - diría Dellepiane - por la "representación esquemática" de lo que se pretende reconstruir: cuerpo del delito y responsabilidad. Tal representación sólo puede darla el conocimiento de los diferentes tipos y de los elementos que integran el cuerpo del delito y la responsabilidad. Sobra, pues, insistir en la necesidad de que los investigadores posean una preparación técnico-jurídica más que mediana.

- b) Sujeto pasivo, que sufre la ejecución;
- c) Conducta, en su doble aspecto de acción u omisión, que viene a ser la ejecución propiamente dicha (aun cuando este término debiera aplicarse en rigor gramatical sólo a la acción);
- d) Resultado material (en los delitos cuyo tipo lo exige), que es el efecto de la ejecución;
- e) Nexos causales. Proceso natural que une a la ejecución (acción) con el resultado material; y
- f) Objeto material (se da en algunos delitos de acción), sobre el cual recae la ejecución y en el cual se concretiza el resultado material.

2. 3.2. CIRCUNSTANCIAS DEL CUERPO DEL DELITO.

Las circunstancias (de *circum stare*, estar alrededor) son, en general, accidentes unidos a un hecho. Referidas al cuerpo del delito serán - de acuerdo con lo expuesto - aquellos accidentes que van unidos a los elementos fácticos comprendidos en el término ejecución, en cuanto cumplen el tipo. A nuestro entender, pueden agruparse en cinco clases:⁴⁹

I. **Referentes al sujeto activo.** Número, condiciones o cualidades de quien o quienes realizan la omisión o actividad típicas. Ejemplos: ser funcionario público o encargado de un servicio público, en los delitos por ellos cometidos (artículos 256 y 257); ser poseedor precario de la cosa, en el abuso de confianza (artículo 227 del nuevo código penal para el Distrito Federal); ser casado, en la bigamia (artículo 205 del nuevo código

⁴⁹ Esta clasificación la tomamos, en principio, de la excelente obra de ISLAS MAGALLANES y RAMÍREZ HERNÁNDEZ *Lógica del Tipo en Materia Penal*. A ella agregamos, por nuestra parte, las circunstancias "referentes a ambos sujetos", las "referentes al objeto material", los "modos" y los ejemplos del Código Penal.

penal para el Distrito Federal); en los delitos de omisión, tener la calidad de garante de la evitación de la lesión producida, etcétera.

II. Referentes al sujeto pasivo. Número, condiciones o cualidades del titular o titulares del bien jurídico. Ejemplos: ser funcionario público, en el delito contra él cometido (artículo 227 del nuevo código penal para el Distrito Federal); tener la calidad de poseedor originario en el abuso de confianza (artículo 227 del nuevo código penal para el Distrito Federal), etcétera.

III. Referentes a ambos sujetos. Son las relaciones que existen entre uno y otro. Ejemplos: el parentesco consanguíneo directo, en el Homicidio en razón del parentesco o relación (artículo 125 del nuevo código Penal para el Distrito Federal); la confianza, en el abuso de ella (227 del nuevo código Penal para el Distrito Federal).

IV. Referentes a la conducta y al resultado.

a) Medios:

Instrumentos o actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

Ejemplos:

- de instrumentos, el veneno y demás sustancias nocivas para la salud, cuyo uso califica al homicidio (artículo 138 fracción V del nuevo código Penal para el Distrito Federal);
- de actividad, el engaño utilizado en el estupro para realizar la conducta "cópula" (artículo 180); la violencia en el robo (artículo 225, todos del nuevo código penal para el Distrito Federal).

b) Modos:

Son las formas de voluntariedad que puede revestir la conducta: dolo, culpa, y, en general, los llamados "elementos subjetivos del injusto" ("a sabiendas", artículo 246 Fracción VII; "conscientemente", artículo 176; "para" o "con el fin", artículo 348; "sin derecho", "con ánimo de dominio" artículo 220, todos del nuevo código penal para el Distrito Federal).

c) Lugar:

Condiciones de espacio en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Ejemplo: las nociones de "edificio, vivienda, aposento, cuarto, vía pública, campo abierto" a que se refieren los robos calificados previstos en el artículo 224 del nuevo código penal para el Distrito Federal.

d) Tiempo:

Momento en el cual o intervalo dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Ejemplos: en cualquier momento de la preñez, a que se refiere el aborto (artículo 144 del nuevo código penal para el Distrito Federal).

e) Ocasión:

Oportunidad generadora de riesgos para el bien jurídico, que el activo aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado. Ejemplo: la falta de "sentido" en el sujeto pasivo, en el delito que se equipara con la violación (artículo 175 del nuevo código penal para el Distrito Federal); que el vehículo robado esté "ocupado" (artículo 224 del nuevo código penal para el Distrito Federal), etcétera.

f) Referentes al objeto material.

Cualidad o cantidad del mismo. Ejemplos: "cosa mueble en el abuso de confianza (artículo 227 del nuevo código penal para el Distrito Federal); "inmueble" en el despojo (artículo 237); valor del objeto robado (artículo 220, todos del nuevo código penal para el Distrito Federal).

2.3.3. LAS CIRCUNSTANCIAS EN LA TEORÍA Y EN EL CÓDIGO PENAL.

Con la exposición hecha se entiende que las circunstancias enunciadas en la teoría penal y en nuestro código pertenecen claramente al cuerpo del delito.

Así por ejemplo, la retribución, que es una circunstancia "agravante" (o "calificativa"), "personal", "subjetiva" y "especial" de las lesiones y el homicidio (artículo 138 fracción IV del nuevo código penal para el Distrito Federal), pasa a ser en nuestra clasificación constitucional un "modo" de la conducta. Y el uso de "venenos, minas, bombas, inundación", etcétera - que se refieren a los "medios" empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

2.4. CUERPO DEL DELITO Y TIPO.

Dada la connotación constitucional del término cuerpo del delito, es fácil concluir que entre tipo y cuerpo del delito existe una relación de continente a contenido, pues siendo el primero un concepto penal abstracto y el segundo una noción que mira a la realidad, comprobar el cuerpo del delito no es otra cosa que verificar plenamente, en el caso concreto, la existencia de todos y cada uno de los elementos fácticos que cumplen el tipo.

2.4.1. CUERPO DEL DELITO Y TIPOS ANORMALES.

Todo tipo debe contener los elementos necesarios y suficientes para proteger el bien jurídico que es su razón de ser. Si un tipo contiene elementos de más o de menos será anormal por exceso o por defecto.

¿Cómo se acata la garantía de comprobación del cuerpo del delito en estos casos? A nuestro parecer, la solución es única: en cualquier supuesto debe la autoridad ceñirse a verificar la realidad de los elementos contenidos en los tipos respectivos.

No puede ir más allá - en los tipos omisos - ni abstenerse de comprobar la realidad de los elementos superfluos - en los tipos excesivos- porque ello sería volver a la inseguridad y la aplicación inexacta, e implicaría hacer una declaración respecto de la insuficiencia o sobreabundancia de la ley penal; declaración que únicamente correspondería formular a los tribunales federales, a través del juicio de amparo que en contra de esa ley se promoviera.

2.5. EL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL.

El texto constitucional nos indica que el cuerpo del delito y su prueba adecuada son concomitantes: la noción sustantiva se convierte en "garantía" al exigirse su comprobación plena como requisito previo al estudio de la responsabilidad, y, en definitiva, a la privación de la libertad.

Visto así, el cuerpo del delito es además una institución procesal ligada íntimamente al principio de la prueba idónea. Y ello explica la necesidad de precisar los elementos que lo integran en cada uno de los diferentes tipos posibles, pues en la naturaleza de cada hecho, objeto o circunstancia va implícita, también, la naturaleza del medio más adecuado para comprobar la existencia de ellos.

Por ejemplo: la conducta "engaño", en el fraude, admite ser probada mediante declaraciones de testigos o documentos. Pero el resultado "muerte" y la circunstancia "por envenenamiento", y en esa especie de homicidio calificado, exigen ser probados mediante inspección ocular y el dictamen de peritos.

El principio de la prueba idónea tiene dos corolarios:

- a) Si los medios de prueba adecuados son varios, deberá preferirse el mejor; y
- b) Para el caso de que esto no fuere posible, habrá que establecer un orden legal de preferencia.

De acuerdo con esta doble exigencia examinaremos, por vía de ejemplo, la regla general para la comprobación del cuerpo del delito.

El Código Procesal de 1880 establecía en el artículo 121 que para acreditar el cuerpo del delito sólo requería *probar el hecho o la omisión que la ley reputara como delito*. Posteriormente el Código adjetivo de 1894 dispuso que era necesario *comprobar todos los elementos del delito, teniendo siempre implícita la presunción de dolo*. El Código Procesal de 1909 estableció que para comprobar el cuerpo del delito se deberían justificar los elementos del hecho delictuoso; al paso que el Código de 1929 dio preponderancia a las reglas especiales y dispuso que los delitos se acreditaban *con la comprobación de sus elementos constitutivos*.⁵⁰ Después de la reforma de 27 de diciembre de 1983, el artículo 168 del Código adjetivo establecía:

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

Dicha regulación generaba diversos problemas prácticos, a saber:

⁵⁰ MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, *op. cit.*, p.6.

- 1) Se discutía si dentro de los elementos que integran la descripción de la conducta, debía o no de considerarse al dolo y a la culpa, o si éstos deberían analizarse en el capítulo de la responsabilidad.
- 2) El tema de la eventual autoría mediata, y la participación *stricto sensu* en el delito, comprendiendo en ésta a todos los sujetos que sin realizar por sí la acción típica (autor o coautores materiales) concurrían en la comisión del ilícito: autor intelectual, instigador y cómplice; era materia que debía analizarse en el capítulo de la responsabilidad.
- 3) Las circunstancias agravantes o atenuantes del delito no eran consideradas dentro del concepto del cuerpo del delito, sino datos para determinar el grado de responsabilidad.
- 4) Existían las denominadas reglas especiales para la acreditación del cuerpo del delito de determinados ilícitos.
- 5) La identidad del autor o autores y/o, en su caso, partícipes con el o los inculpados era abordada sólo en el capítulo de la responsabilidad.⁵¹

Anteriormente en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, antes de la reforma del año de 1994 establecía lo siguiente:

"El cuerpo del delito que no tenga señalada prueba especial se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción."

La expresión es desafortunada, porque pudiera haber delitos carentes de elementos materiales y porque, repetimos, en el cuerpo del delito se hallan incluidos, además de los elementos materiales, otros de carácter subjetivo, que van desde una especial tendencia del

⁵¹ SOSA ORTIZ, Alejandro, *Los elementos del tipo penal (La problemática de su acreditación)*, México, Ed. Porrúa, 1999, pp. 2-3.

autor hasta el mismo dolo (difamación: 214 del nuevo código penal para el Distrito Federal etcétera).

La falta de criterios unánimes sobre el cuerpo del delito y los problemas prácticos para identificar lo que se debía probar en él y en la probable responsabilidad,⁵² llevaron al legislador penal en 1993 a reformar la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales a efecto de propiciar mayor certeza jurídica durante la procuración e impartición de la justicia penal.⁵³ De esta guisa, se sustituyó el término cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, quedando regulado en el Código adjetivo en los términos siguientes:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

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

Asimismo, se acreditará 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 del lugar, tiempo, modo y ocasión; o los elementos normativos: g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad. Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.⁵⁴

Actualmente el Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción

⁵² Por el contrario, GARCÍA RAMÍREZ sostiene que el concepto del cuerpo del delito era muy claro en México. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)", *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998, esp. pp. 7-9 y 15-16

⁵³ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)", *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998, esp. pp. 86 y 87.

⁵⁴ SÁNCHEZ SODI, Horacio (comp.), *Compilación de leyes*, México, Ed. Greca Editores, 1997, pp. 232 y 233.

penal; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

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

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

Como se puede observar, el cuerpo del delito es un término empleado en la legislación procesal de nuestro país desde finales del siglo XIX; pero su concepto se ha ido restringiendo de todos los elementos del delito (conducta típica, antijurídica y culpable) a sólo el tipo objetivo. Por otra parte, el término cuerpo del delito no se ha empleado en el código penal sustantivo; por ende, el término cuerpo del delito es propio del derecho procesal penal mexicano.

La redacción correcta del concepto de cuerpo del delito podría ser, en consecuencia la siguiente:

"El cuerpo de un delito se justificará mediante la comprobación idónea de los elementos fácticos comprendidos en el tipo respectivo".

2.6. EL CUERPO DEL DELITO EN LA JURISPRUDENCIA.

La mayoría de los tratadistas mexicanos ha ocupado, cada uno a su tiempo, el puesto de ministro en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Nada más natural, entonces, que las ejecutorias aisladas y las tesis de jurisprudencia por ellos dictadas sean expresión cabal de los aciertos y errores que antes sustentaron en cátedras y libros.

Por vía de ejemplo reproduciremos algunas de esas resoluciones, poniendo de nuestra parte subtítulos y comentarios que ayuden a relacionarlas con los temas de nuestro estudio:

a) COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO, COMO REQUISITO PREVIO AL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD.

"La comprobación del cuerpo del delito es la base del proceso judicial, por lo que cuando no se acreditan sus elementos constitutivos, la declaración de culpabilidad implica violación de garantías."

Directo 5043/1961, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Ministro Mercado Alarcón. Srio. Lic. Enrique Padilla Correa. 1ª. Sala. Boletín 1962, p.3.

b) NECESIDAD DE COMPROBACIÓN PLENA DEL CUERPO DEL DELITO.

"... para tenerlo por integrado, precisa que exista certeza sobre dicha corporeidad...". Directo 8340/1960. Pedro Salvador Caldera. Resuelto el 27 de junio de 1961, por unanimidad. Ponente, el ministro González Bustamente. Srio. Lic. Fernando Castellanos Tena. 1ª. Sala. Boletín 1961, p. 396.

c) CUERPO DEL DELITO, IGUAL A ELEMENTOS OBJETIVOS.

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

Aguilar, Anastasio. P. 209. Flores, Antonio. P. 365. Galván, Ramón y coag. P. 388. Martín, Adalberto. P. 1982. Ramos Téllez, José María. P.1295. (Tesis de jurisprudencia número 312, visible a páginas 603 del apéndice al tomo LXVIII.)

En el mismo Sentido

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues esta confusión sería antijurídica ya que delito es la infracción voluntaria de una ley penal requiriéndose por tanto para que exista, un elemento psicológico o subjetivo, el cuerpo del delito debe entenderse que es el conjunto de los elementos objetivos físicos o externos que constituyen el delito; con total abstracción de la voluntad o dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad (Pérez Nieto Floris) Primera Sala, 21 de enero de 1930. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época t. XXVI p. 1982).

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, ya que esta confusión sería antijurídica pues, por ello, según el artículo 4o. del Código Penal del Distrito se entiende la infracción voluntaria de una ley penal,

lo cual implica la existencia de un elemento psicológico o subjetivo; en tanto que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos físicos o externos que constituye, el delito, con total abstracción de la voluntad o dolo que se refieren sólo a la culpabilidad (Ramos Téllez José María, Primera Sala, 29 de junio de 1930 *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, l. XXIX p. 1295)

Dicho criterio fue reiterado en posteriores tesis jurisprudenciales, por ejemplo en 1950:

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a La culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a La comprobación del cuerpo del delito (Amparo penal en revisión 8798/49, Villarelo Fernando, Primera Sala, 2 de febrero de 1950, unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis O. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente; *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época. t.1. CIII, p. 1242).

Desde el punto de vista puramente legal (Códigos de Procedimientos) es cierta la afirmación de la Corte; sin embargo resulta inadmisibles en tan alto tribunal, creado para conocer fundamentalmente de cuestiones constitucionales, que haya elegido las ejecutorias más pobres (por opuestas a la Constitución) para sentar jurisprudencia.

d) CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD.

"El cuerpo del delito como noción procesal se reduce a la fase externa de la acción delictiva: es simplemente el comportamiento corporal que produce la lesión jurídica. Esta noción debe preferirse a la que mantiene la doctrina tradicional sosteniendo que es el conjunto de los elementos materiales descritos en la Ley, pues en delitos como el fraude no existe elemento material alguno en la definición, ya que el engaño debe catalogarse como subjetivo y el lucro indebido como normativo, ello es, como elemento que implica una valoración cultural o jurídica. La exigencia constitucional de comprobación del cuerpo del delito tiene como motivo prelegislativo la necesidad de que si alguien va a ser enjuiciado, se demuestra desde el principio que en el mundo de relación se dio el hecho independientemente de que le sea imputable en el sentido causal, material y psicológico, pues dicho problema corresponde a la llamada responsabilidad. El cuerpo del delito como fase externa de la acción puede escindirse de la noción de responsabilidad, y debe hacerse por motivos de orden técnico constitucional. En el momento de comprobación de la materialidad del hecho delictivo no tiene por qué hacerse referencia al sujeto; es un concepto

impersonal pero absolutamente concreto, pues comprende la conducta en el más objetivo de los sentidos en cuanto aparece descrita en la definición legal o tipo. La noción que se comenta es impersonal, ello es, no guarda relación alguna con el agente pues se refiere al hecho..." (En contraposición) "... el problema de la responsabilidad es personal y diferente a la materialidad del hecho cuya existencia se afirma".

Directo 6337/1945. Jesús Castañeda Esquivel. Resuelto el 15 de noviembre de 1956, por unanimidad de 4 votos, excusa del Sr. Ministro Chávez S. Ponente el Sr. Ministro Chico Goerne. Srio. Lic. Javier Alba Muñoz., 1ª. Sala. Boletín 1957, p. 16.

"No deben confundirse, ya que aquella noción tiende a fijar la fase externa del acto delictivo por sí en el mundo de relación se dio el hecho que causó la lesión jurídica; en tanto que ésta determina la participación de un sujeto en dicho efecto, de ahí que el legislador permita su procesamiento si hay datos que lo señalen como presunto, y consiente en su libertad en sentencia si los datos no llegan a constituir prueba plena; y en cambio, si se da la lesión jurídica, ésta subsiste antes, en el momento o después de las setenta y dos horas."

Directo 6992/1957. Crescencio Abúndiz Gómez. Resuelto el 20 de marzo de 1958, por mayoría de 4 votos, contra el del Sr. Mtro. Chávez S. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca. 1ª. Sala. Boletín. 1959, p. 203.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 79 Segunda Parte

Página: 16

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

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

NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: Tesis de Jurisprudencia 93, Segunda Parte, Pág. 201, Apéndice 1917-1975."

Las anteriores ejecutorias enseñan que la "autoría material" es el primer elemento de la responsabilidad. Si el acusado no ha sido identificado (verosíblemente, al menos) como autor material del cumplimiento del tipo, no ha atribución personal. El cuerpo del delito subsistirá, en espera del responsable presunto o cierto.⁵⁵

⁵⁵ Vid. ISLAS MAGALLANES, Olga y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, *El delito en el Derecho de Procedimientos Penales*, Ed. Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la U.J.A.T., Número 1. P.95.

e) CUERPO DEL DELITO, IGUAL A CUMPLIMIENTO DEL TIPO.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Segunda Parte

Página: 108

CUERPO DEL DELITO. La comprobación del cuerpo del delito es la base del procedimiento penal, y cuando no se integran los elementos constitutivos del tipo inculpativo, no puede el juzgador hacer la declaratoria de culpabilidad del agente, a virtud de que no se ha producido la relación casual que debe existir, como exigencia de la culpabilidad, entre la conducta desplegada por el agente y el resultado concreto de acción.

Amparo directo 5528/56. Esteban Velarde Pérez. 17 de agosto de 1957. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

f) CONFESIÓN, COMO MEDIO DE COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE ROBO.

Quinta Época

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXIII

Página: 1056

CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD DEL INculpADO (CONFESION DEL REO). Aun cuando se acreditara que la confesión hecha por el quejoso en la Jefatura de la Policía Judicial fue arrancada en virtud de golpes y amenazas, si la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad del hoy agraviado se demostraron, en opinión de los sentenciadores de primera y segunda Instancias, por el concurso de varios indicios convergentes a cuya suma se atribuyó el valor de prueba plena, la conclusión relativa no puede invalidarse en el juicio de garantías, de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte y con el sentido y la finalidad de los artículos 286 y 290 del Código Federal de Procedimientos Penales. Amparo penal directo 4198/52. Dávila Acosta Carlos. 23 de febrero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 83 Sexta Parte

Página: 65

ROBO. CONFESION COMO PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO Y DE LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD. No es cierto que por el hecho de que los ofendidos, en la comisión de un delito no señalen a determinada persona como

responsable, se carezca de elementos suficientes para decretar en contra del inculpado un auto de formal prisión, puesto que frecuentemente los actos ilícitos se cometen en ausencia del conocimiento del sujeto pasivo. Por tanto, si para decretar la formal prisión en caso del delito de robo, se tiene en cuenta sólo la confesión del inculpado, con ello no se violan garantías individuales, porque lo anterior encuentra sustento legal en los artículos 178, fracción I, y 282 del Código Procesal Penal de Tamaulipas.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 419/75. José encarnación Quiroz López. 27 de noviembre de 1975. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Sánchez Fitta.

Notables estas ejecutorias, por la increíble suma de desaciertos que contiene. "Elemento preferencial" para la comprobación del cuerpo del delito llama a la confesión, que es sin lugar a duda el medio de prueba menos digno de fe. Más sospechosa resulta todavía la confesión a que alude, por referirse no a hechos materiales sino a difíciles nociones jurídico penales: "ánimo de apropiación", "cosa ajena mueble", "sin consentimiento", "disponer", "con arreglo a la ley".

Como se puede observar, el cuerpo del delito se identificó en la jurisprudencia como el tipo objetivo. Si trasladamos lo anterior a los términos del proceso penal en México durante la primera mitad del siglo XX, podemos decir que el cuerpo del delito era equivalente al tipo objetivo y todo lo demás quedaba encuadrado en la probable responsabilidad.

Así, para dar contenido a las figuras procesales cuerpo del delito y probable responsabilidad, se atendió a la estructura del sistema clásico y neoclásico, los cuales ubicaban primero al tipo objetivo, después la antijuridicidad (o ausencia de causas de justificación) y posteriormente la culpabilidad, dentro de la cual concebían al dolo y la culpa.

Lo anterior se constata con la tesis jurisprudencial siguiente:

RESPONSABILIDAD PENAL Todo acto jurídico tiene las siguientes características, puede ser constitutivo del delito, modificativo del tipo penal, agravado del contenido del injusto típico o excluyente del mismo, esto es, del hecho

de poner en peligro o de la lesión de un interés protegido por el Derecho. Ahora bien, es bien sabido conforme al Derecho material que el delito ante todo, es acción típica antijurídica y culpable cuando no concurre una causa excluyente de inculpatión. Desde este punto de vista cabe decir que cuando una conducta determina con su acción la lesión al bien jurídico, esto es, a la integridad corporal o a la privación de la vida de la parte lesa, tal comportamiento se subsume en un tipo penal; pero no es esto suficiente; un juicio de valor por parte del juez del conocimiento sino que debe contemplarlo en orden al dolo que matizó tal comportamiento y, por lo mismo, a las circunstancias especiales, ya tengan el carácter de agravado o atenuantes que puedan modificar el juicio de valor, por parte del juez *a quo* (amparo penal directo 3106/54, por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1954 y no se menciona el nombre del promovente, 6 de octubre de 1954, Unanimidad de cinco votos, ponente: Teófilo Olea y Leyva. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época t. CXXII, p. 115).

Pese a la claridad conceptual de las tesis jurisprudenciales anteriores, en su aplicación práctica se pueden encontrar tesis jurisprudenciales en las cuales se negó la acreditación del cuerpo del delito debido a la ausencia del dolo específico requerido en el tipo. Así por ejemplo, se determinó la falta de integración del cuerpo del delito de secuestro debido a la ausencia del dolo del autor.

PLAGIO O SECUESTRO (ROBO DE INFANTE) NO CONFIGURADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO). El artículo 336, del Código Penal del Estado de Querétaro, prevé el delito de plagio o secuestro (conceptos que en esta materia denotan lo mismo), que consiste en términos generales, en la privación ilegal de la libertad, acompañada de móviles o medios peligrosos, que fundamentan el grave aumento de penalidad. La fracción V de dicha disposición contempla el robo de infante. El núcleo del tipo penal lo constituye el apoderamiento de un infante menor de siete años, por un extraño al mismo o por un familiar del infante, con el propósito: a) de obtener dinero por su rescate; b) o bien, de causarle un daño o perjuicio cualquiera en su persona, en sus bienes, en su reputación, etc.; c) o bien, de causar iguales daños a una persona cualquiera que esté en relaciones de cualquier especie con el plagiado. Así, si el bien protegido con el delito de secuestro es la libertad externa de la persona, la libertad de obrar y moverse, por ende, *el dolo o elemento psíquico consiste en la conciencia y voluntad del delincuente para privar ilegítimamente a alguno de la libertad personal, ya con el fin de pedir rescate o bien de causar daño en los términos anotados, y si no media ninguno de estos supuestos, no puede concluirse que se configure el cuerpo del delito de secuestro* (amparo directo 5163/78, Rubén Pérez Cárdenas, Primera Sala, 3 de enero de 1980, mayoría de 4 votos, ponente: Raúl Cuevas Mantecón, disidente: Mario O. Rebolledo F.; *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, ts. 133-138, segunda parte, p. 174).

El mismo criterio fue seguido en la tesis jurisprudencial siguiente:

BEBIDAS ALCOHOLICAS ADULTERADAS, SU VENTA y DISTRIBUCIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 296 DEL CÓDIGO SANITARIO) En el artículo 296 del Código Sanitario se dispone que: "Los que fabriquen bebidas alcohólicas con sustancias extrañas, o las agreguen a las genuinas, capaces de alterar la salud o producir la muerte, serán sancionados con prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá a los que con conocimiento de esta circunstancia las vendan o distribuyan". Los elementos del delito por tanto, son: a) que el sujeto venda bebidas alcohólicas, b) a sabiendas de que contienen sustancias extrañas capaces de alterar la salud o producir la muerte. Cabe observar que el tipo es de dolo específico en cuanto recoge en su descripción un elemento subjetivo del injusto. En efecto, no basta que el agente activo venda las bebidas adulteradas, sino es preciso que tenga conocimiento de que estas bebidas se han adulterado por sustancias capaces de alterar la salud o producir la muerte. Por ello, para tener por comprobado el cuerpo del delito, es requisito indispensable que se demuestre en autos que el inculpado vendió o distribuyó las bebidas alcohólicas con conocimiento de su adulteración por sustancias capaces de afectar la salud o causar la muerte (amparo directo 4903/67, Raulillo Silva Cruz, Primera Sala, II de octubre de 1968, 5 votos, ponente: Ezequiel Burguete Farrera; *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, t. CXXXVI, segunda parte, p. 13).

A partir de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el día 3 de septiembre de 1993 se reformaron los artículos 16 y 19 remplazando el concepto de cuerpo del delito por el de elementos del tipo penal, -que analizaremos en el siguiente capítulo-, sin embargo, es necesario mencionar que el día 8 de marzo de 1999 mil novecientos noventa y nueve fue publicado en el Diario Oficial de la Federación y que entro en vigor al día siguiente, la reforma constitucional a los mismos artículos 16 y 19 dando vida y resurgiendo de nueva cuenta el concepto de cuerpo del delito, casi en los mismos términos en que se encontraba establecido antes de la reforma del año de 1993.

Actualmente el Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos externos

que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

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

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

En virtud de lo anterior, prácticamente el código federal de procedimientos penales sostiene que el cuerpo del delito se limita a los elementos objetivos externos, y la problemática surge como anteriormente lo hemos señalado, cuando algunos tipos penales en su descripción típica requieren de un elementos subjetivo específico como parte esencial de esta figura. Tal y como acontece con el artículo 125 del nuevo código penal para el Distrito Federal, el delito de homicidio en razón del parentesco o relación que como parte integrante de su descripción requiere “el conocimiento de la relación de parentesco” y sin este requisito, se integrará el delito de homicidio, pero no el tipo de homicidio en razón del parentesco.

Para dar una respuesta a estas problemáticas los tribunales colegiados preocupados por esta interpretación han realizado varias tesis que inclusive han sido contradictorias. En este sentido tenemos la siguiente tesis:

Novena Época

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Enero de 2001

Tesis: XXI.4o.1 P

Página: 1686

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL, INDEPENDIENTEMENTE DE LO QUE AL RESPECTO SE ESTABLEZCA EN LA LEY QUE LO REGULE, DADO EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUERRERO). El artículo 19 constitucional dispone en su primera parte que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos

que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. Por su parte el artículo 64 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Guerrero, en lo conducente dispone que el "tipo penal" se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de todos los elementos que integran la descripción de la conducta, según lo determine la ley. De lo anterior deriva que no obstante la reforma efectuada al precepto constitucional citado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, vigente a partir del día siguiente, la ley secundaria aludida no ha sido actualizada, pues sigue refiriéndose a los elementos del tipo penal y no al cuerpo del delito como lo establece el precepto constitucional. Por ello, dado el principio de supremacía constitucional plasmado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, los Jueces del Estado de Guerrero se encuentran obligados a dictar los autos de formal prisión acorde a los requisitos que exige el artículo 19 constitucional para tener por comprobado el cuerpo del delito, no los elementos del tipo penal consignados en la ley secundaria referida, ya que ésta se contrapone a la Ley Suprema, pues mientras que el cuerpo del delito exige únicamente se acrediten los elementos objetivos del delito, los elementos del tipo penal requieren del acreditamiento de todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos, como son: 1) La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro, 2) La forma de intervención del sujeto activo, 3) Si la acción u omisión fue dolosa o culposa, 4) La calidad de los sujetos activo y pasivo, 5) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, 6) El objeto material, 7) Los medios utilizados, 8) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, 9) Los elementos normativos y, 10) Los elementos subjetivos específicos, así como la probable responsabilidad del inculpado; además, deben señalarse todas las modificativas del delito o sus calificativas que pesen sobre el inculpado en la comisión de una conducta delictiva.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 7/2000. 2 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Xóchitl Guido Guzmán. Secretaria: Catalina Alicia Ramírez Romero.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 1/2001, pendiente de resolver en la Primera Sala.

Como se desprende de esta tesis, la respuesta y "solución" que se obtiene es simplemente aplicar lo que establece el artículo 19 Constitucional respecto al "cuerpo del delito" y no el concepto de tipo penal, con base en la supremacía constitucional, independientemente que en el presente capítulo hemos señalado la confusión que existe del contenido del cuerpo del delito.

Sin embargo, contrario a este razonamiento con anterioridad los tribunales colegiados emitieron la siguiente tesis:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Septiembre de 2000

Tesis: III.2o.P.67 P

Página: 735

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Es incontestable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 160/2000. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Marco Antonio Muñiz Cárdenas.

Esta forma de resolver por parte de los tribunales colegiados nos señala que el concepto de cuerpo del delito se aplica exclusivamente a las resoluciones de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, más no en la sentencia por que en ésta se sigue

aplicando el concepto de los elementos del tipo penal. Sin embargo la problemática que nos genera esta interpretación, es la de considerar distintos los dos conceptos, que consideramos son idénticos, tanto el cuerpo del delito como los elementos del tipo penal, solo cambia su aplicación, en materia procesal se denomina cuerpo del delito y en la teoría del delito nos estamos refiriendo al tipo penal. Puesto que considerarlo de otra manera sería tanto como requerir dos conceptos distintos en el proceso penal, que según la jurisprudencia que hemos analizado con anterioridad el cuerpo del delito debe subsistir antes, en el momento y después de dictada la sentencia.

Posteriormente, en lo que respecta al cuerpo del delito se dio a conocer la siguiente tesis:

Novena Época

Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomó: XIII, Mayo de 2001

Tesis: I.Go.P.20 P

Página: 1117

CUERPO DEL DELITO. FORMAN PARTE DE ÉL. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DISTINTOS AL DOLO. De la interpretación armónica y sistemática de los preceptos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 15, fracción II, del Código Penal Federal, se desprende que los elementos subjetivos específicos distintos al dolo forman parte del cuerpo del delito, en primer término, por encontrarse contenidos en la descripción típica (cuando así se observe de la misma), al igual que los elementos objetivos y normativos; en segundo lugar, en virtud de que los aspectos que integran la probable responsabilidad versan exclusivamente sobre la participación dolosa o culposa del indiciado en el injusto, la existencia de las causas de licitud y las excluyentes de culpabilidad. En este orden de ideas, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, esas ultraintenciones -como se les conoce en la dogmática penal-, deben analizarse por los tribunales como elementos del cuerpo del delito; sin embargo, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, los elementos subjetivos específicos distintos al dolo no requieren acreditarse a plenitud, toda vez que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de dichos elementos, deben analizarse por el juzgador con posterioridad al dictado de tales determinaciones.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1956/2000. 28 de febrero de 2001. Unanimidad de votos.

Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano.

Coincidimos en parte con el anterior criterio, toda vez que los elementos del cuerpo del delito son objetivos, normativos y subjetivos específicos, y nosotros agregaríamos también a los subjetivos como son el dolo y la culpa. Sin embargo, no coincidimos en el aspecto de que los elementos subjetivos específicos no deben acreditarse a plenitud, toda vez que como hemos señalado con anterioridad, cuando el tipo en su descripción requiere del elemento subjetivo específico como parte esencial del mismo, éste debe acreditarse y debe ser a plenitud, puesto que como hemos reiterado el cuerpo del delito debe acreditarse en forma plena antes, en el momento y después de haberse dictado la resolución. Máxime que solo se exige la “probabilidad” en el caso de la responsabilidad, más no para acreditar el cuerpo del delito.

CAPITULO III.

EL TIPO PENAL Y SU DESARROLLO HISTÓRICO.

3.1. CONCEPCIÓN DOGMÁTICA.

Según la posición que respecto a la teoría del delito, y específicamente a la teoría del tipo en particular, sustentara el intérprete, eran diversos los contenidos atribuidos a esta figura. Esto dio pauta a las diversas interpretaciones que se establecieron de este concepto procesal. Hubo desde quienes establecieron una concepción meramente bipartita de los elementos de delito (conducta punible), hasta quienes -sobre todo receptores de la posición traída a Latinoamérica por Jiménez de Asúa, sobre la base de la concepción de Sauer-, sostienen que el delito tiene como elementos siete componentes: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad (la llamada teoría septapartita del delito). Evidente resulta que estamos partiendo de la base, unánimemente sostenida en la doctrina, de que si bien el delito es un fenómeno que se presente en un momento dado, y como tal debe admitirse, el estudio del mismo debe realizarse descomponiendo los elementos que lo conforman, o sea, partiendo de la concepción estratificada del delito.

Como hoy no hay casi nadie que sostenga que la punibilidad es elemento del delito, sino que se admite pacíficamente que es la consecuencia jurídica del mismo, y que en muchos casos puede no darse al ser ella irracional e innecesaria (como la facultad incluso nuestra legislación positiva en el artículo 75 del nuevo código penal para el Distrito Federal), la tendencia mayoritaria ha sido desterrar como elementos del delito, con tal categoría, tanto a la imputabilidad como a las condiciones objetivas de punibilidad y a la punibilidad. De ahí que en lo sucesivo hablaremos de un concepto tripartito de delito: la acción típica, antijurídica y culpable, considerando a la acción no elemento, sino como presupuesto del delito, como de todo hecho relevante para el derecho, en cualquiera de sus áreas.

El cuerpo del delito, entonces, venía necesariamente a ser continente de alguno o algunos de los elementos del delito. Por disposición expresa del legislador, se estableció que su componente era la conducta típica. El artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal y el 168 del código federal de procedimientos penales lo señalaron de manera clara. Esto era un imperativo, y sólo sobre esa base fue admisible hacer dogmática (reformular coherentemente la ley para desentrañar contenidos reales que esta figura tuvo), y en su caso poder establecer los elementos que en cada delito en particular debían acreditarse para afirmar que esta figura se encontraba comprobada. Nos referimos por tanto, a aquellas consideraciones que, partiendo igualmente de concepciones sustantivas, determinaron lo que debía tenerse por cuerpo del delito.

3.2. ANÁLISIS HISTÓRICO DEL TIPO.

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

Por ello, en derecho penal se dice que un comportamiento es típico cuando coincide con lo previsto en un tipo penal. Así, por ejemplo, la acción de privar de la vida a otro es típica, pues es exactamente la descripción que del homicidio formula el artículo 123 del nuevo código penal para el Distrito Federal.

Es evidente en consecuencia que aún cuando las expresiones tipo y tipicidad son conceptualmente diversas, deben ser tratadas conjuntamente ya que son notoriamente interdependientes.

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

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

Basado en este precedente teórico, Beling afirmó que en toda acción contraria a derecho, existe conceptualmente un momento previo en que la conducta coincide con la descripción contenida en la ley, y por ello sugirió diferenciar los niveles de análisis que hasta entonces eran realizados bajo el común denominador de la antijuridicidad.

Para poder verificar si una acción es contraria a la norma, previamente es preciso constatar si coincide con lo que dice la ley, y es precisamente a esa característica de la acción de poder ser subsumida en la descripción legal a lo que Beling llamó tipicidad. Recién después es viable analizar si la conducta es antijurídica (contraria a la norma), lo que depende de la inexistencia de causas de justificación.

La distinción entre tipo y antijuridicidad así presentada, fue utilizada por Beling para resolver problemas de la teoría del error, pues si bien ambas características condicionan la pena, pueden diferenciarse según sea necesario que el autor las hubiere o no conocido.

Beling distinguió entonces dos condiciones de punibilidad: a) aquellas que necesitan ser conocidas por el autor para fundamentar la imposición de una pena, que son precisamente las que pertenecen al tipo y por lo mismo deben ser captadas por el dolo. Lógicamente respecto de ellas un error resulta relevante, dando origen a un error de tipo; b)

aquellas otras respecto a las cuales un error resulta irrelevante, pues no necesitan ser conocidas por el delincuente. Estas últimas quedan fuera del ámbito del tipo y por ello no necesitan ser captadas por el dolo.

La teoría de Beling permitió precisar en un primer momento el concepto de tipo al limitarlo a uno solo de los presupuestos de la pena, dando origen al esquema que para la sistematización del delito ofreció el positivismo y que hoy se conoce como teoría clásica.

Este modelo permitió una ordenación conceptual en la que cada eslabón de la teoría del delito mantuvo independencia: la acción concebida como el elemento natural, el tipo como juicio de adecuación meramente descriptivo, la antijuridicidad como valoración referida a la parte externa de la conducta, y la culpabilidad finalmente como el elemento que permitía valorar la parte interna (ánímica) del comportamiento.

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

Los factores que gravitaron fueron múltiples y complejos, por lo que sólo aludiremos a los más relevantes.

Hubo en primer lugar necesidad de adecuar el esquema original antes descrito, al ponerse de manifiesto que no necesariamente todos los tipos penales presentan una estructura meramente descriptiva. Algunos textos legales describen la prohibición incorporando elementos que exigen valoraciones normativas o culturales (elementos normativos del tipo), en tanto que otros exigen que el autor oriente su comportamiento en función de una especial finalidad (elementos subjetivos del tipo). Ejemplo de lo primero se observa en la necesidad de que la cosa sea ajena, en el tipo del artículo 220 del nuevo código penal para el Distrito Federal y de lo segundo en el conocimiento de "a sabiendas" en la descripción que del uso de documento falso el artículo 336 fracción II del mismo ordenamiento.

Influyó también la evolución de la teoría del error en general y más específicamente algunas construcciones orientadas a asimilar el error de prohibición al de tipo, adjudicándole similares efectos exculpantes.

Se observa un progresivo proceso de aproximación entre tipo y antijuridicidad en las sistematizaciones posteriores al positivismo legal, cuyas manifestaciones más significativas fueron la idea de que la tipicidad era razón de ser del injusto y la teoría de los elementos negativos del tipo.

La innovación más relevante y de consecuencias más perdurables fue realizada por el finalismo, fundamentalmente por efecto de la reformulación del concepto y la reubicación sistemática del dolo en el ámbito del tipo.

La doctrina contemporánea nos propone una noción de tipo sistemático comprensiva de un tipo objetivo integrado por elementos objetivos y normativos y un tipo subjetivo exclusivamente integrado por elementos referidos a la parte interna del comportamiento, de los que el dolo es el de mayor relieve.

La teoría del tipo penal fue receptada en la dogmática penal hispanoamericana por la obra de Jiménez de Asúa, quien desde 1930 propuso adoptar el sistema de Beling. Su desarrollo, sin embargo, sufrió algunas modificaciones como consecuencia de que los autores españoles y latinoamericanos la destinaron prioritariamente a cumplir funciones distintas para las que fue originalmente concebida.

Consecuencia de lo anterior fue la tendencia a escindir la teoría del tipo del sistema del error vinculándola al principio de legalidad, es decir a la garantía constitucional que se consagra en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

En realidad este principio puede identificarse con la tipicidad, pues la garantía no sólo exige que la conducta prohibida esté previamente descrita en la ley sino que requiere

que todas las condiciones de punibilidad estén expresadas en la ley antes de la comisión del delito.

Consecuencia del proceso aludido es que la literatura jurídico penal ofrezca más de un concepto de tipo, cada uno de los cuales difiere en su contenido, así como en la función que se le adjudica.

La noción de tipo-garantía es utilizada para relacionar la idea de tipicidad con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en cuya virtud sólo pueden ser sancionadas aquellas conductas que han sido previamente previstas por la ley y conminadas con pena, la fuente normativa de este principio de legalidad se encuentra en lo previsto en el artículo 14 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es este el concepto más amplio de tipo, pues como llevamos dicho, necesariamente la garantía de legalidad se proyecta sobre todos los presupuestos de la pena. Consiguientemente esta noción amplia de tipo no puede diferenciarse del concepto de delito.

La noción de tipo-sistemático ha sido consecuencia de la elaboración que la doctrina ha formulado en el seno de la teoría del delito aludiendo a una sola de las características que la acción debe presentar para que se pueda aplicar una pena.

Se trata de un concepto más restringido que el anterior pues solo alude a un elemento del delito y no comprende a los demás presupuestos de la pena. El concepto de es conceptualmente previo e independiente a los de antijuricidad y culpabilidad y por lo mismo no los comprende.

La noción de tipo error es aún más restringida, pues se limita a comprender los elementos externos que deben ser captados por el dolo y respecto de los cuales un error es relevante.

Cuando se dice, por ejemplo, que el autor obro con dolo en la medida en que tuvo conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo, se está haciendo referencia a este último concepto.

Corresponde aclarar en función de lo referido, que las precisiones conceptuales relativas a la estructura del tipo penal, como las que se formulan a continuación, están exclusivamente referidas al tipo sistemático.

Como consecuencia de los aportes del finalismo, en cuya virtud se puso de manifiesto que el juicio de subsunción que caracteriza la adecuación típica no puede quedar reducido al análisis de la parte externa del comportamiento, corresponde distinguir en el tipo sistemático de los delitos dolosos, entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

El tipo objetivo comprendería todos los elementos descriptivos y normativos previstos en la descripción legal. El subjetivo estaría integrado por el dolo y en su caso por los llamados elementos subjetivos del tipo.

El tipo objetivo incluye elementos descriptivos que son aquellos que pueden ser captados por medio de los sentidos, y normativos respecto de los cuales es necesaria una valoración jurídica o cultural.

El más importante de los elementos descriptivos del tipo objetivo es la acción, usualmente denominada núcleo del tipo, y frecuentemente expresada por medio de un verbo consignado por el legislador (apoderarse, engañar, matar, etc.).

Es además frecuente, que el legislador exija la concurrencia de ciertas modalidades, entre las que pueden mencionar algunas referencias, como por ejemplo:

a) A la víctima, como es el caso del tipo estupro (artículo 177 del nuevo código penal para el Distrito Federal) exige que la persona ofendida sea "mujer".

b) Al lugar en que la acción debe ser realizada, como el artículo 224, fracción I, del nuevo código penal para el Distrito Federal que describe el robo cometido en "lugar destinado para la habitación".

c) Al objeto, como el tipo del artículo 220 del nuevo código penal para el Distrito Federal, según el cual es robo el apoderamiento de una "cosa mueble".

d) Al tiempo como en el aborto, cuyo tipo esta limitado a causar la muerte del producto de la concepción "en cualquier momento" de la preñez (artículo 144 del nuevo código penal para el Distrito Federal).

e) Al medio empleado por el autor, como en el tipo del estupro en el artículo 177 del nuevo código penal para el Distrito Federal que exige "engaño".

Algunos autores aluden a referencias al autor en el caso de tipos que solo ciertas personas pueden cometer, como en el caso del peculado, que únicamente puede ser realizado por un "servidor público". La doctrina dominante aprecia, sin embargo que la calidad de autor en los llamados delitos especiales no es una modalidad del tipo sino un elemento del deber jurídico.

El ejemplo de un elemento normativo lo ofrece el tipo del artículo 220 del nuevo código penal para el Distrito Federal cuando describe como robo el apoderamiento de una cosa "ajena", lo que exige una valoración jurídica.

En otros casos se advierte la presencia de elementos normativos al requerirse valoraciones de índole cultural, como el requisito del tipo de fraude de que se obtenga "un lucro indebido" (artículo 230 del nuevo código penal para el Distrito Federal).

El elemento principal del tipo subjetivo es el dolo. Sin embargo, en algunos casos la descripción alude a una especial finalidad en el autor, como cuando en el artículo 125 del nuevo código penal para el Distrito Federal se condicione la consumación del homicidio en

razón del parentesco o relación a que el autor haya tenido “el conocimiento de la relación de parentesco” en relación con la víctima.

Cabe aclarar que los delitos culposos no tienen tipo subjetivo, lo que los diferencia de los dolosos a nivel de la tipicidad.

3.3. CONCEPTO DE TIPO PENAL.

En primer lugar, podemos afirmar que el tipo penal es la descripción que el legislador hace de un determinado comportamiento humano antijurídico. De tal forma es considerado una acción legalmente tipificada; que comprende aquellos elementos que constituyen la esencia de la conducta, esto es la voluntad dirigida a determinada dirección y la puesta en marcha de dicha voluntad⁵⁶. Sin embargo, y debido a que el complejo contenido de ilícito de una acción sólo puede ser aportado por un resultado separable de aquélla en el plano del pensamiento, y que siempre es sólo determinable conforme a criterios jurídicos-penales, tal resultado es componente del tipo. Con ello aparece el tipo como fenómeno complejo, que contiene en sí la voluntad, la actuación de esa voluntad y el resultado.⁵⁷ Por ello, la unión de la parte objetiva y subjetiva del tipo nos permiten obtener como resultado al hecho punible, que en comparación con la tradicional doctrina del tipo se lo ve ahora de manera pluridimensional, puesto que mientras la antigua doctrina objetiva del tipo, que por su parte también pretendía ofrecer un cuadro guía del *iter criminis*, el cual podía valer a lo sumo como una fotografía del acontecer externo, sólo el tipo complejo permite un enjuiciamiento exhaustivo del hecho.⁵⁸

⁵⁶No por ello debemos olvidar que el delito es una unidad en la que analíticamente deben distinguirse sus características. La descriptiva es la tipicidad. Conf. JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Ed. Losada 1965, p. 777.

⁵⁷MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Ed. Astrea 1994, p. 350.

⁵⁸Encontramos así que el tipo se conforma por una parte objetiva, que comprende la objetivación de un hecho externo plasmado en la ley y del tipo subjetivo, que incluye el conocimiento del tipo objetivo y la voluntad de su realización.

Hans Welzel asevera que "tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual".⁵⁹ "Tipo -dice Maurach- es la terminante descripción de una determinada conducta humana antijurídica... El tipo aparece, pues, como un fenómeno complejo, comprensivo de la voluntad, de la manifestación de voluntad y del resultado".⁶⁰ En otra página, dice Maurach: "El tipo es una acción antijurídica, plasmada en una figura legal, enlazada al resultado".⁶¹ Jiménez de Asúa opina que "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".⁶² Jiménez Huerta dice lo siguiente: "El tipo es la descripción de conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible",⁶³ y agrega: "El tipo plasmado en la ley tiene un carácter estático, pues permanece en el mismo estado a la vista de todos aquellos que lo interpretan bien".⁶⁴

Por ser Beling el creador de la teoría del tipo, se incluyen párrafos íntegros de su obra:

"El delito-tipo significa sólo la función de los distintos contenidos como "esquema" para la figura delictiva correspondiente... Todo delito-tipo traza fundamentalmente el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase, y cuenta con que el examen de los hechos humanos establezca si éstos corresponden a ese cuadro. Es en este sentido, todos los contenidos del delito-tipo son equivalentes entre sí. De acuerdo con los elementos o notas del delito-tipo se pueden distinguir grupos de delito-tipos que luego permiten una agrupación de clases de delitos".⁶⁵

"El delito-tipo (< gesetzhliche Tatbestand >) es un concepto fundamental para todo el Derecho Penal. Su importancia no se limita a la de constituir el esquema unitario para cada figura delictiva autónoma, esquema en el cual todas las características de éstas se enhebran como un hilo... El lenguaje jurídico emplea, desgraciadamente, la palabra < Tatbestand > en otros sentidos completamente distintos. 1. Se llama < Tatbestand > al caso concreto que se debe juzgar. Para eso está, sin embargo, la palabra < caso > (< Sachverhalt >). 2. Se habla del < Tatbestand general del delito >, entendiéndose con ello la totalidad de las condiciones de la existencia de una acción

⁵⁹ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p.47.

⁶⁰ MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, T. I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p.267.

⁶¹ *Ibidem*, p.286.

⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, III, Editorial Losada, Buenos Aires, 1958, p. 745.

⁶³ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *La tipicidad*, Ed. Porrúa, México, 1955, p.15.

⁶⁴ *Idem*

⁶⁵ BELING, *Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, p44. Citado por ISLAS MAGALLANES Olga y RAMÍREZ, Elpidio, *Op. Cit.*

punible. Pero para eso más sencillo es decir: concepto del delito. 3. Se habla de un < Tatbestand especial del delito > para cada clase de delitos, p. ej. el del < asesinato >. Esto no es nada más que la figura de delito de una clase determinada de delitos. Con la designación < Tatbestand >, se ocurrece aquí lo esencial del sentido del § 59, C.P.; según aquel modo de expresarse, correspondería al < Tatbestand >, entre otros elementos, la muerte en el caso de lesiones seguidas de muerte (C.P., 226); en consecuencia, de acuerdo al § 59, lo subjetivo del autor debiera referirse a ella también, siendo que se reconoce siempre que en tal caso, conforme al § 59, la muerte está más allá del < Tatbestand >. 4. Se separan un Tatbestand < interno > confúndese además frecuentemente la situación espiritual del autor y el concepto jurídico de culpabilidad referible a ese estado. 5. Se habla de un < Tatbestand de la tentativa, de la instigación, de la complicidad >. Y con ello se piensa en las < características > de la tentativa, etc. Designando a esto con la palabra < Tatbestand > se confunde en un mismo plano el < Tatbestand de la tentativa >, etc., con el del asesinato, el hurto, etc., con lo cual se da un cuadro completamente contrahecho, como si las formas accesorias fuesen clases coordinadas de delitos. 6. En forma parecida se designan, en general, con la palabra < Tatbestand > las características de todo concepto jurídico, < Tatbestand de la legítima defensa >, < Tatbestand de la prescripción >, etc. 7. Finalmente, no se ha superado aún la costumbre de designar como < Tatbestand legal > a las palabras literales y externamente textuales, con las cuales los párrafos especiales de la ley establecen las condiciones para que se pueda aplicar la pena. Según esto, p.ej., la antijuridicidad pertenecería al Tatbestand (delito-tipo) en el § 303, pero no en el § 211, y el § 185 no tendría ningún Tatbestand legal. Esta manera de expresarse no tiene objeto alguno. Sólo puede conducir a una jurisprudencia literal".

"Es evidente que tal variedad de acepciones para una sola palabra, sólo confusiones puede causar. Es, pues, absolutamente necesario hablar del < Tatbestand > exclusivamente en el sentido del Tatbestand legal estricto (delito-tipo), a cuya esencia nos hemos referido. Para los demás existen a disposición expresiones distintas y adecuadas".⁶⁶

Funcionalmente el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.⁶⁷

Asimismo no debemos caer en el error de confundir tipo con tipicidad, dado que suele darse a esta última un doble sentido: mientras que el juicio de tipicidad resulta ser la función por la que ésta se establece, la tipicidad de una conducta es el resultado del juicio anterior y una característica de la conducta y del delito.⁶⁸

Por su parte las leyes penales, según se han entendido tradicionalmente, contienen dos partes: el precepto por el cual se prohíbe o manda algún comportamiento y la sanción que se prevé para el incumplimiento del mismo. Pero su surgimiento se debe a que el

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 48 - 51.

⁶⁷ *Cfr.* CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 167.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Ediar 1987, T. III, p. 171. De esta manera es dable afirmar que en tanto el tipo pertenece a la ley, la adecuación al tipo pertenece a la conducta y, por ende al delito. Lo descriptivo aquí es el tipo, porque en el delito, que es una conducta humana, no hay nada descriptivo, puesto que la misma debe encontrar adecuación en aquél.

derecho cuando tiene interés en que ciertos entes sean preservados, los valora positivamente y al hacerlo los hace objeto de interés jurídico; por cuanto entre el reconocimiento de un interés como valor social (bien jurídico) y la creación de una conminación penal que sirva a su protección (tipo) se ubica la constitución de la norma que manda o prohíbe alguna acción disvaliosa.

De esta forma, el delincuente transgrede la norma en cuanto precepto que le prescribe el hilo conductor de su actuar. En este sentido, Binding descubrió que el delincuente no violaba el tipo penal, sino al contrario, que lo cumplía.⁶⁹ Cuando el sujeto realiza por ejemplo el tipo penal de homicidio, no está haciendo otra cosa que cumplir con el tipo penal, pero desde otro punto de vista, violando la norma que dice, por ejemplo, "no matarás". Así, la pena puede dictarse sólo porque la acción descrita en la ley y la cometida por el ladrón se superponen conceptualmente. Nada más lejano que afirmar que el delincuente contraviene la ley penal según la cual se lo sanciona; por el contrario, para que se lo pueda sancionar, el delincuente siempre tendrá que haber obrado en consonancia, de acuerdo, con la primera parte de esta ley",⁷⁰ por ello dicha relación puede ser descripta como que "solo se castiga al que actúa meticulosamente al pie de la letra la ley penal".⁷¹

De esta manera se colige que la teoría del tipo penal es un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido. La acción ejecutada por el autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un tipo penal.⁷² Es decir que si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, esta conducta entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la "antinormatividad" de la conducta. Ahora bien, toda realización del tipo de una norma prohibitiva es ciertamente antinormativa, pero no siempre antijurídica. Pues el

⁶⁹ Esto le hace decir a BINDING que existe la norma, que es el precepto según el cual se prohíbe algo ("harás o dejarás de hacer") y la ley en la cual, inversamente, se fija la acción contraria a la norma. Conf. FONTÁN BALESTRA CARLOS, "Función de la Tipicidad en Nuestro Derecho Penal", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, año IV 1949, tomo II, p. 1689.

⁷⁰ BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Ed. TEMIS 1996, p. 27, citando textualmente a BINDING, Normen, I p.4.

⁷¹ DONNA, Edgardo, Alberto, "Capacidad de culpabilidad o imputabilidad", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

⁷² BACIGALUPO, Enrique, *Op. Cit.*, p. 80.

ordenamiento jurídico se compone no sólo de normas, sino también de preceptos permisivos ("autorizaciones").⁷³

Por ello se ha afirmado que el moderno derecho penal del estado de derecho está vinculado al tipo; el tipo representa, primeramente, una limitación al poder punitivo del estado (función de garantía) y por el otro el fundamento del delito (función fundamental).⁷⁴

3.4. LAS FUNCIONES DEL TIPO PENAL.

El tipo cumple, entre otras, cuatro funciones fundamentales:

- a) Una función sancionadora, represiva, de las conductas típicas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad).
- b) Una función de garantía, pues sólo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionadas; principio de: "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*";
- c) Una función fundamentadora: toda construcción dogmática deberá tener como soporte al tipo; y
- d) Una función preventiva; el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.⁷⁵

3.4.1. FUNCIÓN DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS.⁷⁶

La primer consecuencia de la concepción del tipo penal, y mediante la cual se explica su surgimiento, es la de protección de bienes jurídicos puesto que no se concibe que exista una conducta típica sin que se afecte un bien jurídico, ya que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes. El derecho penal

⁷³ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Ed. Jurídica Cuyo, 1993, p. 59.

⁷⁴ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Op. Cit.*, p. 348.

⁷⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p.40.

⁷⁶ LA ROSA, Mariano R. *Las Funciones del Tipo Penal*, en <http://www.derechopenalonline.com/>

sólo encuentra justificativo cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad que se estructura sobre la base de la libertad de las personas.⁷⁷

Así, el derecho penal comparte con las demás ramas del derecho la tarea de protección de la paz jurídica. Sin embargo, la especial función de protección del derecho penal deriva de la tarea de la defensa represiva que sobre él recae frente a las perturbaciones especialmente graves a la paz. Estas perturbaciones son las que afectan intereses que para la convicción general de la comunidad aparecen como particularmente valiosos y, por lo mismo, especialmente necesitados de protección. Se ha hecho costumbre describir tales intereses jurídicos penalmente protegidos como bienes jurídicos y, asimismo, definir la tarea del derecho penal como la protección de bienes jurídicos en virtud de medios específicos.⁷⁸

De este modo, la reacción penal se produce cuando el legislador no quiere someter los bienes jurídicos al riesgo de una lesión o la prevención general aconseja que se los proteja penalmente. También debe actuar el derecho penal para buscar formas resocializadoras que no conoce el derecho civil; en el sentido de que se entrelazan los principios de prevención, tanto especial como general, de manera que la reacción penal sea la única que garantice suficientemente la preservación del bien jurídico.⁷⁹

En consecuencia, la herramienta conceptual y legal a través de la cual se materializa la mencionada protección radica en que el ordenamiento jurídico acuña los tipos legales a tal efecto. Siendo que junto a la incorporación de un bien de protección al círculo de los bienes jurídicos penalmente protegidos, son de importancia decisiva el grado y la selección de las distintas formas de agresión frente a los cuales se concede dicha protección. En tal sentido van desde una defensa integral (como la vida y la integridad corporal) hasta una

⁷⁷ RUDOLPH, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, Ed. Nuevo Pensamiento Penal, 1975, p. 338. Entiende el autor que, en general, pueden describirse a los bienes jurídicos, como funciones importantes para la vida social en el ámbito de la Constitución. O dicho de otra manera, se trata de unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente y, por lo tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados.

⁷⁸ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Op. Cit.*, p. 333.

⁷⁹ DONNA Edgardo A., *Teoría de Delito y de la Pena*, Tomo I. Ed. Astrea 1996, p. 221, en referencia a la teoría del tipo de ROXIN.

protección sólo frente a determinadas formas de agresión (como en el caso del patrimonio) o bien a partir de una cierta intensidad.

Por ello, sin la objetividad jurídica no puede concebirse al tipo penal, no bastando con la lesión efectiva o el peligro de lesión de un determinado bien predicable del hombre, de la sociedad o del Estado, para que pueda hablarse de delito, es indispensable además que la conducta que lo ocasiona haya sido tipificada por el legislador en una norma con el fin de tutelar precisamente tales bienes. Si se quisiera estructurar la conminación penal a base de la mera inviolabilidad del bien jurídico, señala Maurach que "debería castigarse toda acción causante de la lesión o peligro del bien, pero basta examinar los tipos penales para percatarse de que no es esto lo que hace el derecho penal, en la gran mayoría de los casos solo están conminados con pena determinados ataques al bien jurídico; así, no existe tipo penal alguno que castigue toda lesión de la propiedad ajena; lo único que existe son tipos que sitúan bajo pena el hurto, la apropiación indebida, etc."⁸⁰

3.4.2. LA FUNCIÓN SISTEMÁTICA.

En este sentido, el tipo abarca el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata. Beling al denominar "tipo" al conjunto de esos elementos, obtuvo para la teoría del delito una nueva categoría que podía ser introducida entre los conceptos de la acción y la antijuridicidad. Anteriormente, la mayoría de los autores habían definido al delito como "acción antijurídica, culpable y amenazada con pena", la tipicidad se escondía entonces en la expresión "amenazada con pena"; de esta manera se caracterizó a esa formulación como difusa, por que no permitía reconocer que cualidades ha de tener una acción para estar amenazada con una sanción. Frente a esto, la categoría del tipo ofrece la posibilidad de asignar una firme posición sistemática a numerosos elementos errantes del ilícito, que antes no tenían un lugar fijo en la teoría general del delito. Esta función se concreta entonces, en lograr que en una categoría determinada hallemos los elementos fundamentales que caractericen al supuesto de hecho como típico.

⁸⁰ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Op. Cit.*, p. 335.

Este tipo sistemático-fundamentador es un concepto lógico necesario, porque si hay injustos que no son delitos, como los civiles o los administrativos, es menester antes de hacer recaer el juicio de desvalor definitivo que es la antijuridicidad y el de reproche del autor que es la culpabilidad, fijar el objeto sobre el que ese juicio habrá de recaer, este cometido lo debe cumplir exclusivamente el tipo en cualquier sistema político constitucional.⁸¹ De esta manera, el juicio de tipicidad cumple una función fundamental en la sistemática penal, porque sin él la teoría del delito quedaría sin plataforma, porque la antijuridicidad deambularía sin sujeción a concepto alguno, y la culpabilidad perdería sustentación por el desdibujamiento de su objeto.

Entonces, debemos tener en cuenta que el tipo penal es el punto de partida del examen judicial de un caso concreto, el cual debe realizarse conforme a un procedimiento abreviado, posibilitando por la creación del tipo y que al mismo tiempo permita ofrecer la garantía de seguridad jurídica. Dado que el tipo consiste en la descripción general de acciones antijurídicas, ello permite la selección inmediata entre los ilícitos punibles y los no punibles.⁸²

Además las legislaciones antiguas no conocieron ningún esquema de clasificación de los delitos, una verdadera teoría general del derecho penal solo aparece en los comienzos del siglo XIX, cuando el pensamiento filosófico de Hegel y de Kant penetró en la conciencia jurídica alemana y europea, el fenómeno resulta explicable porque sólo mediante una visión filosófica de los hechos humanos vinculados al ordenamiento jurídico puede crearse una teoría coherente del delito. Pero esta influencia se redujo al ámbito de la parte general, la especial continuó siendo tratada con un criterio eminentemente pragmático y casuista, con lo que se produjo un divorcio absoluto entre ambas. Esta escisión, encerró al estudioso en dos mundos diferentes, el de la teoría general del delito y el de las diversas figuras de la parte especial, no se comprendió que el derecho penal constituye un todo inescindible y que una correcta sistematización de los ilícitos consagrados en la parte especial de los códigos no puede ser sino el resultado de una teoría general del delito.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio R., *Op. Cit.*, p. 179.

⁸² MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Op. Cit.*, p. 348.

De esta manera, la teoría de la tipicidad ha venido a llenar un gran vacío en el derecho penal: la tajante separación existente aún entre la parte general y la especial, gracias a ella es posible ahora lograr una verdadera sistematización de la parte especial del derecho penal.⁸³

Asimismo, encontramos una función interna del tipo, como rectorado de todos los elementos estructurales del delito. Desde este punto de vista, esto es dentro de la propia teoría del delito, el tipo rige todos los elementos que conforman el particular delito,⁸⁴ porque es por medio de sus descripciones como tienen que mensurarse los límites de la acción, los extremos de la causalidad (jurídicamente relevante), el bien jurídico protegido cuyo ataque forma el contenido de la antijuridicidad, los fundamentos del juicio de reproche, y en los casos correspondientes, determinar los confines de la delictuosidad, que dependen de sus extensiones o modalidades por imperio de regulaciones genéricas aplicables a todos los tipos, como ocurre con la tentativa y la participación.-

3.4.3. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA.

Las líneas que distinguen la culpabilidad de la inocencia, el comportamiento punible del que no lo es, parecieron tan importantes para el derecho penal, que éste, y contra su práctica usual, no quiso confiarlas al derecho en cuanto tal, a la globalidad de las fuentes jurídicas y a sus más o menos eficaces auxiliares, sino a la clara regulación de la ley escrita, unívoca, y no pasible de extensión. Este presupuesto es conocido tradicional y restrictivamente como la genuina función de garantía de la ley penal: más precisamente, como la función de garantía individual de las amenazas de pena.⁸⁵

Entonces, el tipo penal sirve al desarrollo del principio de legalidad. La determinación de este fin es en principio formal. Es decir, la proposición del *nulla poena* sólo brinda la forma, pero no asegura en cambio el contenido del tipo penal.⁸⁶ En efecto, el tipo penal tiene como principal misión mostrar claramente a los ojos del ciudadano los límites del espacio libre de penalidad a fin de que pueda orientar de tal modo su conducta.

⁸³ REYES ECHANDIA, *Tipicidad*, Ed. Temis, 1997, p. 16.

⁸⁴ 18 CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. ASTREA, 1995, p. 186.

⁸⁵ 19 MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Op. Cit.*, p. 156.

⁸⁶ DONNA, Edgardo A., *Teoría de Delito y de la Pena*, *Op. Cit.*, p. 217.

Así considerado, la función de garantía de los tipos penales es la materialización del principio de legalidad: no está prohibido con relevancia de delito, lo que la ley no prohíbe, comprendiendo en tal principio a todos los presupuestos que una conducta requiere para ser punida, así como también los requisitos de procedibilidad que da lugar a la misma y la concreta aspiración de pena aplicable al caso. La seguridad jurídica reclama entonces la previsibilidad y la capacidad de medir previamente la pena. Por ello no solo la proporcionalidad entre pena y castigo, sino también la determinación y delimitación de comportamientos punibles debe corresponder a los estrictos presupuestos jurídicos constitucionales. Sólo queda sometido a una pena quien haya cometido un determinado delito, que le sea comprobado concretamente.⁸⁷

El desarrollo del principio "no hay delito ni pena sin ley" tiene su origen en la ilustración y su formulación latina proviene de Feuerbach.⁸⁸ Teórico-penalmente se basa en la idea de la prevención general, según la cual una norma penal puede resultar más eficaz en la medida en que el supuesto de hecho típico y su pena estén precisamente determinados; desde la perspectiva del estado, se trata de la exclusión de la arbitrariedad judicial por medio de la sujeción a la ley.

Este principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy pueda o no acordarse; sino que asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda ser calificada como jurídica y no como puro régimen de fuerza.⁸⁹

Por el contrario, una disposición general e indeterminada no permitiría reconocer qué conducta en particular resulta prohibida. Ni el ciudadano puede saber qué hacer u omitir, ni el Juez puede distinguir qué es lo que debe castigar. Por ello, el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que circunscribir

⁸⁷ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Op. Cit.*, p. 156.

⁸⁸ ESSER ALBIN, Burkhardt Björn, *Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Ed. Colex 1995, p.51.

⁸⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*. Ed. Tea 1994, Tomo I, p. 136. Considera el autor que es un mérito sobresaliente de BELING haber mostrado en 1906, que la efectiva vigencia del principio *nullum crimen sine lege* exige que la ley anterior, además de ser anterior reúna algunas otras condiciones y, en particular, la de que consista en la definición específica de un tipo de acción.

objetivamente la conducta que prohíbe; tiene que especificar la materia de sus prohibiciones, la que contiene la descripción objetiva, material (el modelo de conducta) de la acción prohibida.⁹⁰

Cuando se dice que el derecho penal actual es un derecho penal de tipo y no de la actitud interna, o que predominantemente es derecho penal del hecho y no del autor, tras tales expresiones emblemáticas se encuentra siempre la apelación al significado político criminal del tipo, en el sentido de delimitador del ámbito de lo punible.⁹¹

Del respeto del principio de legalidad, se espera además, una estrecha sujeción de la jurisprudencia a la ley, una mayor transparencia en la aplicación del derecho y en su justificación, y de este modo, una mejor previsibilidad y al mismo tiempo, controlabilidad, de aquello que sucede en la legislación y en la jurisprudencia penales. La legalidad no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo.⁹² En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena podrá fundarse en la ley penal.⁹³

De esta manera se vislumbran las diversas funciones que posee el principio de legalidad, puesto que por un lado determina las condiciones de legitimidad constitucional de la pena, garantizando un origen democrático del derecho penal, así como la objetividad de su contenido. Por otro lado, sus exigencias resultan necesarias para el establecimiento de un derecho penal de culpabilidad, que condicione la responsabilidad penal al posible conocimiento de las prohibiciones y mandatos legales y de sus consecuencias.⁹⁴

Asimismo, las consecuencias básicas del principio "no hay pena sin ley" se proyectan en el tipo legal, sobre los principios "*nulla poena sine lege scripta*", exclusión de

⁹⁰ WELZEL, Hans, *Op. Cit.*, p. 58. Agrega el autor que el derecho penal tiene una especial importancia: el que se concrete el contenido de la prohibición. Pues sólo gracias a esa especificación concreta de la materia de la prohibición se satisface la exigencia del principio *nulla poena sine lege*. Por ello el derecho penal tiene que cuidar, en mayor grado que los otros sectores del ordenamiento jurídico, la descripción objetiva lo más exacta posible, de su modelo de conducta negativa: tiene que ser derecho penal "sustancial".

⁹¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo 1, Ed. Civitas, 1997, p. 227.

⁹² HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Ed. Ad-Hoc, p.22.

⁹³ BACIGALUPO, Enrique, *Op. Cit.*, p. 33.

⁹⁴ Recordemos que en virtud de el principio de culpabilidad, un hecho típico sólo puede serle atribuido a un individuo tanto objetiva como subjetivamente; dado que se le reprocha no haberse motivado en la norma cuando tenía posibilidades de hacerlo, siendo el resultado disvalioso producto de su libre y razonado accionar.

tipos extralegales, en especial de origen consuetudinario, "*nulla poena sine lege stricta*", prohibición de la analogía fundante o agravante de la pena y "*nulla poena sine lege praevia*", exclusión del efecto retroactivo de tipos nuevos o agravados. En todos estos casos el tipo es siempre tipo de garantía en el sentido del *ius puniendi*. Cada una de ellas, tiene un destinatario preciso: la exigencia de no aplicación retroactiva de la ley (*lex praevia*) se dirige tanto al legislador como al Juez, la de no aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*) al igual que la de no extensión del derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*) al juez, y por último, la de no aplicación de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*) tiene por destinatario básicamente al legislador y subsidiariamente al juez.⁹⁵

En primer lugar, la prohibición del derecho consuetudinario (*lex scripta*) se justifica en tanto la legalidad requiere ya por su significado literal un derecho escrito, consecuencia que no se puedan crear nuevos supuestos de hecho típicos ni nuevas agravaciones de pena por medio del derecho consuetudinario no escrito. En tal sentido, la aplicación de la norma ajustarse a la literalidad del precepto, configurándose de este modo una auténtica dirección unitaria en la aplicación del derecho.

La prohibición de retroactividad (*lex praevia*) se fundamenta por un lado en la finalidad de determinación preventivo general, según la cual las normas de derecho penal deben motivar a un comportamiento social determinado; y por otro lado en la protección de la confianza en el ordenamiento jurídico bajo aspectos de la libertad, puesto que el ciudadano debe saber que puede realizar sin miedo lo que no se encuentra prohibido.

El mandato de determinación (*Nullum crime sine lege certa*) es una de las funciones más importante del tipo penal, puesto que la mera existencia de una ley no brinda todavía la plena seguridad de que el principio de legalidad se halle vigente, dado que si la misma solo establece fórmulas vacías o indeterminadas, su ámbito de aplicación tampoco será previsible, por eso ella debe ser precisa en su significado a fin de que su aplicación sea contundente. Pero, por otra parte, no se debe extremar el mandato de la determinación de la ley, pues de lo contrario la misma se tornaría excesivamente rígida y casuística y no se

⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Ed. Hammurabi, 1999, p- 45.

podría adecuar a la evolución de la vida, al cambio de las situaciones o a las características especiales del caso concreto.

Entonces no cabe objeción alguna contra el uso de cláusulas y conceptos jurídicos generales, siempre y cuando sea posible establecer una base aceptable para la interpretación y la aplicación de la norma, utilizando para ello los métodos de interpretación conocidos o sobre la base de una consolidada jurisprudencia, de tal forma que el ciudadano tenga la posibilidad de reconocer el valor jurídico protegido por la norma penal.⁹⁶

De esta forma, la determinación del supuesto de hecho típico no puede referirse ni a una exclusión total de ambigüedad, ni a la exclusión de valoraciones. Tampoco presupone únicamente la utilización de conceptos descriptivos, sino que debe ser compatible con los elementos normativos del tipo, con las cláusulas generales y con todo otro concepto a que se haga referencia y que requieran una valoración para poder ser aplicados.

El repetido mandato de determinación de los tipos legales es para la praxis aun más relevante que la prohibición de analogía: "El verdadero peligro para el principio *nulla poena sine lege* no proviene de la analogía sino de las leyes penales imprecisas"⁹⁷

La vinculación del juez a la ley, función derivada del tipo penal y del principio de legalidad que trasunta; consiste aquí en que el legislador no permite una valoración personalísima, sino que parte de la existencia de valoraciones ético sociales de carácter general, a las que el juzgador ha de someterse.

Sin embargo, la distinción de los elementos del tipo es de un valor sólo condicionado. El sentido de los elementos descriptivos también viene frecuentemente determinado en parte por el contexto en que se encuentran, mientras que los elementos normativos ofrecen asimismo un núcleo empírico. En todo caso es necesario interpretar todos los elementos típicos según las necesidades del derecho penal y, en especial, respecto del sentido de la protección del tipo concreto, asimismo con respecto a la "valoración

⁹⁶ 30 ESSER ALBIN, Burkhardt Björn, *Op. Cit.*, p. 53.

⁹⁷ 31 JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Comares 1993, p. 122, citando a WELZEL.

paralela en la esfera de los no letrados", esencial para la determinación del dolo, debe ser considerada también en los elementos del tipo aparentemente descriptivos.⁹⁸

Siendo pues la tipicidad una función por la cual se adecuan los hechos de la vida real a los preceptos penales y teniendo estos últimos los caracteres impostergables de taxatividad en su formulación, proporcionalidad en la relación daño-castigo y rigidez en cuanto a la apreciación judicial, no permitiéndose el libre arbitrio del intérprete, fácil resulta colegir que por intermedio de aquella se practican los fines de seguridad jurídica que toda colectividad requiere de manera impostergable.⁹⁹

Por último, nos encontramos con la prohibición de analogía (*nulla poena sine lege stricta*). Se entiende por analogía la transferencia de una regulación legal existente en un tipo penal a un caso individual semejante pero no reglado estrictamente por la ley. En consecuencia se debe partir de la proposición que la analogía y la interpretación constituyen auxiliares para la subsunción de hechos de la vida bajo normas jurídicas. Pero de manera opuesta a la interpretación, la analogía abandona el ámbito demarcado por el precepto jurídico al someter a la regla jurídica también ciertos hechos de la vida ubicados fuera de dicho ámbito, por ser similares en sentido (paralelos) con el hecho-tenido en vista por el precepto jurídico. Uno se mueve en el ámbito de la mera interpretación en tanto se mantenga en el marco conceptual establecido por el supuesto de hecho típico y no considere casos que no sean previsibles para el destinatario de la norma. Este límite se ve sobrepasado siempre que se incluya un caso más allá de significado verbal posible y especialmente cuando resulta justamente opuesto a éste.¹⁰⁰

3.4.4. LA FUNCIÓN FUNDAMENTAL DEL TIPO.

La tipicidad es fundamento de ilicitud en el sentido de que mientras el legislador no describa una conducta como típica no es posible predicar de ella una categoría delictuosa.¹⁰¹ Por eso decimos que otorga relevancia penal a la conducta. Toda vez que esas designaciones o descripciones son referidas a hechos actualmente inexistentes, el objeto

⁹⁸ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. *Op. Cit.*, p. 366.

⁹⁹ REYES ECHANDIA, Alfonso. *Op. Cit.*, p. 15.

¹⁰⁰ ESSER ALBIN, Burkhardt Björn. *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁰¹ REYES ECHANDIA, Alfonso. *Op. Cit.*, p. 16.

mencionado por ellas deberá asumir por necesidad la forma de una abstracción conceptual, de un tipo.¹⁰²

Pero la tipicidad no solo es fundamento del delito *in genere*, en cuanto abstractamente consigna modelos de comportamiento humano, sino que lo es en concreto cuando la descripción contiene particulares referencias de modo, tiempo y lugar que permiten diferenciar una figura delictiva de otra de la misma especie. En tal sentido, se trata de que la ley contenga descripciones de acciones, tal como si ellas ya se hubieran cumplido. Por ello, se reprime un hecho determinado y preciso y no cualquier otro análogo o parecido. Empleando las palabras de Beling, "es necesario que los delitos se "acuñen" en tipos, y no en definiciones vagamente genéricas". La ley ha de contener descripciones de acciones y no fórmulas amplias o imprecisas, dentro de las cuales puedan ser comprendidas otras conductas que la propia ley no ha querido prever. En consecuencia, las ideas no son punibles; tampoco lo son las condiciones personales, sino el cumplimiento de una acción descripta por la ley.¹⁰³

Entonces, hablar de multiformes fenómenos como delitos, es hablar de algo que no existe. Los delitos nacen a la vida en el momento mismo en que la ley es sancionada. Antes de la ley no son nada.¹⁰⁴ De ello se desprende que el concepto de tipo penal nos suministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito.

Sin embargo, el tipo no es el hecho punible sino uno de sus elementos. El hecho punible comprende el hecho como soporte real del delito y todos los atributos jurídicos que lo convierten en el presupuesto legal de la aplicación de la pena. En ese ámbito, el tipo se limita a la determinación conceptual de la figura formal del hecho punible. Desde este punto de vista, el tipo representa la base fáctica alrededor de la cual giran la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.¹⁰⁵ En este entendimiento todos los grandes atributos del delito, la antijuridicidad y la culpabilidad sobre todo, han de concretarse subordinadamente

¹⁰² SOLER, Sebastián, *Op. Cit.*, p. 185, con cita en la obra del mismo autor *Las palabras de la ley*.

¹⁰³ FONTÁN BALESTRA, Carlos, "Función de la Tipicidad en Nuestro Derecho Penal", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, año IV 1949, tomo II, p. 1690. El autor señala que en estos casos el tipo cumple una función pre-jurídica o condicionante de las legislaciones.

¹⁰⁴ FONTÁN BALESTRA Carlos, *Op. Cit.*, p. 1691.

¹⁰⁵ NUÑEZ RICARDO C., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Rubinzal-Culzoni 1972, p. 159.

al tipo legal, o mejor dicho, a la figura rectora, para que nuestro derecho cumpla su menester defensor de un régimen liberal y democrático. La culpabilidad y la antijuridicidad han de serlo en referencia a la figura rectora que el legislador ha trazado en el artículo concreto de la parte especial del Código.¹⁰⁶

Por ello, consideramos al tipo como la puerta de entrada al análisis de un hecho por parte de la teoría del delito. "Es la base técnica para dar unidad a toda la fenomenología jurídica del delito tanto en su dimensión extensiva como en la cronológica. Es la clave de la construcción orgánica del fenómeno delictivo, de tal manera que todas sus manifestaciones obtengan una explicación unitaria y coordinada".¹⁰⁷

La tipicidad selecciona, de entre todas las conductas antijurídicas, aquellas que el legislador decide sancionar con una pena. Esta afirmación tiene dos consecuencias: 1) que la tipicidad "convierte" una conducta antijurídica en penalmente antijurídica. En este sentido se podría afirmar que constituye la antijuridicidad penal. 2) supone afirmar luego, que las conductas tipificadas, en principio, presuponen un comportamiento contrario al orden jurídico.¹⁰⁸

3.4.5. FUNCIÓN INDICIARIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Fue el finalismo quién consideró al tipo como un tipo de acción, donde su sentido valorativo se reduce al que surge del hecho de constituir una selección de la acciones penalmente relevantes, las cuales sólo son antijurídicas si no concurre una causa de justificación. La tipicidad por lo tanto es considerada un indicio de la antijuridicidad.¹⁰⁹

De esta manera, el tipo legal concreta o indica lo antijurídico. En tal sentido, se evidencia que el legislador, cuando describe el tipo en el artículo de la parte especial de su Código, no se entretiene en configurar conductas que supone neutras, sino las que cree que

¹⁰⁶ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Ed. Losada 1965, p. 781. El autor, cita a Sebastián SOLER, en cuanto sostiene que la figura delictiva señala la fisonomía que, en cada caso, deben tener aquellos grandes elementos (antijuridicidad, culpabilidad) para que de delito pueda hablarse. "No basta que el delito sea una acción antijurídica y culpable, debe serlo típicamente, ello es, en el sentido del tipo que está en consideración".

¹⁰⁷ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *Op. Cit.*, p. 781 con cita de Faustino BALLVÉ.

¹⁰⁸ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Ed. Jurídicas Cuyo 1998, p. 71.

¹⁰⁹ NUÑEZ, Ricardo C., *op. cit.*, p. 121.

serán antijurídicas; más aún: que forman parte del bloque injusto del cual se talla una parte, delimitándola, con el fin de que quede perfectamente encerrado en fronteras lo que por ser injusto se castiga. No es que lo típico sea la *ratio essendi* de lo injusto, tesis que nos llevaría a la falsa posición de que hay una antijuridicidad penal que tiene su razón de ser en el tipo; sino que concreta el injusto o lo señala. Lo concreta cuando la antijuridicidad precede cronológicamente a la descripción típica de lo que, por ser injusto, ha de ser punible. En cambio señala la antijuridicidad cuando hasta aquel momento la acción no era injusta, pero lo fue en un instante dado con tal urgencia de represión, por su gravedad circunstancial, que se hizo preciso describir el tipo al que se adscribía la pena.¹¹⁰

Esta función del tipo, de describir materialmente la relevancia jurídico-penal (diferenciación valorativa) de una conducta y convertirla, con ello, en la base para la constatación inequívoca de la antijuridicidad, le asegura la posición de un elemento indispensable del delito, previo al juicio de la antijuridicidad y al reproche de culpabilidad.¹¹¹ Colegimos así que todas las conductas formalmente típicas, no son antijurídicas. Ello es como consecuencia del carácter formal de la descripción típica que no puede abarcar el contenido de antijuridicidad material que ha de entrañar una conducta. De esta forma podemos encontrar conductas típicas que no son antijurídicas y por lo tanto no pueden recibir ningún reproche penal. Por ello es preciso afirmar que la tipicidad cumple una función indiciaria de la antijuridicidad.¹¹²

3.4.6. FUNCIÓN LIMITADORA.

Sebastián Soler¹¹³, atribuía como una de las características más destacadas del tipo a su función limitadora, la que puede ser entendida en distintos sentidos. El más importante es el que se establece en relación al principio de reserva (por el cual todo lo que no está prohibido es permitido), conteniendo además un amplio campo de aplicación:

¹¹⁰ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *Op. Cit.*, p. 780.

¹¹¹ WELZEL, Hans, "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica Cuyo, 1993, pág. 63.

¹¹² DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Op. Cit.*, p. 73. La autora agrega que las causas por las cuales la antijuridicidad de la acción desaparecen se basan en que no conlleva ningún contenido de antijuridicidad por su escasa lesividad material (conductas de bagatela) o por concurrir una causal de justificación que convierta la conducta típica en permitida por el ordenamiento jurídico.

¹¹³ SOLER, Sebastian, *Op. Cit.*, p. 184.

- a. Para fijar los conceptos de delito consumado y, en consecuencia, el de tentativa.
- b. Tiene estrecha relación con el problema causal, en el sentido de limitar las consecuencias de las acciones, que naturalmente se encadenan en una serie infinita, pues, de ordinario, las figuras recogen solamente algunas de las consecuencias de esa serie.
- c. La acción del sujeto, al ser definida en modo bien preciso, aparece diferenciada de otras acciones que el mismo sujeto puede realizar antes o después de la acción típica.
- d. Cada figura posee como figura de acción que es, un mayor o menor poder de absorción con relación a los hechos. Algunas están concebidas, como el homicidio, por la estrecha referencia a un suceso muy definido, otras en cambio, como la quiebra fraudulenta, absorben en una sola figura una muy variada gama de actos fraudulentos, los cuales, no obstante la pluralidad y diversidad, integran una sola unidad delictiva.

De ello colegimos que de entre las numerosas acciones de la vida de relación el derecho penal sólo toma en cuenta algunas pocas. Pero no se conforma con captar alguna de ellas, sino que las limita, además, en sus resultados. Si decimos que el homicidio consiste en "matar a un hombre", tenemos el tipo del homicidio consumado; un resultado de la acción: la muerte de un hombre. Todo lo que se haga que no llegue a ser "matar", podrá ser otro delito, pero no homicidio. La descripción legal selecciona entre los resultados posibles uno determinado.¹¹⁴

En los regímenes liberales la tipicidad es propia del derecho penal en cuanto posee función agotadora. No así en los dictatoriales en los que subsiste con mera eficacia instrumental. Sería posible decir que el "encuadramiento" o "ajuste" de conducta humana a una descripción de la ley es común a toda índole de relaciones, sean éstas civiles, mercantiles o penales. Pero quienes tal cosa crean están en grave error. La tipicidad es rigurosamente penal, porque sólo en este derecho funciona el tipo con carácter agotador,

¹¹⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Op. Cit.*, p. 1692. Agrega el autor que en la ley hay una escala de descripciones que van captando las diversas conductas punibles, quedando alrededor de ellas un espacio más o menos amplio, según los casos, que es indiferente a la ley penal.

cosa que no ocurre con otras materias jurídicas, ya que puede invocarse la costumbre, la analogía, los principios generales del derecho, la equidad, etc. En el derecho penal la descripción es imprescindible en todo caso, es decir, es constitucionalmente imperativa y exhaustiva y por lo tanto es exigencia dogmática la adecuación de toda conducta punible como tal a esa descripción.¹¹⁵ De ello colegimos que un hecho solo puede ser subsumido en una figura penal y no en otra, de tal manera que su inexistencia hace que la conducta humana sea jurídicamente irrelevante.¹¹⁶

El derecho penal, como medio de control social, intenta la regulación de conflictos sociales a través de la imposición de pautas de conducta. Pero la intervención penal, precisamente por constituir la última *ratio* del sistema, sólo debe producirse allí donde los conflictos sociales sean más graves y cuya solución sea más importante para la sociedad.¹¹⁷ Tratando el legislador mediante la instauración de una pena, de garantizar una determinada forma de solución a dicha conflictividad.

La idea central parte de la base de que un hecho no es delictivo en general, sino sólo en cuanto al hecho constituya determinada figura de ilicitud. Ante un caso no es lícito decir primero que es un delito, y después ver cuál delito es; sólo cuando se ha resuelto que es determinado delito, se ha establecido el carácter delictivo de ese suceso. De esta manera, el concepto de delito corresponde a un estricto *numerus clausus*. Queda claro que la prohibición que el derecho penal recepta del ordenamiento jurídico general es una prohibición de determinado ataque a cierto bien jurídico, y como tal, en el tipo penal confluyen la desvalorización del modo de conducta (ataque), con la desvalorización del resultado (menoscabo del bien jurídico), que él singulariza en función de la pena.

Aplicar la ley a un caso importa establecer que el hecho, la conducta de una persona, es la que está mencionada en el texto legal y que, por lo tanto, la consecuencia jurídica que la ley prevé debe tener lugar.¹¹⁸ De esta manera, es dable afirmar que la

¹¹⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *Op. Cit.*, p. 782, citando a Frias Caballero.

¹¹⁶ REYES ECHANDIA, *Op. Cit.*, p. 2.

¹¹⁷ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Op. Cit.*, p. 69.

¹¹⁸ BACIGALUPO, Enrique, *La impugnación de los hechos probados en la casación y otros estudios*, AH HOC, p. 82. Dicho de otra manera, agrega el autor, la subsunción es una operación mental consistente en vincular un hecho con un pensamiento y comprobar que los elementos del pensamiento se reproducen en el

tipicidad establece una clara división entre el conjunto de comportamientos que pueden ser punibles por estar contenidos en la ley, de aquellos otros que por no haber sido previstos, no son relevantes para el Derecho Penal.¹¹⁹

3.4.7. FUNCIÓN INDIVIDUALIZADORA DE CONDUCTAS.

Consustanciada con la función precedente puede decirse que la naturaleza del tipo es predominantemente descriptiva, en tanto su tarea primordial es delimitar los comportamientos sujetos a punibilidad, y que por ello su función es la individualización de conductas humanas penalmente relevantes. Pero no siempre describe conductas prohibidas, puesto que, ocasionalmente describe la conducta debida (en los tipos omisivos). En consecuencia, si bien el tipo reconoce un carácter descriptivo, no siempre las conductas que describe son las prohibidas. Sin embargo, esto no implica que éste describa una pura exterioridad, un mero acaecer causal. Cuando el tipo describe conductas, lo hace en su totalidad, o sea, como conductas que son.¹²⁰ Ello en tanto el legislador usa la descripción para individualizar conductas humanas y el hecho de que en la descripción se refiera a la exteriorización de la voluntad, no implica que prescinda de la voluntad misma.

La teoría del tipo penal es, concretamente, un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido.¹²¹ De tal forma, se relaciona íntimamente con lo dicho el carácter fragmentario del derecho penal, según una famosa expresión de Binding, puesto que no contiene ningún sistema exhaustivo de protección de bienes jurídicos, sino que se centra en determinados puntos esenciales seleccionados conforme al criterio del merecimiento de pena. Mientras que todavía Binding consideraba la autolimitación del legislador como "un grave defecto de su obra", hoy la limitación de la punibilidad a las acciones que por su peligrosidad y reprobabilidad requieren y merecen

hecho. Este proceso mental caracteriza el famoso silogismo de la determinación de la consecuencia jurídica, en el que mediante la técnica de la deducción lógica se puede demostrar que el suceso que se juzga pertenece a la clase de aquellos que la ley conecta la consecuencia jurídica.

¹¹⁹ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, ob.cit., p. 261.

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio R., *Op. Cit.*, p. 168.

¹²¹ BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, *Op. Cit.*, p. 80.

claramente, en interés de la protección social, la pena pública, aparece como un mérito y un distintivo del estado liberal de derecho.¹²²

3.4.8. FUNCIÓN DE MOTIVACIÓN.

Habíamos dicho que la tarea principal de la ley penal consiste en mostrar claramente ante los ojos del ciudadano los límites del espacio libre de penalidad a fin de que pueda orientar de tal modo su conducta,¹²³ en tal sentido el ordenamiento se encarga de adecuar el accionar del individuo y que ante una infracción normativa sepa que le corresponderá una sanción; denotándose que la ley penal constituye uno de los más fuertes instrumentos de control social del estado moderno. En tal sentido, vimos además que al ser la norma imperativa y consistir en la expresión de la conciencia jurídica general que determina el deber, se destaca que en ella no se prescriben sanciones para su eventual desobediencia. Empero, la experiencia enseña que la eficacia de determinación de un mandato semejante es escasa si tras él no existe una verdadera fuerza. En consecuencia, el legislador penal vincula, por ello, la desobediencia de la prohibición o del mandato normativo con la amenaza de pena,¹²⁴ configurándose el tipo penal mediante la descripción de la conducta que afecta a la norma y la conminación penal en caso de su cumplimiento. Es así que mediante la tipicidad, el legislador intenta dar expresión y objetivar a determinadas pautas de conducta para la resolución de un cierto conflicto social. Dicho en otros términos, el legislador a través de la pena, trata de garantizar el respeto a una determinada forma de solución del conflicto social considerada acorde al ordenamiento jurídico. Para conseguir que la sociedad, a la que va dirigida la pauta de conducta insita en la norma, reciba claramente el significado y el contenido de ella y pueda adecuar su comportamiento a lo exigido por el orden jurídico, el tipo ha de describir de forma clara precisa y comprensible la conducta exigida o prohibida.¹²⁵ Tan intensa es esta función de motivación, que la estructura misma del delito reclama que su configuración esté basada fundamentalmente en el conocimiento del tipo objetivo y sobre el mismo se apoye la voluntad de actuar, siendo el dolo su elemento básico, que debe abarcar la totalidad del primero. En consecuencia, el

¹²² JESCHECK, Hans Heinrich, *Op. Cit.*, p. 45.

¹²³ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Op. Cit.*, p. 157.

¹²⁴ *Ibidem.*, p. 345.

¹²⁵ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Op. Cit.*, p. 69.

error sobre alguno de los elementos del tipo hace desaparecer el dolo y desplazará la tipicidad de la conducta; ello demuestra la exigencia de una coincidencia esencial entre el dolo (tipo subjetivo) y el acontecer externo (tipo objetivo), llamada congruencia.¹²⁶

Sucintamente y en vista de la importancia de las funciones que cumplimenta el tipo, puede afirmarse que con dicho instrumento dogmático se sientan las bases que otorgan seguridad al sistema jurídico penal, no solo en relación al individuo sometido a la norma que puede así adecuar y prever las consecuencias de su conducta, sino principalmente en cuanto a la controlabilidad de las decisiones judiciales a la luz de la ley emanada del órgano legislativo competente. De tal forma, se logra reafirmar una de las principales características que singulariza al derecho penal respecto de otros medios del control social, que radica no fundamentalmente en lo punitivo, sino en lo jurídico y en concreto, en el alto grado de formalización (previsibilidad, controlabilidad, sometimiento a principios) que esto último supone. Esta formalización preside el ejercicio jurídico-penal del *tus puniendi* mostrándolo como un ejercicio controlado, no ya por consideraciones de utilidad social, sino por garantías establecidas a favor del individuo¹²⁷; denotando todo ello que nos mantenemos dentro de un sistema racional y opuesto por naturaleza a oportunismos o a arbitrariedades del encargado de desplegar el flanco más fuerte e ingérente del poder estatal

3.5. EL TIPO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Las primeras manifestaciones del principio de legalidad las hallamos en la época de la Ilustración, en las constituciones americanas del año de 1776 (Virginia y Maryland) así como en el Código Penal Austriaco de 1787, la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, poco después, también en el Código de Legislación General Prusiano de 1794.

¹²⁶ El dolo es la imagen refleja subjetiva del tipo objetivo. En él, la acción se estructura sobre la idea de que debe existir una dirección de voluntad a los fines fijados previamente, y sobre ellos una elección de los medios más apropiados para llegar a esa meta. El autor actúa dolosamente cuando conoce el concreto tipo objetivo y consecuentemente se dispone a realizar la acción allí descrita, denominados clásicamente como elementos intelectuales y volitivos que configuran el concepto de dolo. Esto exige una congruencia entre lo que se conoce y lo que se pretende llevar a cabo, de modo que en los casos de error dicha congruencia desaparecerá, ya que el componente intelectual del dolo queda excluido.

¹²⁷ SII.VA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. BOSCH, 1992, p. 250

Así por ejemplo, el artículo 8 de la Declaración francesa de los derechos humanos preceptuaba que "... nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada".¹²⁸

El anterior principio encuentra reconocimiento en todos los códigos penales del mundo civilizado incluyendo, a los países socialistas del bloque oriental desde que la Unión Soviética lo introdujera en su Código Penal de 1958.¹²⁹

Pero, como acertadamente apunta Jiménez de Asúa,¹³⁰ no es sino hasta la Revolución francesa cuando el principio de legalidad adquiere carta universal de naturaleza, y de ahí se difunde a la gran mayoría de las normaciones fundamentales y códigos penales del siglo XIX.

El motivo históricamente más importante para el asentamiento del principio de legalidad fue, en realidad, el liberalismo político. El principio de legalidad hace posible una limitación del poder punitivo del Estado, con ello, la seguridad jurídica de la libertad individual. El Estado sólo puede exigir responsabilidad a los particulares por sus hechos cuando éstos hayan sido declarados punibles previamente por una ley.

En este mismo sentido el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró lo siguiente:

Extracto de fundamentos jurídicos: Según el artículo 103 II GG (Ley Fundamental alemana) un hecho sólo puede ser punible, si su punibilidad estaba determinada legalmente con anterioridad a su comisión. Este precepto prohíbe castigar a una persona sobre la base de una ley no vigente en el momento de la comisión del hecho, es decir, una ley que el autor no pudo conocer.

¹²⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzálo, "Principio de Legalidad," en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, Ed. Seix, 1971, pp. 882-883.

¹²⁹ Cfr. ROXIN, Claus, *et al.*, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, España, Ed. Ariel, 1989, p. 72.

¹³⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3ª. ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, t. I, pp. 385-386 y ss.

De este mandato, según el cual la punibilidad del hecho debe estar “determinada legalmente” antes de su comisión, surge que una condena judicial solo puede tener lugar si se fundamenta en una ley penal vigente. El significado de este artículo no se agota, sin embargo, en la prohibición de la fundamentación de la punibilidad analógica, consuetudinaria y retroactiva. Además, exige que la punibilidad este “determinada legalmente”. El sujeto no sólo debe tener conocimiento previo sobre lo que está penalmente prohibido, sino también sobre la pena correspondiente en caso de contravenir este precepto prohibitivo.¹³¹

El problema fundamental que se les plantea a los tribunales en la aplicación del principio de legalidad radica en la delimitación entre la interpretación legal autorizada y la analogía prohibida en materia penal. Así se permite una interpretación conforme al fin de la ley hasta el límite de su tenor literal. Una aplicación de la ley que vaya más allá de esos límites se considera prohibida.

En esta tesitura, como señala acertadamente el maestro Rafael Márquez Piñero,¹³² el principio de legalidad comporta no sólo la exigencia de la seguridad jurídica (en cuanto permite el previo conocimiento de los delitos y de las penas) sino también la garantía de que el ciudadano no se verá sancionado, ni por el Estado ni por los juzgadores, con penas no admitidas por el pueblo.

Ahora bien, junto a este carácter eminentemente político anteriormente destacado, el principio de legalidad implica, como no podía por menos que ocurrir y en muy alta medida, la garantía jurídica del ciudadano frente a la facultad estatal punitiva. Esta función garantizadora, tuteladora, se proyecta en la ya citada garantía criminal y penal.

3.5.1. El Apotegma *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege*.

El estado moderno en general, es sumamente poderoso y como consecuencia de ello los medios empleados en la represión de los delitos afectan los derechos individuales más

¹³¹ ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*. Tr. Bacigalupo, Silvina, Ed. COLEX, Madrid, 1995, p.48.

¹³² MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, 1992, p.133.

clementales, por ello es necesario la existencia de un principio que controle el poder punitivo estatal, y que constriña su aplicabilidad para excluir toda arbitrariedad o exceso por parte de quienes ejercen ese poder represivo.

El principio limitador recibe el nombre de “principio de legalidad”. Los juristas suelen atribuir la expresión formal del principio de legalidad en la consagrada fórmula: *nullum crimen, nulla poena sine lege* -no hay delito, y no hay pena sin ley-.

Afirma, Claus Roxin¹³³ que esta formulación latina proviene de Feuerbach y que alcanzó rango legal en el Código Penal bávaro de 1813, por él mismo elaborado, y que constituyó un modelo incluso para el Código de 1871. La formulación del autor citado no fue obra de la casualidad, sino que se deriva de modo directo de la teoría de la coacción psicológica elaborada por el citado autor. El efecto de determinación psíquica que en la hipótesis de Feuerbach debe de provocar la abstención del delincuente potencial respecto de la comisión del delito, solamente puede producirse si aquel que se siente atraído a la comisión de hechos delictivos puede leer con claridad en la ley que la conducta por él planeada es punible y que comportará la imposición de una sanción si llega a realizarse, de modo tal que la conducta delictiva aparezca como algo no rentable. Donde la punibilidad no esté expresamente determinada por la ley con anterioridad al hecho tampoco puede producirse ningún efecto intimidante, pues nadie sabe si su conducta llevará consigo una pena o no. Así, Feuerbach se basa en la idea de la prevención general, según la cual una norma penal puede resultar más eficaz en la medida en que el supuesto de hecho típico y su pena estén precisamente determinados; desde la perspectiva del Estado se trata de la exclusión de la arbitrariedad judicial por medio de la sujeción a la ley.¹³⁴

Para el maestro teutón, profundo pensador y jusfilósofo Anselmo Von Feuerbach¹³⁵ los principios fundamentales del derecho penal son los siguientes:

¹³³ ROXIN, Claus, *et al.*, *op. cit.*, pp. 72-73.

¹³⁴ ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. *op. cit.* p.50.

¹³⁵ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *op. cit.*, p.129.

- 1) La imposición de una pena, en todos los casos, presupone la existencia de una ley penal (*nulla poena sine lege*).
- 2) La imposición de una pena viene determinada por la existencia de una acción sancionada con ella (*nulla poena sine crimine*).
- 3) El hecho conminado por una ley está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).

En definitiva, afirma el maestro Márquez Piñero,¹³⁶ nadie puede ser castigado sino por hechos definidos por la ley como delitos, ni con penas que no hayan sido establecidas legalmente. De esta manera, la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege* se desdobra en una dual garantía individual; nadie puede ser penado sino por hechos, previamente determinados por la ley como delitos (*nullum crimen sine praevia lege poenali*): garantía criminal, y nadie puede ser castigado con penas, diversas de las previamente establecidas por la ley (*nulla poena sine praevia lege*): garantía penal.

Un hecho no puede ser punible, sino cuando encaje en algunos de los tipos de delito definidos en la ley penal (tipicidad), y tampoco será castigado con pena distinta de la establecida en la ley, sin que pueda exceder la sanción de la exacta medida fijada por ésta.

Muñoz Conde¹³⁷ indica que el “principio de legalidad”, realmente, establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general.

Ahora bien, el lugar en donde el principio de legalidad adquiere mayor trascendencia tratándose de la materia penal, donde ese principio limitador del Estado se vuelve real, es en las resoluciones del juez penal que deciden la situación jurídica de un sujeto activo de un ilícito, es decir, en la orden de aprehensión, auto de formal prisión y la sentencia.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosh, 1975, pp. 80-81.

En la sentencia -afirma el maestro Vela Treviño,¹³⁸ aparece, señoreando toda la cuestión, la figura del juzgador; es conveniente citar que en materia penal, el juez es y debe ser siempre, el más dogmático de los juristas, porque conforme a nuestro sistema, sus actos tendientes a la determinación del delito se encuentran limitados por los mandamientos constitucionales que lo obligan a fundar y motivar sus resoluciones y le prohíben aplicaciones analógicas perjudiciales al reo y, sobre todo, que le imponen el más absoluto respecto al principio de legalidad; o sea, está sometido al dogma superior que constituye la existencia de la ley previa. Esta, sin embargo, yace según se ha dicho, inerte y flácida, pero vive y se yergue al contacto con la realidad fáctica que le da el hecho que va ser motivo de enjuiciamiento.

La ley es dogma, más no fetiche intocable, y el juez tiene que vivificarla al decir el Derecho mediante el proceso de subsunción relativo a la tipicidad: debe, interpretando la ley, resolver si un hecho determinado encuadra o se subsume en la hipótesis contenida en el tipo. En este proceso lógico se resuelve acerca de la tipicidad, que viene así a convertirse en la actualización misma del principio de legalidad, ya que siguiendo todo el razonamiento, se debe resolver si el hecho determinado se encuentra exactamente previsto como delictuoso en la ley, que no es otra cosa sino la afirmación del apotegma *nullum crimen, sine lege*.

En consecuencia, como anteriormente hemos señalado el principio de legalidad se desenvuelve en materia penal por el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esto es “no hay crimen, y no hay pena sin ley”.

3.5.2. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

El principio de legalidad ha sido recogido en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus actuales artículos 14 y 16, que a la letra establecen:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

¹³⁸ VELA TREVINO, Sergio, *Miscelánea Penal*, México, Ed. Trillas, 1990, pp. 16-17.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los 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 aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

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

En lo que respecta al artículo 16 establece lo siguiente: “Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

En dichos preceptos constitucionales encontramos las bases que rigen las principales garantías en materia penal como lo son la garantía de audiencia, la garantía de respetar las formalidades esenciales del procedimiento, la garantía de la exacta aplicación de la ley y la que nos interesa la garantía que contiene el principio de legalidad.

3.5.2.1. PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD.

Establece el artículo 14, primer párrafo: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

La vigencia de la ley, comienza siempre después de la publicación de ella en el periódico oficial que corresponda. Por ello la irretroactividad, referida en materia penal, significa prohibición de aplicar (no de expedir), leyes que califiquen como delitos actos indiferentes realizados antes de su vigencia, o los que agraven la pena para delitos cometidos antes de su vigencia. Se trata, por tanto, de una prohibición dirigida, no al legislador, sino a los órganos con competencia constitucional para aplicar las leyes penales; o sea, Poder Judicial y Ministerio Público¹³⁹.

¹³⁹ *Id.* el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Afirma Jescheck¹⁴⁰ que realmente este aspecto irretroactivo del principio de legalidad es una norma protectora del reo; de ahí que -cuando la ley vigente en el momento del enjuiciamiento es más favorable que la del instante de la comisión del evento típico- entonces se aplique la ley más benévola, aunque sea posterior al momento comisivo.

La prohibición de retroactividad, de la misma manera que el principio de legalidad, fue creada -precisamente- para la protección de los individuos frente al poder punitivo del Estado. Pero, cuando se trata de exculpar, eximir o atenuar las resultancias de la intervención del poder represivo estatal, esa prohibición de la retroactividad carece, por completo, de justificación.

3.5.2.2. RIGIDEZ DE LOS TIPOS.

Establece el párrafo tercero del artículo 14: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

Al respecto, señala Herrera y Lasso¹⁴¹, que es necesario distinguir entre ampliación del derecho e interpretación de la ley. Por la primera se crea una nueva norma jurídica, obtenida de otra u otras con objeto y finalidad semejantes. Mediante la segunda, se aclara y precisa el alcance de una norma ya existente.

La ampliación del derecho es lo que prohíbe la Constitución: no podrán inferirse nuevos tipos de delitos, nuevas conductas, aun cuando éstas presenten semejanza con las ya tipificadas (analogía), o aun cuando la nueva conducta a examinar se considere más injusta que la ya tipificada (mayoría de razón).

¹⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. De Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, vol. I, p.187.

¹⁴¹ HERRERA LASSO Y GUTIÉRREZ, Eduardo, *Op. Cit.*, pp.16-17.

En cambio, la interpretación analógica de un tipo existente es válida como complemento que el propio tipo autoriza; ejemplos: las expresiones “casos análogos”, respecto de delitos cometidos en aeronaves (artículo 5º-IV del Código Penal Federal); cópula con persona que “por cualquier causa” no esté en posibilidad de resistir (artículo 266); “cualquiera otra sustancia” nociva a la salud, cuyo empleo hace presumir la premeditación (artículo 315, tercer párrafo); “cualquiera otra” relación que inspire confianza, como supuesto para la calificativa de traición (artículo 319); “cualquiera otra cosa” o “cualquier otro lucro”, como resultados materiales en los fraudes específicos previstos en el artículo 387-I y III, todos del Código Penal Federal.

3.5.2.3. LA EXIGENCIA DE EXACTITUD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL.

Es la motivación llevada a sus últimas consecuencias. En efecto: La motivación - que implica a la fundamentación- es más holgada tratándose de la aplicación de la ley civil que por naturaleza admite imprecisiones y lagunas. Referida, en cambio, a la imposición de una pena, debe ser rigurosamente “exacta” por determinación constitucional.

La exigencia de “exactitud” rige a los tres conjuntos de la posible aplicación: ley, hecho y sujeto. Si no hay precisión en el tipo y sus elementos, determinación del hecho y sus circunstancias, e identificación plena del sujeto en cuanto autor responsable, la aplicación exacta será imposible.

Naturalmente, cuanto más amplio sea el número y contenido de los conjuntos que intervengan en la aplicación, mayores serán también las posibilidades de lograr la seguridad jurídica. Este ideal se realiza, o debería realizarse, en una sentencia definitiva, pero no opera en su totalidad respecto de resoluciones provisionales como la orden de aprehensión y el auto de formal prisión. De ahí la necesidad de que los otros dos conjuntos, ley y hecho, sean precisos cada uno en sí mismo y en su relación con el otro, para preservar un mínimo de seguridad, y, en último término, la libertad del acusado.

3.5.2.4. LA PROHIBIDA APLICACIÓN DEL TIPO (O DE LA PENA) POR ANALOGÍA O POR MAYORÍA DE RAZÓN.

Se dice que hay aplicación por analogía¹⁴² cuando la pena prevista para una conducta ya tipificada se impone a otra conducta semejante no tipificada. La semejanza entre ambas conductas - añaden algunos autores- radicaría en la naturaleza y la diferencia en los accidentes.

En cuanto a la aplicación por mayoría de razón, consistiría en imponer la pena prevista para una conducta ya tipificada, a otra conducta no tipificada considerada más grave.

Tales ideas, que parecen sencillas, se complican extraordinariamente al intentar desentrañarlas. La pretendida semejanza de conductas, en la analogía y la mayor gravedad de la conducta, en la mayoría de razón, llevan en realidad a la creación de tipos nuevos y distintos que a la postre ningún parecido guardan con los primeros.

En efecto: hablar de conductas semejantes implica considerar como semejantes, al menos, todos los elementos comprendidos en el conjunto conducta (excluidas las circunstancias o accidentes): acción u omisión, con o sin resultado material, con o sin nexo causal, con o sin objeto material. Y, en sentido amplio, también todos los presupuestos de esa conducta: bien jurídico, deber jurídico, sujeto activo y sujeto pasivo. ¿Puede haber "semejanza" entre tantos elementos? Evidentemente, no. Habrá identidad o disparidad.

En cuanto a la mayor gravedad de la conducta, en la aplicación por mayoría de razón, los problemas son grandes también. Una conducta no es más o menos grave por sí misma; lo es en función del número de bienes jurídicos que ataca o de la importancia de ellos. La comparación se hace entonces imposible, pues una vez modificado el bien

¹⁴² *Ibidem*, p. 23.

jurídico, tienen que ser otros la conducta, el deber jurídico y la lesión al bien. Y en esas condiciones la forzada aplicación sería no por mayor razón, sino por falta de ella.

Resumiendo, la propia estructura de cualquier tipo, figura cerrada cada uno de cuyos elementos complementa a los demás y a su vez se explica por ellos, hace imposible la aplicación por analogía o mayoría de razón. Siendo todos los elementos correlativos y de igual importancia, la sustitución de uno implica la modificación (ampliación, sustitución o supresión) de los demás.

3.6. EL TIPO COMO “FUNDAMENTACIÓN”.

En materia penal, para un acto de molestia a las personas -calificación genérica establecida en el artículo 16- o para la especie acto de “privación” -prevista en el artículo 14-, la Constitución establece siempre como requisito la existencia previa de un tipo.

Así, el acto de privación deberá ser “conforme a las leyes (sustantivas) expedidas con anterioridad al hecho” (artículo 14, párrafo segundo). No se puede aplicar “pena alguna que no esté decretada por una ley” (párrafo tercero). No podrá aprehenderse o detenerse a alguien, si no se le acusa “de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad” (artículo 16, párrafo segundo). En todo auto de formal prisión (o de sujeción a proceso, que es su equivalente), el juez debe expresar “el delito que se impute al acusado” y “los elementos que constituyen aquél” (artículo 19).

3.6.1. AUTORIDADES COMPETENTES PARA ESTABLECER LOS TIPOS.

La facultad de establecerlos corresponde normalmente al Congreso de la Unión - en su doble función de legislador federal y legislador del Distrito Federal-, y a las legislaturas de los Estados, en los términos de los artículos 73-XXI. Y 124, que establecen respectivamente: “Artículo 73. El congreso tiene facultad: XXI. Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse;” “Artículo

124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”

3.6.2. EXPRESIÓN ESCRITA DE LOS TIPOS.

Si sólo pueden plasmarse en una ley, los tipos deberán constar siempre por escrito y ser publicados en los respectivos periódicos oficiales (federal o locales, según el caso), dado que en nuestro régimen las leyes requieren de la seguridad que da la palabra impresa (artículos 3º y 4º del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal).

3.6.3. TIPOS PROHIBIDOS POR LA CONSTITUCIÓN.

Se prohíbe al Poder Legislativo expedir leyes que contengan tipos de delitos que castiguen con prisión los adeudos civiles (artículo 17), y los que establezcan penas de mutilación, infamia (pena que, a más de descrédito, privaba de derechos importantes: ser juez, testigo, abogado, etc., y de otro esencial: el de ser acusador), marcas, azotes, palos, tormento, multa excesiva, confiscación, y, en general, penas inusitadas (desusadas) y trascendentales (que se aplican también a los familiares del condenado).

Asimismo, están prohibidos los tipos que establezcan pena de muerte por delitos políticos o por delitos que no sean los de traición en caso de guerra, homicidio en razón del parentesco, homicidio calificado, incendio, plagio, asalto en despoblado, piratería y delitos graves del orden militar (artículo 22).

3.7. LA MOTIVACIÓN.

En lo que respecta a la motivación, es indispensable que los jueces al momento de emitir cualquier auto de trámite, y con mayor obligación entratándose de sentencias, que señalen con precisión cuáles pruebas tomaron en consideración y que eficacia probatoria les conceden, puesto que no es suficiente con que la autoridad manifieste en forma

apriorística que se acreditaron los elementos del tipo penal de un ilícito determinado, para tenerlo a éste por satisfecho, sino que es indispensable que realice un análisis completo, una valoración de pruebas precisa y un razonamiento "lógico", que se desprenda por simple inferencia, no por torcidos pensamientos. Y en la medida en que se cumpla esta garantía de legalidad, estaremos en presencia de la "seguridad jurídica" tan ansiada en estos momentos de incertidumbre y de impunidad, en donde la ley, la utilizan como fundamento de sus traiciones, empero sin congruencia con la motivación.

Ahora bien el artículo 16 de la Constitución exige, para todo acto de molestia a las personas, un mandamiento escrito de autoridad competente, debidamente fundado y motivado. El requisito de competencia se reduce a que la autoridad actúe dentro de las facultades limitadas por expresas, que la Constitución le otorga dentro del régimen federal y de acuerdo con el principio de la división de poderes con sus respectivas excepciones. La fundamentación radica en la obligación de invocar el derecho dentro del cual pueda quedar comprendido el caso concreto. La operación de encuadrar este caso concreto a aquellas disposiciones abstractas, es precisamente lo que la Constitución denomina motivación. La concurrencia de fundamentación y motivación es condición de existencia del acto autoritario, pues con la sola mención del derecho, que es abstracto, resulta imposible resolver un caso concreto; y, sin ella, es igualmente imposible la operación lógica de adecuar faltando uno de los términos. La motivación comprende, por tanto, cuatro elementos: el derecho, considerado como continente; los hechos (con sus pruebas), como posible contenido; una exposición o argumentación lógica mediante la cual se demuestra la adecuación de los hechos al derecho; y, finalmente la conclusión. Para los jueces la motivación consiste, entonces, en la obligación de exponer en autos y sentencias las razones que, a su entender, hacen aplicable o inaplicable el derecho a cada uno de los puntos que deben decidir. ¿Cuáles son estos puntos? En términos generales, podemos afirmar que son aquellos que plantean o deben plantear las partes en congruencia absoluta con la materia del procedimiento intentado. De tal manera que, en una sentencia definitiva de carácter penal, serán todos los que se refieran a tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Y, en un auto de formal prisión, serán, exclusivamente, los relativos a la comprobación plena de los elementos del tipo, y suficiente de la responsabilidad probable.

De lo hasta aquí dicho, se infiere con facilidad que, para una motivación correcta, son necesarios:

- a) Exposición objetiva de hechos, con sus pruebas, y del derecho probablemente aplicable (“resultando”).
- b) Argumentación lógica, con valoración de pruebas, para declarar aplicable o inaplicable el derecho a los hechos (“considerando”).
- c) Conclusiones congruentes y que comprendan todos los puntos a decidir (“puntos resolutivos”).

Por tanto, si el juez omite la exposición de hechos, pruebas o derecho, altera los hechos, omite la argumentación, argumenta ilógicamente o llega a conclusiones incorrectas, estaremos en presencia de una resolución inmotivada.¹⁴³

Ahora bien, en la práctica autos y sentencias no carecen de la simple exposición de hechos, pruebas y derecho, porque el hacerlo supone trabajo puramente material. En cambio, se dan casos, aunque pocos, de alteración de hechos; y abundan los de omisión de la argumentación, argumentación ilógica y conclusiones incorrectas.

3.8. EL JUICIO DE TIPICIDAD.

Hemos dicho que consiste en declarar la correspondencia existente entre los hechos y el tipo. Lo cual nos lleva a afirmar, asimismo, que el juicio de tipicidad es la motivación exigida en el artículo 16 constitucional para todo acto de molestia a los particulares. El resultado de tal juicio es decisivo, porque hace posible que la descripción abstracta del delito adquiera concreción y los hechos puedan atribuirse ya a una persona determinada (el tipo del delito de robo, por una parte, y la conducta de A apoderándose del dinero de B por la otra, nada significan separados; sin embargo, por la tipicidad esos elementos se funden en uno solo nuevo y distinto: se atribuye a A el delito de robo cometido en agravio de B).

¹⁴³ *Id.* HERRERA Y LASSO, Eduardo, *op. cit.*, pp. 11-12

3.8.1. ANTECEDENTES DEL JUICIO DE TIPICIDAD.

Si este juicio consiste en enfrentar los hechos con el derecho para declarar la correspondencia entre ambos, parece razonable admitir que antes de esa comparación debe verificarse la verdad del derecho (existencia y correcta interpretación del tipo) y la verdad, o, al menos la verosimilitud de los hechos.

La verdad absoluta del derecho debe darse siempre, por ser el punto fijo de referencia necesario para establecer la comparación; si el molde no tiene contornos nítidos y precisos, será imposible intentar siquiera la adecuación a él. Por el contrario, la verdad absoluta de los hechos sólo es posible exigirla en una sentencia definitiva, después de agotados los períodos de averiguación, instrucción y juicio; pero tratándose de resoluciones provisionales dictadas en estos períodos intermedios, bastará que algunos hechos sean verosímiles, que tengan la apariencia de verdaderos, para que puede realizarse, también provisionalmente, el juicio de tipicidad (ejemplo clásico es el auto de formal prisión, que debe contener la comprobación plena del tipo y de sus elementos (derecho); la comprobación, plena también, de los hechos y sólo la comprobación suficiente de los hechos que hagan probable la responsabilidad del acusado).

3.8.2. A QUIENES CORRESPONDE REALIZAR EL JUICIO DE TIPICIDAD.

En general, al Poder Judicial y al Ministerio Público, encargado de imponer las penas perseguir los delitos, respectivamente (Art. 21, C.P.E.U.M. párrafos primero y segundo).

Excepcionalmente: a) a la autoridad administrativa de mayor jerarquía en el lugar, al ordenar la detención, siempre que el caso sea urgente, que no haya ninguna autoridad judicial y que el delito de que se trata se persiga de oficio (Constitución, Art. 16, párrafo tercero; C.F.P.P., Art. 193-II); b) "A cualquier persona" -incluidas desde luego las autoridades- en "los casos de flagrante delito" (C.P.E.U.M., Art. 16, párrafo segundo;

C.F.P.P., Art. 193-I y 194 bis). Naturalmente, en estos casos el juicio de tipicidad debe ser revisado forzosamente por el Ministerio Público (C.F.P.P., Art. 135).

3.8.3. CUÁNDO DEBE HACERSE EL JUICIO DE TIPICIDAD.

A) Por el Ministerio Público.

1. Al tener conocimiento de un delito que se persigue de oficio, siempre que la ley no exija el cumplimiento de algún requisito previo (Art. 113 C.F.P.P.).

2. Al recibir una querrela por delitos que sólo se persigan a petición de parte (Arts. 113-I 118 C.F.P.P.).

3. Al ejercitar la acción penal ante los tribunales (Art. 134 C.F.P.P.).

4. Al formular conclusiones acusatorias (Arts. 292 y 293 C.F.P.P.).

5. Al expresar agravios (Art. 364 C.F.P.P.) en el recurso de apelación interpuesto contra sentencia absolutoria (Art. 367-I C.F.P.P.), y contra los autos de sobreseimiento (Arts. 365, 367-I y II, 298-III a VII C.F.P.P.), los de libertad por falta de elementos (Art. 367-IV C.F.P.P.), y los de libertad por desvanecimiento de datos (Art. 367-V C.F.P.P.).

b) Por los jueces y tribunales.

1. Al dictar auto de radicación e la averiguación enviada por el ministerio público.

2. Al dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso (Arts. 19 constitucional y 162 del código federal de procedimientos penales).

3. Al dictar orden de aprehensión o de comparecencia (Arts. 195 y 157).

4. Al dictar sentencia condenatoria.

c) Por cualquier persona.

En caso de delito flagrante (C.P.E.U.M., Art. 16, párrafo segundo; C.F.P.P., Art. 194 bis).

Como hemos visto con anterioridad, el tipo penal es una garantía constitucional que encuentra su fundamento en el artículo 14 y el cual nos señala varias reglas para que la garantía se haga efectiva, reglas que deben ser aplicadas tanto por el ministerio público en su actuación, como por el propio juzgador, independientemente del concepto que manejen del tipo penal o cuerpo del delito, toda vez que el artículo 14 es claro en cuanto debe aplicarse **exactamente** la ley a la conducta realizada.

CAPÍTULO IV. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

4.1. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

A raíz de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicadas en el diario oficial de la federación el día 3 tres de septiembre de 1993 mil novecientos noventa y tres y las cuales originaron la más amplia reforma a los códigos procesales distrital y federal vigentes, publicadas el día 10 diez de enero de 1994 mil novecientos noventa y cuatro, los que de alguna manera hemos estado presentes en algunas de las instituciones de administración de justicia nos dimos cuenta de la preocupación sobre la interpretación de los contenidos de los preceptos penales y procesales. En especial sobre el contenido de los artículos 122 y 168 de los códigos procesales penales del distrito y federal.

Dicha preocupación nació de la desaparición de conceptos tradicionales con los cuales se estaba acostumbrado a actuar.

Ahora bien, con las reformas antes enunciadas, nuestro legislador moderno, optó por el progreso técnico y el cambio procesal requerido en una adaptación al modelo del proceso nuevo, en mi opinión el legislador al optar por este cambio consideró que las regulaciones e instituciones derogadas eran anticuadas, cuyo funcionamiento era inapropiado, dañino o injusto para una sociedad como la mexicana en los albores del siglo XXI.

A pesar de que la respuesta al cambio fue favorable, también lo es que en los tribunales penales no se respondió como pretendió el legislador, así fue interesante comprobar cómo las resoluciones de consignación y de juzgador se redujeron o en el mejor de los casos, se encubrieron con los conceptos tradicionales bajo la forma establecida por la ley nueva.

Lo anterior se debe en gran parte, a la polémica en torno al concepto del “cuerpo del delito”, al cual se le dieron diferentes acepciones. Algunos decían que el cuerpo del delito era el delito mismo. Otros estiman que el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que comprende la definición legal. Los terceros opinan que el cuerpo del delito consiste exclusivamente en los elementos materiales.¹⁴⁴

Sin embargo, hubo la necesidad de reconocer que nos encontramos en un Estado de derecho, democrático y social, correspondiendo en el proceso reconocer al inculpado una serie de garantías señaladas en la constitución pero no reconocidas en la ley procesal penal y en la práctica. Por esto se reconoce la necesidad de equiparar el cuerpo del delito con el de tipo que en materia de derecho penal se reconoce como uno de los elementos del delito. Concepto que comienza a imponerse en nuestro país en la doctrina al llegar las obras de los españoles Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta, de donde los autores mexicanos, entre otros Guillermo Colín Sánchez, Sergio García Ramírez, Victoria Adato de Ibarra y Eduardo Herrera y Lasso lo desarrollan con igual maestría.

Es hasta el año de 1994 mil novecientos noventa y cuatro que se impuso el pensamiento de los anteriores maestros y desapareció la categoría procesal del cuerpo del delito, binomio de la “presunta” responsabilidad.

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo de los elementos del tipo, concepto de inclusión relativamente reciente en la dogmática del delito, que ha ocupado, no obstante, la atención de las mentes más preclaras del pensamiento penal en todas las partes del mundo seriamente abocadas a estas cuestiones, corresponde en este momento examinar los contenidos que le reconoce la reforma. Ha pasado a ser exigencia constitucional el integrarlos o comprobarlos por los órganos encargados de la procuración y administración de justicia, respectivamente, para poder ejercitar acción penal y, en su caso, librar una

¹⁴⁴ BORJA OSORNO, Guillermo, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Cajica, Puebla, México, 1985, p. 204.

orden de aprehensión o de comparecencia, o emitir un auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Los mandatos de los artículos 122 y 168 respectivamente de los Códigos Procesal Penal Distrital y Federal, que entraron en vigor en el mes de febrero de 1994 mil novecientos noventa y cuatro, y tuvieron vigencia hasta el año de 1999, desterraron en buena hora el viejo concepto de cuerpo del delito, sustituyéndolo por los **elementos del tipo penal**. Ahora bien, por la importancia de los artículos anteriores los transcribo a continuación:

Artículo 122.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

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

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

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

Para resolver sobre la probable responsabilidad del 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.

De su sola lectura se percibe lo que ya se ha afirmado anteriormente, en el sentido, primeramente, de darle un contenido expreso a la reciente figura procesal y, enseguida, el

de que el contenido que a esta figura se le ha otorgado corresponde a un pleno vaciado de la teoría del tipo, y que, por otro lado, sólo se corresponde con la teoría de la acción finalista.

Bajo el esquema antes dicho, es incuestionable que los elementos del tipo, ahora como componente procesal, receptan la tipicidad. Se trata, por consiguiente, de una figura procesal de denominación sustantiva que recoge lo sucedido en la realidad, y por tanto implica, no obstante, su denominación, que alude a una creación del legislador de carácter abstracto e impersonal, de naturaleza dinámica y personalizada respecto de cada uno de los individuos que se coloquen en la hipótesis normativa, y quienes tendrán determinado carácter procesal, como más adelante se demostrará.

Es asimismo, por la naturaleza de sus contenidos, una figura compleja, que en adelante tendrá siempre un aspecto objetivo y uno subjetivo. En ocasiones, esa complejidad puede ser simétrica, pero en otras, asimétrica, con mayor contenido en el aspecto subjetivo. (Por fortuna no se da en nuestro país el caso inverso, en que sea mayor el contenido del aspecto objetivo que el del aspecto subjetivo, al no existir los delitos calificados por el resultado ni el denominado *versari in re illicita*).

Antes de realizar el análisis de los artículos antes transcritos, los cuales son idénticos, es necesario mencionar que sus elementos provienen de la teoría finalista, la cual fue enunciada en Alemania por el profesor de la Universidad de Boon, Hans Welzel. Por tanto, el estudio de los numerales 122 y 168, se desarrollará con base en esta teoría.

Sabido es que el espíritu que influyó en las reformas constitucionales y penales del mes de septiembre de 1993 y del 10 de enero de 1994 provinieron de la teoría finalista, la cual fue enunciada en Alemania por el actual profesor de la universidad de Bonn, Hans Welzel, y por la importancia actual que esta representa, a continuación hago un breve bosquejo de la misma.

La "finalidad" enseña Welzel, es un concepto ontológico, como el de causalidad; es una ley objetiva de estructura del ser y del actuar humano. En la finalidad encuentra su

expresión la capacidad propia del hombre de “anticipar mentalmente las posibles consecuencias de su intervención causal... y de esta manera, dirigir su actividad en el mundo”. Con la anticipación mental de las consecuencias de la acción se convierte el dolo en un “elemento indispensable de la finalidad” y por ello, es parte esencialmente necesaria, ya del concepto de acción. La inclusión del dolo en este concepto, desde el punto de vista de la teoría final del acto, constituye, pues, no solo una de las consecuencias posibles en la construcción del delito, sino además la consecuencia forzosa de la estructura ontológica del obrar, a la que el legislador también está vinculado.

En síntesis, para el finalismo:

- a) El tipo es mixto: subjetivo y objetivo;
- b) El dolo es voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo.
- c) El dolo está en el tipo subjetivo;
- d) El conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo;
- e) La incongruencia entre el tipo objetivo y subjetiva genera el error de tipo.

4.2. CONCEPTO CAUSAL Y FINAL DE LA CONDUCTA.¹⁴⁵

Toda construcción dogmática del delito admite que, ante todo, **el delito es una conducta humana**, que puede denominarse “conducta”, “acción”, “acto”, “hecho”, “evento”, etc. En torno a la afirmación de que la conducta es la base sobre la que se elabora el concepto de delito hay unanimidad, pese a observaciones no fundamentales y disidencias aisladas. Allí comienza el acuerdo, pero también termina: **¿qué es conducta humana?** Aún hasta esta respuesta puede darse casi unánimemente, si tratamos de armonizar opiniones parcialmente encontradas: **conducta es un hacer (o no hacer) voluntario**. La “voluntariedad” implica necesariamente una finalidad, porque no se concibe voluntad de nada o para nada. Hasta aquí parece seguir el acuerdo relativamente pacífico, pero ahora se impone la pregunta fatal de la discordia: la conducta, como hacer

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista en la Teoría General del Delito”, en *Criminología* Año XXXVII, Número 10, México, 1971.

voluntario (y por consiguiente final), ¿es la conducta tal cual la concibe el derecho penal? Para los finalistas sí, para los causalistas no.

Para el finalismo hay dos fases de la conducta: una externa y otra interna. La interna se opera en el pensamiento del autor y consiste en: a) proponerse el fin (v.gr. matar al enemigo); b) seleccionar los medios para su realización, proceso mental que se realiza a partir de la representación del fin (el enemigo muerto ¿cómo lograrlo? Con una bomba); y c) consideración de los efectos concomitantes que se unen causalmente al fin (destrucción de la casa del enemigo). La segunda fase (externa) consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión.¹⁴⁶

Este concepto de conducta, que se denomina *óntico*, porque es el que se da en la realidad, es para el finalismo el concepto que de la misma debe manejarse en derecho penal. Ello se debe a que el derecho regula conducta y, por eso, como cualquier técnica que quiere dominar algo, no puede desconocer la “naturaleza” de lo que pretende regular. De allí que el legislador se encuentre vinculado necesariamente al concepto óntico de conducta (esto es lo que Welzel llama “estructuras lógico – objetivas”).

Los causalistas, por su parte, no desconocen este concepto de conducta, pero dicen que en tanto que el concepto óntico de conducta nadie lo discute como tal, hay un concepto jurídico - penal de conducta que difiere de él (Mezger). Para el concepto jurídico - penal de conducta le basta con que la conducta sea voluntaria, pero prescindiendo del fin. La conducta es voluntaria para los causalistas cuando hubo voluntad de encender la mecha de la bomba (sin que al nivel de la voluntad interese para qué; eso, para el causalismo, es problema de culpabilidad). Se ha dicho (Beling) que la conducta es voluntaria cuando hay “inervación muscular”. Habrá conducta, pues, cuando se hayan inervado voluntariamente los músculos para encender la mecha y del encendido de la mecha haya resultado (por un vínculo causal) la muerte del enemigo. La relación psicológica entre el encendido de la mecha y el resultado muerte, será problema de la culpabilidad.

¹⁴⁶ Cfr. WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Barcelona, 1964, pp. 26-27; *Derecho Penal Alemán*, Santiago, De Chile, 1970, pp. 54-56. El concepto está tomado de Nicolai Hartman; puede verse Introducción a la Filosofía, México, 1969, pp. 22-23.

Así la conducta es:

Para el finalismo:	<p>a) la conducta es un hacer voluntario final;</p> <p>b) la conducta es óptica y jurídico-penalmente la misma;</p>
Para el causalismo:	<p>a) la conducta es un hacer voluntario (“inervación muscular”);</p> <p>b) el concepto óptico de conducta es distinto del jurídico-penal.</p>

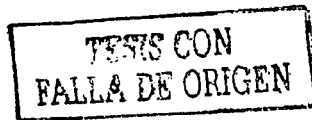
4.3. CONSECUENCIAS PARA EL INJUSTO.

Ninguna teoría jurídica reviste importancia si no se traduce en consecuencias en cuanto a la interpretación de los textos. Nos ocuparemos breve y sucesivamente de las consecuencias que esta teoría tiene en cuanto al injusto y a la culpabilidad.

Llamamos “injusto” a la conducta típica y antijurídica. “Injusto” –que en este sentido no tiene nada que ver con el Derecho Natural- es la traducción convencional de la expresión alemana *Unrecht* y no debe confundirse con antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*): la antijuridicidad es la característica de contradicción de una conducta con el orden jurídico (que se comprueba por la falta de permiso para realizar esa conducta típica); el injusto es la conducta típica que presenta la característica de ser antijurídica. La diferencia funciona de la misma manera cuando decimos “maldad” y le atribuimos a Juan esa condición: Juan es malo (en nuestro caso el injusto) no es los mismos que la maldad de Juan (en nuestro caso la antijuridicidad).¹⁴⁷

Identificado así el concepto de injusto (conducta típica y antijurídica) veamos cómo el finalismo lo concibe.

¹⁴⁷ *Idem.*



Cuando nos hallamos con una conducta humana que tiene por fin matar al enemigo y que lo ha logrado mediante una bomba, hallaremos que esa conducta es "típica" porque se adecua a un tipo legal (el Art. 123 del nuevo código penal del Distrito Federal, por ejemplo). Para que una conducta se adecue a un tipo es necesario que se haya llevado a cabo con la finalidad típica (el dolo): cada tipo doloso –de los culposos nos ocuparemos luego- requiere un dolo determinado (no se puede violar a una mujer con dolo de traicionar a la patria). Consecuentemente, el tipo penal presenta dos aspectos: uno objetivo (al que pertenece la característica humana de la víctima –sujeto pasivo-, su muerte –resultado-, la explosión de la bomba –el medio- y la causalidad y otro subjetivo (al que pertenece el fin de matar al enemigo –el dolo-). El dolo, que es el núcleo central de la parte subjetiva del tipo, comprende también dos aspectos: uno intelectual y otro volitivo (el intelectual consiste en saber que lo que se arrojaba era una bomba, que ella era capaz de matar, que a quien se le arrojaba era su enemigo, etc.; el volitivo, en la voluntad de dar muerte al enemigo). Dolo es, pues, el querer del resultado típico abarcando –y siendo dirigido u orientado- por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Consecuentemente, para que una conducta pueda calificarse de dolosa se requiere que haya una armonía en cuanto a los dos aspectos de la tipicidad (el objetivo y el subjetivo), que llamaremos "congruencia típica".

Una conducta será típicamente dolosa cuando se opere la congruencia típica, mas nunca podrá serlo cuando no se opera (el sujeto cree que está disparando sobre un oso y lo está haciendo sobre su enemigo). Hay incongruencia típica cuando el sujeto desconoce los elementos del tipo objetivo: es un caso de error. A este error le llamaremos **error de tipo**, que puede ser **vencible o invencible**. Es vencible cuando el sujeto, poniendo el cuidado debido, podía salir de él (podía darse cuenta que no era un oso); es invencible cuando ha puesto el cuidado debido y no pudo salir de él (el enemigo estaba disfrazado de oso en una zona en que abundan). Cuando el error de tipo es vencible hay una conducta culposa (siempre que haya un tipo culposo). Cuando es invencible la conducta es atípica.

Para el causalismo, el tipo capta la conducta de una manera totalmente distinta. El tipo carece de un aspecto subjetivo – o si lo tiene está reducido al mínimo – porque el dolo no pertenece al tipo, sino a la culpabilidad. El causalismo tiene su origen en la tentativa de

estructurar en forma simplista la teoría del delito; dividirla enviando todo lo objetivo a un lado (al injusto) y todo lo subjetivo a otro (la culpabilidad). Así fue que el tipo se concibió como puramente objetivo. Ello marchó hasta que se reparó en que hay tipos que requieren elementos subjetivos (el que mata a otro por precio o promesa remuneratoria). Fue entonces cuando, después de buscar distintos remedios, tuvo que admitirse que el tipo no es totalmente objetivo, sino que presenta aspectos subjetivos. Hasta allí cede el causalismo en su momento actual, admitiendo que hay tipos que contienen elementos subjetivos, pero no va más allá: el dolo, para el causalismo, es una forma o un componente – según sea la teoría y el autor – de la culpabilidad. El tipo capta lo exterior, lo objetivo de la conducta, como hijo del *corpus delicti* procesal – que históricamente lo es, ya que es traducción convencional de *Tabestand*, cuya más aproximada traducción literal sería “supuesto de hecho” -. Cabe observar que la circunstancia de que sea hijo del concepto procesal de “cuerpo del delito” –recuérdese que Beling era un extraordinario procesalista penal -, evolución histórica que explica muy bien Jiménez Huerta en México, no significa que de ello se deriven argumentos sobre la objetividad: “los chicos crecen” y los conceptos evolucionan.

Al mantener al dolo en la culpabilidad, el causalismo opera con un concepto de dolo que es diferente al del finalismo. Hemos dicho que el dolo, para el finalismo, abarca un contenido intelectual al lado del volitivo. Para el causalismo también, pero su extensión es mayor; en tanto que para el finalismo el dolo abarca el conocimiento del aspecto objetivo del tipo, para el causalismo comprende el conocimiento del tipo (que para ellos es objetivo), aunque también abarca el de los elementos subjetivos cuando se dan, y de la *antijuridicidad*, o sea, de la contradicción efectiva de la conducta con el orden jurídico. Así para el finalismo hay una conducta dolosa cuando el sujeto sabe que está matando a su enemigo; para el causalismo recién habrá dolo cuando sepa que está matando antijurídicamente a su enemigo.

El dolo típico del finalismo no abarca el conocimiento de la antijuridicidad: una conducta, para el finalismo, es dolosa aunque sea justificada (si la bomba se arroja al

enemigo para evitar que éste mate a su homicida, habrá legítima defensa, la conducta estará permitida, pero no por ello dejará de haber conocimiento y voluntad de matar al enemigo).

El conocimiento del aspecto objetivo del tipo y de la antijuridicidad – observa el finalismo – permanecen a dos niveles psicológicos diferentes: el sujeto que mata el enemigo sabe que está prohibido, pero no tiene por qué – y por lo general no lo hace – actualizar ese conocimiento. Lo sabe de la misma manera que sabe el padre nuestro, o sea, que es un conocimiento actualizable, pero no actual como requiere el dolo.

De allí que en tanto que el finalismo opera con un concepto de dolo avalorado (que no abarca el conocimiento de la antijuridicidad, que para el finalismo pertenece a la culpabilidad y, por ende, al reproche del dolo), que quizá fuera más exacto llamar “dolo no reprochable” o “dolo no culpable”, el causalismo opera siempre con un dolo culpable.

A la posición causalista (la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo) se la conoce como teoría del dolo; el postulado finalista (la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad) como teoría de la culpabilidad.

Para el finalismo	<ul style="list-style-type: none">a) el tipo es mixto: subjetivo y objetivo;b) el dolo es voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo;c) el dolo está en el tipo subjetivo;d) el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo;e) la incongruencia entre tipo objetivo y subjetivo genera el error de tipo.
Para el causalismo	<ul style="list-style-type: none">a) el tipo es objetivo;b) el dolo es voluntad del fin, conocimiento del tipo y conocimiento de la antijuridicidad;c) el dolo está en la culpabilidad;d) el conocimiento de la antijuridicidad pertenece

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

	al dolo; e) no hay razón práctica para distinguir entre error de tipo y de prohibición.
--	--

Como el causalismo ubica al dolo en la culpabilidad, dolo y culpa son dos formas o dos grados o dos componentes distintos – según el autor y teoría – de la culpabilidad. Para el finalismo, en vez, hay dos grandes estructuras típicas: los tipos dolosos y los tipos culposos. De los dolosos nos hemos ocupado hasta ahora. Veamos, pues, cómo explica el finalismo la estructura de los tipos culposos.

La conducta culposa también es conducta final. Nadie duda que el que conduce un automóvil realiza una conducta final de conducir, pero el derecho exige que cualquiera que realice esa conducta lo haga guardando un deber de cuidado. Si el conductor viola el deber de cuidado y su conducta causa la muerte de alguien, su conducta será típicamente culposa, consecuentemente, el tipo culposo exige una conducta dirigida a un fin distinto del resultado lesivo al que está causalmente unida, pero que en su modo de realización haya violado un deber de cuidado. Si esta última característica no se presenta, la conducta será atípica.

Es inexacto afirmar, pues que la conducta culposa no es final. Todas las conductas son finales, sólo que la culposa no se dirige al fin típico de que se trata, aunque puede ser a otro (el que queriendo dañar la casa lesiona al morador).

4.4. CONSECUENCIAS PARA LA CULPABILIDAD.¹⁴⁸

A la concepción causalista correspondió – y en rigor lógico sigue correspondiendo – concebir a la culpabilidad (o sea el aspecto subjetivo del delito) como una relación psicológica entre el sujeto y su acto (teoría psicológica de la culpabilidad).

¹⁴⁸ *Idem.*



La imposibilidad que tuvo la teoría psicológica para explicar la culpa inconsciente y especialmente los delitos de olvido (el individuo que sale de su casa olvidando abierta la llave del gas), en que no puede concebirse ninguna relación psicológica, determinó que fuera reemplazada por las teorías normativas de la culpabilidad, que tienen en común la afirmación de que la culpabilidad es un reproche personal que de un injusto se le hace a su autor (culpabilidad es reprochabilidad).

Ahora bien, el causalismo es normativista – ya que hoy quedan pocos psicólogos en el mundo y pese a que su origen y coherencia lógica es psicologista – pero sigue sostenido que el dolo está en la culpabilidad, o sea que, si bien la culpabilidad es reprochabilidad, igualmente sigue formando el dolo parte del reproche mismo.

El finalismo, por su parte, como ubica el dolo en el tipo, deja a la culpabilidad reducida a su categoría de reproche y pasa, de este modo, el dolo al objeto del reproche (al injusto). La culpabilidad es el reproche que se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo actuar de modo no antijurídico, en el “hacer en lugar de ...” (*dafür Können*).

A la culpabilidad pertenece la imputabilidad y la posibilidad de conocimiento del injusto. Las teorías normativas causales reconocen en los mismos elementos, pero pretenden que también está el dolo.¹⁴⁹

Para el causalismo	Psicologista	<ul style="list-style-type: none"> a) culpabilidad es relación psicológica entre conducta y resultado; b) por lo tanto, el dolo es la esencia de la culpabilidad; c) a él pertenece la conciencia de la antijuridicidad; d) y la imputabilidad es su presupuesto.
--------------------	--------------	---

¹⁴⁹ La imputabilidad es considerada por los psicólogos presupuesto de la culpabilidad. Los normativistas causalistas difieren al respecto: unos la consideran presupuesto (Goldschmidt, Jiménez de Asúa), en tanto que la mayoría la toma como elemento de la culpabilidad (Mezger).

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

	Normativista	<p>a) culpabilidad, es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;</p> <p>b) el dolo pertenece al reproche;</p> <p>c) al dolo pertenece la conciencia de la antijuridicidad.¹⁵⁰</p> <p>d) la imputabilidad es elemento de la culpabilidad (para algunos, presupuesto).</p>
Para el finalismo		<p>a) culpabilidad es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;</p> <p>b) el dolo no pertenece a la culpabilidad (sino al tipo subjetivo);</p> <p>c) el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo;</p> <p>d) la imputabilidad es elemento de la culpabilidad.</p>

Como la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo para el finalismo, el error que recae sobre la antijuridicidad de la conducta no afecta a la tipicidad dolosa de la misma. Este error se llama **error de prohibición** (el sujeto cree que su enemigo lo ataca y se defiende del ataque inexistente, cree que realiza una conducta típica permitida).

Este error – al igual que el de tipo – puede ser vencible o invencible. Si es vencible no elimina la culpabilidad, sino que la reduce: el juez aplicará el mínimo de pena, pero el delito seguirá siendo doloso, porque el error de prohibición no elimina el dolo (ya que el error de prohibición se plantea en la culpabilidad y el dolo ya ha sido afirmado en la tipicidad). Si, en lugar, es invencible, tampoco eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sino que eliminará la culpabilidad de la misma; será, pues, un dolo típico no reprochable.

¹⁵⁰ Algún autor, como Reinhart Frank, que fue el primer expositor de la teoría, sostiene que al dolo no pertenece el conocimiento de la antijuridicidad, sino que ambos están en la culpabilidad como componentes separados. Es excepcional, la afirmación y no hace más que abrir paso a la reubicación del dolo, que en tiempo de Frank no pudo llevarse a cabo debido al estado de la teoría del tipo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El error para el finalismo, puede ser	De tipo	<p>a) recae sobre el conocimiento del aspecto objetivo del tipo;</p> <p>b) es, por tanto, un problema de tipicidad;</p> <p>c) elimina siempre el dolo;</p> <p>d) si es invencible deja atípica la conducta;</p> <p>e) si es vencible, resta una conducta culposa (siempre que haya un tipo culposo).</p>
	De prohibición	<p>a) recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad;</p> <p>b) es, por tanto, un problema de la culpabilidad;</p> <p>c) nunca elimina el dolo;</p> <p>d) si es invencible, la conducta típica y antijurídica será inculpable;</p> <p>e) si es vencible, reduce el reproche.</p>

Se ha sostenido que el error de tipo se identifica con el error de hecho y, el error de prohibición con el de derecho (Quintano Ripollés, Núñez, etc.), no es correcto: el error de tipo es error de derecho cuando recae sobre un elemento normativo del tipo penal (por ejemplo, sobre el concepto jurídico de funcionario público); inversamente, hay errores de prohibición que son errores de hecho (como la legítima defensa putativa, cuando el que cree defenderse ha apreciado erróneamente la conducta del otro, tomándola por agresiva: mata al amigo que le juega una broma).

Para el causalismo, en vez, esta distinción no tiene sentido: hay un único tratamiento para el error. Todo error elimina el dolo y todo error vencible hace culposa a la conducta.

El error, para el causalismo	a) siempre elimina el dolo;
	b) si es invencible, elimina también la culpabilidad;
	c) si es vencible, hace culposa la conducta;
	d) no importa si recae sobre el conocimiento del tipo o sobre la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

	antijuridicidad; e) es siempre un problema de la culpabilidad. ¹⁵¹
--	--

4.5. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 122 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL DISTRITO FEDERAL Y 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

La anterior descripción de la teoría finalista dejó su impronta en el anterior artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en lo que anteriormente se denominaba "los elementos del tipo penal" y en la actualidad se le nombra "cuerpo del delito".

En primer término, si los artículos 122 y 168 antes de la reforma utilizaban las palabras "acreditará los elementos del tipo... y la probable responsabilidad..." es necesario establecer que debe entenderse por acreditar y probabilidad.

Acreditar. Es hacer a alguna cosa digna de crédito, probar su certeza o realidad.¹⁵²

Por su parte el adjetivo probable significa: Lo verosímil o que se funda en razón prudente, lo que se puede probar.¹⁵³

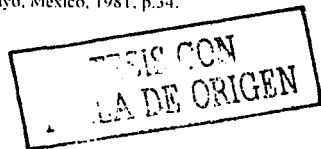
En razón del segundo significado se hará su análisis más adelante, por lo que en este momento solo lo anuncio.

Ahora bien, en relación a la acreditación se presentan problemas, los cuales se pueden dilucidar de acuerdo a la función de dicho término en el proceso. así considero que el legislador al utilizar dicho verbo, se refiere a la justificación exigida por la ley para los autos de libramiento de orden de aprehensión y de procesamiento, ya que en esta etapa

¹⁵¹ El causalismo distingue entre error de hecho y de derecho, negando la relevancia al último por entender que así lo impone la ley, salvo respecto del error de derecho no penal, que lo asimila al error de hecho.

¹⁵² PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*. Ed. Mayo, México, 1981, p.34.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 1081.



(preinstrucción) no se pretende convencer indubitablemente al juez de la existencia de un hecho sino de la probabilidad de su existencia, esto es, que exista razón prudente de que haya sido tal, en el mundo del derecho.

Visto así, los elementos del tipo penal eran además una institución procesal ligada íntimamente al principio de la prueba idónea. Y ello explica la necesidad de precisar los elementos que lo integran en cada uno de los diferentes tipos posibles, pues en la naturaleza de cada hecho, objeto o circunstancia va implícita, también, la naturaleza del medio más adecuado para comprobar la existencia de ellos.¹⁵⁴

Ahora bien, el ilustre maestro Eduardo Herrera y Lasso, al hablar acerca de las generalidades sobre la prueba penal, manifiesta: “Probar es demostrar la existencia de un objeto, entendido éste en su sentido más amplio: todo aquello susceptible de ser conocido. Y afirmamos, asimismo que la naturaleza del medio (y, a su vez del método) más adecuado para demostrar su existencia.

Bastan estos datos para entender los diversos aspectos que presenta la prueba en el proceso penal:

a) Utilidad de la prueba (“prueba útil y pertinente”).

La prueba debe referirse a un objeto cuya existencia no consta en el proceso, y que tenga relación con los puntos controvertidos: ley aplicable, elementos del tipo, responsabilidad y punibilidad.

b) Medios de prueba: testigos, peritos, documentos, etc.

c) A quién corresponde aportar esos medios (“carga de la prueba”): ministerio público, juez, defensor, acusado.

¹⁵⁴ HERRERA LASSO Y GUTIÉRREZ, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 46.

d) Idoneidad de los medios de prueba: el medio elegido debe ser acorde con la naturaleza del objeto cuya existencia se pretende demostrar. Elegido el medio correcto, el método a seguir deberá ser el más riguroso posible.

e) Orden de preferencia en la elección de los medios de prueba: siendo varios, el medio menos idóneo sólo será aceptable a falta del inmediato superior más idóneo.

f) Credibilidad que la demostración produce respecto de la existencia del objeto (“valoración de la prueba”): certeza negativa, duda en todos sus grados, certeza positiva.¹⁵⁵

Por ejemplo: la conducta “engaño”, en el fraude, admite ser probada mediante declaraciones de testigos o documentos. Pero el resultado “muerte” y la circunstancia “por envenenamiento”, en esa especie de homicidio calificado, exigen ser probados mediante inspección ocular y el dictamen de peritos.

Ahora bien, analizando cada fracción de los numerales 122 y 168 de los Códigos Adjetivos Penales del Distrito y Federal antes de la reforma de 1999, tendremos que:

4.5.1. 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;

Lo primero que habrá que establecer, para afirmar los elementos del tipo, es la existencia de la conducta, o sea, un hacer voluntario y final del ser humano. Esto es sólo admisible desde el campo procesal, dado que en el plano sustantivo se repudia unánimemente la afirmación de que el tipo crea a la conducta. Ésta es anterior a la creación de aquél y sólo importa la forma en que éste la individualiza, incluso respecto de los delitos de omisión.

De esta manera habrá que comprobar que una persona se propuso un fin relevante para el derecho penal, seleccionó los medios para llevarlo a cabo y previó la causalidad

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 94-95.

correspondiente al fin predeterminado por medio de la conducta desplegada, considerando las circunstancias concomitantes. En este punto es obligado el análisis de las causas que originan la ausencia de conducta, a saber, *vis absoluta*, *vis maior*, movimientos reflejos, etcétera.

Es necesario este análisis particularizado de los delitos de acción, de omisión y los de omisión impropia, con los requisitos que éstos exigen, tales como el establecimiento de la situación de peligro, la posibilidad física de obrar, el nexo de evitación existente al suprimir hipotéticamente la producción del resultado típico al realizarse la conducta esperada, y respecto de la omisión impropia, la calidad de garante que se tienen de los bienes jurídicos en peligro.

Dentro del plano estrictamente típico, y siguiendo la prelación que esta figura señala, habrá de verificarse la lesión o el peligro causado al bien jurídico tutelado. Por tanto, es aquí donde es menester hacer el estudio de la forma de afectación al bien jurídico objeto de tutela del tipo, afirmando su daño o lesión (distinción entre los delitos de peligro y de daño), y es también aquí donde se da cabida a la tentativa como figura amplificadora del mismo, que requiere en su aspecto objetivo la sola exposición al peligro del bien jurídico como mínimo de prohibición y como conducta desvalorada por el derecho penal (esto obliga al estudio de la tentativa tanto acabada como inacabada). Y aquí, igualmente, es donde habrá que comprobar la existencia de un bien jurídico objeto de protección del tipo, pues en caso contrario no podría afirmarse lo exigido por la parte final de esta fracción del mencionado artículo. Es a este apartado donde se vuela la problemática del delito imposible en su aspecto de inexistencia de bien jurídico, como "la tentativa de homicidio" de un individuo de quien se ignoraba ya estuviese muerto, y lo que procesalmente, bajo la denominación hoy usada, habría que enunciar como "los elementos del tipo que no se acreditaron por falta de tipo", lo que conceptualmente resulta incomprensible. dado que para cierto sector de la doctrina en estos casos de inexistencia de bien jurídico, la tentativa es imposible por falta de tipo. Expresión que destaca en este momento la poca conveniencia de que las figuras procesales tengan denominaciones propias del derecho sustantivo penal.

Para Welzel la acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de actividad final.¹⁵⁶

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una externa; otra interna.

La interna opera en el pensamiento del autor y consiste en: a) proponerse el fin (por ejemplo: matar al enemigo); b) seleccionar los medios para su realización, proceso mental que se realiza a partir de la representación del fin (el enemigo muerto ¿cómo lograrlo? Con una bomba); y c) consideración de los efectos concomitantes que se unen causalmente al fin (destrucción de la casa del enemigo). La segunda fase (externa) consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión.¹⁵⁷

Para el finalismo, la acción y la omisión, no vienen siendo sino dos subclases de la conducta típica, ambas susceptibles de ser dirigidas por la voluntad final.

La omisión para este sistema, está referida necesariamente a una acción y él debe tener "el poder final del hecho", es decir, quien omite la acción debe tener la posibilidad de actuar, así puede omitirla en forma dolosa, o bien en forma culposa, cuando olvida ejecutar una acción que con adecuada diligencia debía recordar.

Welzel afirma: "El autor de la omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado. La confusión ya criticada, de la omisión con la acción y su identificación con ella, hizo que la ciencia penal persiguiera durante casi dos siglos al fantasma de una causalidad de la omisión, que correspondiera a la causalidad de la

¹⁵⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Op. Cit.*, pp. 54-56.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito". *Criminalia*. Año XXXVII, número 10. México. 1971, p.485.

acción. La omisión como no ejecución de una acción no causa absolutamente nada. La única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución de la acción omitida habría evitado el resultado”.¹⁵⁸

Para Welzel la omisión se fundamenta:

a) En el poder de hecho, que tenía el omitente, de haber realizado la conducta, sujeta a su vez al conocimiento de la situación típica y a la posibilidad real de evitar el resultado:

b) A la posición de garante, del omitente, respecto del bien jurídico lesionado, posición que debe devenir de la ley, o de un deber contractual, o de una obligación profesional, o de una especial relación de lealtad, y respecto de esas particulares situaciones el omitente tiene la obligación de actuar, se encuentra en una posición en que su actuar está a su cargo, su posición es de garante.¹⁵⁹

Problema más complejo son los llamados delitos de omisión impropia o comisión por omisión.

En efecto, en los delitos de omisión simple, o delitos de omisión propia, el resultado es de peligro, el bien jurídico tutelado sufre riesgo, peligro, pero no se daña; en cambio, en los delitos de comisión por omisión, u omisión impropia, sí se produce un resultado material.

Welzel, padre del finalismo afirma que: “Los delitos de omisión impropia son, por ello, no sólo ontológicamente verdaderos casos de omisión, sino que también siguen dogmáticamente las reglas especiales de los delitos de omisión.”¹⁶⁰

¹⁵⁸ *Op. Cit.*, p.292.

¹⁵⁹ Citado por ORELLANA WÍARCO, Octavio Alberto, *Teoría del delito, (Sistemas causalista y finalista)*, Ed. Porrúa, México, 1997, p.140.

¹⁶⁰ *Op. Cit.*, p.289.

Así, para el finalismo, la solución al problema de los delitos de omisión o comisión por omisión, se sitúa en la tipicidad, precisamente en la posición de garante del omitente, pues su posición lo obliga, no sólo a impedir que el bien jurídico corra peligro, sino también del daño material, como en el caso de los delitos de comisión por omisión, lo que ocurre, es que en los delitos de omisión propia o impropia se trata de tipos abiertos, en los cuales el juzgador tiene que completar la fórmula de la ley, y resolver si en el suceso puesto a su consideración el sujeto presunto responsable, tenía o no el poder final del hecho y la posición de garante, lo que la ley no puede consignar en tipos cerrados, porque sería insuficiente cualquier fórmula frente a la inmensa posibilidad de situaciones concretas.¹⁶¹

En el nuevo código penal para el Distrito Federal con las reformas y adiciones que entraron en vigor en noviembre del 2002, se incluyó como conducta típica a los elementos de la comisión por omisión, pues al artículo 16 a letra establece:

Artículo 16º. (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

En otro orden de ideas, en lo referente a la lesión "lesión o puesta en peligro del bien jurídico" el maestro Rafael Márquez Piñero opina lo siguiente:

¹⁶¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.* p.143.

Sabemos que la tendencia, a nuestro juicio irreversible, en moderna concepción del derecho penal (enmarcado en el plano político real del "Estado social y democrático del derecho"), es la de singularizar como inesquivable el rango social de los bienes protegidos. Se trata de bienes esenciales para la recta convivencia social, fin último de todo el derecho, y –obviamente- del *jus puniendi*. En esta tesitura, la lesión a los intereses de la sociedad, dimanante de la conducta del hombre (por reprochable que sea), no acarreará ninguna consecuencia penal si el derecho punitivo no ha tomado bajo su tutela el interés afectado. Con la creación del tipo legal, el interés pasa a la categoría de bien jurídico; y la lesión respectiva es, ya, una lesión (o puesta en peligro) de ese bien jurídico.¹⁶²

En este sentido la Doctora Olga Islas Magallanes sostiene que la "lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o comprensión del bien, contempladas en el tipo"; la puesta en peligro o peligro de lesión es "la medida de posibilidad, señalada en el tipo, asociada a la destrucción, disminución o comprensión del bien jurídico".¹⁶³

Si la finalidad de las normas jurídico-penales es la protección de los bienes jurídicos respecto de las conductas (específicamente descritas en los tipos), que los lesionan o ponen en peligro, entonces tanto el bien como la lesión o, en su caso, la puesta en peligro son elementos del tipo. La lesión del bien jurídico es elemento del tipo de consumación y la puesta en peligro es elemento del tipo de tentativa.

En el modelo lógico, sus creadores Olga Islas Magallanes y Elpidio Ramírez al referirse al homicidio que conlleva a la destrucción del bien jurídico vida, establecen que dicha destrucción no configura cualquier lesión (esto es lo fundamental); cuando se priva de la vida a un ser humano, no se lesiona el honor, ni la libertad sexual, ni el normal desarrollo psicosexual, etcétera; el único bien afectado es la vida humana. Ningún otro bien entra en juego, porque la protección dimanante del tipo típico de homicidio se concreta a la vida humana. No es, pues, cualquier lesión: es una lesión típica. Más preciso aún: la lesión es un elemento del tipo y por tanto, también, la puesta en peligro.

¹⁶² MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El tipo penal, Algunas consideraciones en torno al mismo, op. Cit.* p. 220.

¹⁶³ ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio, *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p.220.

En consecuencia, puede decirse, y así lo afirman los reiterados autores,¹⁶⁴ que en el elemento referenciado están incluidos dos conceptos distintos: a) La lesión del bien jurídico; y b) La puesta en peligro del bien jurídico. Como se ha dicho, con anterioridad, el primero es asociado al tipo de consumación, y el segundo al tipo de tentativa. De lo sostenido se infiere que: los tipos de consumación excluyen la puesta en peligro, y los tipos de tentativa excluyen la lesión.

Pero resulta, como obviamente puede comprenderse, que los tipos, tal como se nos aparecen en la parte especial o en las leyes penales especiales, son tipos de consumación. ¿Luego cómo se obtiene un tipo de tentativa?

Los tipos de tentativa se consiguen sustituyendo, en el respectivo tipo, la lesión del bien jurídico por la puesta en peligro del mismo. Dicha puesta en peligro está consagrada en el artículo 20 del nuevo código penal Distrital en lo común. Así que el tipo de tentativa se obtendrá de la conexión normativa de sentido entre el tipo consumatorio, que se intente analizar, y el mencionado artículo 20.

En el caso de homicidio, la norma jurídica fundamental del consumado se integrará por el tipo, descrito en el artículo 123 del cuerpo punitivo referenciado. En cambio, en la tentativa, la norma jurídica fundamental se constituirá por el tipo de los artículos 123 y 20, y la punibilidad indicada en los artículos 78. La diferenciación de los tipos (consumación y tentativa) aparece nítidamente: el de consumación en el artículo 123 y el de tentativa en los artículos 123 y 20.

La doctora Islas¹⁶⁵ puntualiza que la construcción se lleva a cabo, por una parte, sustituyendo en el tipo de consumación, y con base del artículo 20, los elementos discordantes y, por otra, eliminando el propio tipo de consumación los elementos innecesarios de acuerdo con el mismo artículo 20. Únicamente con esta base normativa es válido el análisis de cualquier tentativa de delito.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.84.

¹⁶⁵ ISLAS, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Ed. Trillas, México, 1982, pp.39-40.

Y es que el principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", de absoluta plenitud vigencial en el universo jurídico mexicano, impide el prescindir de un fundamento normativo, que describa, con toda precisión, los elementos configurativos de la tentativa.

4.5.2. LA FORMA DE INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS ACTIVOS; Y

En cuanto a la intervención de los sujetos activos se debía analizar, en forma exhaustiva, la problemática relativa a la concurrencia de personas en el hecho punible, desde los autores hasta los partícipes, incluyendo el estudio correspondiente a la autoría indeterminada, mal llamada complicidad correspectiva, que en el artículo 26 del nuevo código penal para el Distrito Federal, ahora bajo el rubro más técnico de "autoría indeterminada."

Con esto el legislador tomando en consideración los argumentos señalados por la moderna doctrina penal, pretendió que a nivel de tipo se estudiaran los problemas de participación a que se refiere el artículo 22 del nuevo código penal para el Distrito Federal, obligando a las autoridades a establecer el nombre del que realizó la acción típica.

El anterior criterio difiere en mucho a lo establecido en el anterior artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y en la costumbre judicial, a pesar de ser tan claro el legislador moderno, en la práctica se presentaron dos posiciones, una correcta limitándose al contenido de la disposición, estudiando la forma de intervención del incoado, y la segunda estableciendo que dicha disposición sólo obliga a señalar la conducta realizada por los inculcados, esto es si fue autor, coautor, autor mediato, instigador o cómplice, pero sin establecer el nombre del inculcado, señalándose el nombre hasta el nivel de probable responsabilidad. Dicho criterio no tiene en la actualidad sustento alguno ni de derecho sustantivo penal moderno ni de derecho adjetivo penal, ya que los contenidos de los conceptos de tipo y de probable responsabilidad eran claramente delimitados, al señalar que sólo se establece la conducta típica se olvida el contenido de la primera fracción para el caso de los autores y al señalarlo en responsabilidad penal, se olvida el contenido de la

misma (antijuricidad y culpabilidad) por lo tanto optar por este criterio sería no cumplir con la ley procesal sin perjuicio de todos los argumentos dados por la doctrina para estudiar el problema de la participación en la tipicidad, dichos argumentos son los siguientes:

En primer lugar, -manifiesta el Doctor Moisés Moreno Hernández-¹⁶⁶ la problemática se debe plantear a nivel de la tipicidad, es ahí donde debe precisarse cuántos y cuáles son los sujetos que tuvieron intervención en la realización de un hecho penalmente relevante, para precisar objetivamente en qué consistió la actividad desplegada por cada uno de ellos; por ejemplo, en el homicidio, que alguien fue el que disparó el arma, que otro fue el que prestó el arma, que alguien esperaba en un lugar con su vehículo para darse a la fuga, etc.; cada quien realiza una actividad diferente. Se constata objetivamente la actividad que cada quien desarrolla; consecuentemente, podemos afirmar que todos tuvieron intervención en la producción del resultado típico. Pero, con eso, todavía no sabemos en calidad de qué intervino cada quien, es decir: quién es autor, quién es cómplice, quién es instigador, quién es un mero instrumento, etc.; para ello necesariamente tenemos que abordar los aspectos subjetivos. Luego entonces, además de los elementos objetivos, que nos van a determinar que cada uno sí tuvo intervención en la comisión de los hechos, para poder saber en calidad de qué lo hizo cada quien, es necesario analizar el aspecto subjetivo, y en base a eso podemos determinar, por ejemplo, que: los cuatro se pusieron de acuerdo para privar de la vida a "X" y se dividieron el trabajo, y cada uno tenía que hacer una determinada cosa. De esta manera vamos encontrando la vinculación que existe entre todos y, consecuentemente, podemos llegar a la afirmación de que todos son "coautores" del delito de homicidio, independientemente de lo que cada quien haya hecho: es decir, para afirmar la coautoría prevista en la fracción III del artículo 13 del Código Penal, no se requiere que todos hayan disparado el arma, o lanzado la puñalada, para ser considerados coautores; hay ciertos elementos que los enlazan: la decisión común de llevar a cabo el hecho y la realización conjunta del hecho previsto en la ley. Esto nos demuestra que el problema de la coautoría, como el de otras formas de participación *lato sensu*, es un problema de la tipicidad, puesto que la sola intervención en la realización típica no es base suficiente para afirmar la responsabilidad. La autoría y participación constituyen en primer lugar, un problema que debe constatarse como antes se ha dicho en la tipicidad.¹⁶⁷ Ahora bien, dentro de este mismo problema de la participación *lato sensu*, se puede determinar en el caso concreto que de los diversos intervinientes, uno es el que realizó la acción descrita en el tipo, es decir uno es el "autor" --o como tradicionalmente se dice el "autor material"-- del delito y otro sólo prestó una ayuda o bien es el que determinó al autor a cometer ese hecho; es decir, tomando en consideración tanto aspectos objetivos como subjetivos del tipo se puede distinguir que uno es el autor (material), otro el instigador y otro el cómplice.

¹⁶⁶ MORENO HERNANDEZ, Moisés, *La responsabilidad penal*, Conferencia dictada en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1990, p.34.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 35-36.

En la casi generalidad de los tipos penales del Libro Segundo del Código Penal, con excepción de los casos en que directamente se hace referencia al instigador y al cómplice, la descripción se refiere en principio al autor, como figura principal, cuando se usan las expresiones "al que", "el que", "a quien", etc. Por lo que, las figuras de participación *stricto sensu*, instigación y complicidad, previstas por el artículo 13 son figuras accesorias, amplificadoras de la punibilidad establecida en principio para el autor; es decir, la punibilidad prevista para el autor se amplía y alcanza también a otros que no tienen esa calidad, como son los cómplices y los instigadores.¹⁶⁸

Aquí es donde hay que hacer valer el "principio de culpabilidad", que en este caso establece que, cuando varios sujetos intervienen en la comisión de un hecho penalmente relevante, ya sea como autores o como partícipes, cada uno responde de acuerdo a su propia culpabilidad, sin hacer referencia a la culpabilidad de los otros. Esto quiere decir, por tanto, que si alguno de los intervinientes en la comisión de un delito es "inculpable", es decir, no es penalmente responsable, ello no excluye que pueda afirmarse la culpabilidad o responsabilidad de los otros. Si se determina que el autor del hecho principal, *-verbigratia* el que dispara el arma que priva de la vida a otra persona, actuó antijurídicamente, pero sucede que al momento de realizar la acción padecía de un "trastorno mental", entonces, ese sujeto, ese autor del hecho principal, no es culpable; sin embargo, por la existencia de la conducta antijurídica concretizada por él, sí hay base para poder analizar y afirmar la existencia de la responsabilidad de quienes sólo hayan intervenido como partícipes, esto es, como instigadores o como cómplices.

De la misma manera que con relación al autor, por lo que hace al instigador y al cómplice también un instigador o un cómplice pueden encontrarse en una situación que excluya su culpabilidad y su responsabilidad dependiendo del caso de que se trate. Según lo anterior, no basta con decir que el autor de un hecho principal es culpable para afirmar que todos los demás son igualmente culpables, porque entonces se estaría violando ese principio que dice que "cada quien responde solamente de su propia culpabilidad".¹⁶⁹

En efecto, los anteriores argumentos sustentados por el Doctor Moisés Moreno Hernández, -a quien se le debe en gran parte las reformas tanto al Código Penal para el Distrito Federal cuanto al de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, que entraron en vigor el 1º de febrero de 1994 y tuvieron su vigencia hasta el año de 1999 han dejado su impronta en el actual artículo 24 del nuevo código penal para el Distrito Federal, el "principio de culpabilidad" y que a la letra reza:

Artículo 24. (

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.37.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp.40-41.

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

4.5.3. LA REALIZACIÓN DOLOSA O CULPOSA DE LA ACCIÓN U OMISSION.

El artículo 18 del nuevo código penal para el Distrito Federal, en su redacción actual determina claramente lo que debe entenderse por dolo y culpa, en tal virtud, lo transcribimos a continuación:

Artículo 18. (Dolo y culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previéndolo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previéndolo en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Ahora bien, el maestro Zaffaroni desenvuelve con maestría los anteriores conceptos al afirmar:

Cuando nos hallamos con una conducta humana que tiene por fin matar al enemigo y que lo ha logrado mediante una bomba, hallaremos que esa conducta es "típica" porque se adecua a un tipo legal (artículo 302 del Código Penal Federal, por ejemplo). Para que una conducta se adecue a un tipo es necesario que se haya llevado a cabo con la finalidad típica (el dolo): cada tipo doloso requiere un dolo determinado (no se puede violar a una mujer con dolo de traicionar a la patria). Consecuentemente, el tipo penal presenta dos aspectos: uno objetivo (al que pertenece la característica humana de la víctima -sujeto pasivo-, su muerte -resultado-, la explosión de la bomba -el medio, y la causalidad) y otro subjetivo (al que pertenece el fin de matar al enemigo -el dolo-). El dolo, que es el núcleo central de la parte subjetiva del tipo, comprende también dos aspectos: uno intelectual y otro volitivo (el intelectual consiste en saber que lo que se aventaba era una bomba, que ella era capaz de matar, que a quien se le arrojaba era su enemigo, etc.; el volitivo, en la voluntad de dar muerte a su). Dolo es, pues, el querer el resultado típico abarcando - y siendo dirigido u orientado - por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Consecuentemente, para que una conducta pueda calificarse de dolosa se requiere que haya una armonía en cuanto a los dos aspectos de la tipicidad (el objetivo y el subjetivo), que llamaremos "congruencia típica". Una conducta será típicamente dolosa cuando se opere la congruencia típica, mas

nunca podrá serlo cuando no se opera (el sujeto cree que está disparando sobre un oso y lo está haciendo sobre su enemigo). Hay incongruencia típica cuando el sujeto desconoce los elementos del tipo objetivo: es un caso de error. A este error se le llama *error de tipo*.¹⁷⁰

Y en cuanto a la culpa, el maestro Zaffaroni sostenedor de la teoría finalista en México, señala que:

La conducta culposa también es conducta final. Nadie duda que el que conduce un automóvil realiza una conducta final de conducir, pero el derecho exige que cualquiera que realice esa conducta lo haga guardando un deber de cuidado. Si el conductor viola el deber de cuidado y su conducta causa la muerte de alguien, su conducta será típicamente culposa, (artículo 60 del Código Penal Federal). Consecuentemente, el tipo culposo exige una conducta dirigida a un fin distinto del resultado lesivo al que está causalmente unida, pero que en su modo de realización haya violado un deber de cuidado. Si esta última característica no se presenta, la conducta será típica.

Es inexacto afirmar, pues, que la conducta culposa no es final. Todas las conductas son finales, sólo que la culposa no se dirige al fin típico de que se trata, aunque puede ser a otro (el que queriendo dañar la casa lesiona al morador".¹⁷¹

En pocas palabras, en la teoría de la acción finalista, encontramos que el dolo y la culpa se van a ubicar, ya no a nivel de la culpabilidad sino a nivel de la acción típica.

El dolo y la culpa van a dejar de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría causalista, ahora el dolo y la culpa constituyen el fin de la acción.

Ahora bien, en la práctica el problema que se presenta es cómo se acredita el dolo, hasta antes de las reformas al Código Penal de 1984, en nuestro país existía la presunción de intencionalidad, en virtud de dichas reformas desapareció, ya que nuestro país firmó varios convenios en los cuales se reconocía precisamente lo contrario, esto es la presunción de inocencia. Sin embargo, la reforma de 1984 careció de efectos en la práctica. tan es así

¹⁷⁰ ZAFFARONI, Raúl, *Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito*, en *Criminalia*, p.480.

¹⁷¹ *Idem*, p.488.

que es poca la jurisprudencia firme del dolo, desde el punto de vista dogmático penal y desde el punto de vista procesal.

El mérito de la reforma de 1994 fue la acreditación del dolo, surgiendo la interrogante cómo justificar dicho elemento del tipo? Porque la investigación comprendería el conocimiento y la voluntad del inculpaado de realizar el acto ilícito. En consecuencia, pareciera como único medio probatorio la confesión, situación que acarrearía una imposibilidad de obtenerla a todo costo, y por lo tanto existiría impedimento para consignar o decretar auto de procesamiento a los que no hubieren confesado. El camino para solucionar este conflicto es partir de la prueba indiciaria, la cual nos va a establecer una serie de circunstancias objetivas que analizadas de acuerdo a las reglas de la experiencia, podemos deducir la existencia del dolo en el sujeto al momento de realizar los elementos objetivos del tipo, lo anterior quedará mejor explicado con un ejemplo. En un caso de homicidio, acreditado que el sujeto apuntó su arma de fuego hacia otro y jaló el gatillo, es lógico deducir que quería privarlo de la vida, lo cual se desprende de la experiencia común que se tenga en el manejo de las armas de fuego, correspondiendo la carga de la prueba al inculpaado para establecer cuando se rompe esa regla de la experiencia normal, esto es, el inculpaado deberá acreditar que por haberse demostrado una serie de circunstancias en el momento de los hechos no quería privar de la vida a dicho individuo, en virtud de haber tenido una falsa apariencia de la acción realizada.

La fracción III de los anteriores artículos 122 del código procesal penal del Distrito Federal y 168 del Federal se ocupaba del aspecto subjetivo del tipo, bajo las formas específicas de dolo o culpa. Ubicación que sólo se admite, como ya se dijo, bajo la teoría social o final de la acción, por lo que en forma novedosa para la inmensa mayoría de los destinatarios de las normas penales, toda la problemática relativa al dolo, sea directo, indirecto o eventual con sus contenidos cognoscitivo o volitivo, y el de la culpa con representación o consciente o sin representación o inconsciente, habrán de ser abordadas en este capítulo, no sin la confusión lógica que ello les significa, dado el nuevo esquema dogmático del delito.

4.5.4. ACREDITAR SI EL TIPO REQUIER: LAS CALIDADES DEL SUJETO ACTIVO Y DEL PASIVO.

A los anteriores requisitos, que se ha dado en denominar comunes u ordinarios, en el párrafo inmediato posterior, se agregan los llamados requisitos accidentales o extraordinarios, que no lo son tanto, sino en función del tipo en particular de que se trate, ya que no siempre se exigen.

Así, habrán de analizarse las calidades de los sujetos activo o pasivo, lo cual tendrá relevancia en los delitos especiales propios para verificar si el autor reúne las condiciones exigidas por la ley para cometer el delito, o bien, si por su condición estaba en aptitud directa e inmediata de realizar el hecho (delitos de propia mano); o bien, por las características del hecho podía realizar la acción, tales como: sexo en el delito de violación, dado que ahora sólo puede ser autor un hombre; relación jurídica, como la de poseedor derivado de la cosa en el delito de abuso de confianza; estado civil, como en el delito de adulterio o en el de bigamia; parentesco, como en el delito de homicidio en razón del parentesco o relación; edad, como en el delito de corrupción de menores o estupro, en que el sujeto pasivo necesariamente debe ser un menor de edad; nacionalidad, como en el delito de traición a la patria, etcétera.

Sobre el presente tema el maestro Herrera y Lasso afirma que: "Referentes al sujeto activo son el número, condiciones o cualidades de quien o quienes realizan la omisión o actividad típicas. Ejemplos: ser funcionario público o encargado de un servicio público, en los delitos por ellos cometidos (artículos 256); se poseedor precario de la cosa, en el abuso de confianza (artículo 227); ser casado, en y la bigamia (artículo 205); todos del nuevo código penal del Distrito Federal en los delitos de omisión tener la calidad de garante de la evitación de la lesión producida, etc.

Referentes al sujeto pasivo. Número, condiciones o cualidades del titular o titulares del bien jurídico. Ejemplos: ser funcionario público en el delito contra él cometido (artículo

277); tener la claridad de poseedor originario en el abuso de confianza (artículo 227), todos del nuevo código penal del Distrito Federal etc".¹⁷²

4.5.4.1. EL RESULTADO Y SU ATRIBUIBILIDAD A LA ACCIÓN Y OMISIÓN;

En el inciso b) se analizará lo correspondiente al resultado y su atribución a la conducta del sujeto, lo cual sólo será posible en los delitos consumados que causen una mutación en el mundo exterior, que habrá de corroborarse que fue consecuencia de la conducta (activa u omisiva) desplegada por el agente. En ello tienen importancia destacada el estudio del nexo causal, del nexo de evitación o si se quiere, de la imputación objetiva.

En los delitos de resultado (homicidio, daños, lesiones, etcétera) entre acción y resultado debe darse una relación de causalidad, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido, al autor de la conducta que lo ha causado.

En muchos casos ni siquiera surgen duda acerca de la causalidad entre una acción y un determinado resultado. Así, por ejemplo: A dispara tres tiros a B, quien se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza y muriendo B casi instantáneamente a consecuencia de las heridas. En este caso la inmediata sucesión temporal ente la acción y el resultado y su relación directa no dejan lugar a dudas sobre lar relación existente entre la acción y el resultado.

Sin embargo, no todas las relaciones son tan sencillas de resolver. Pensemos que en el ejemplo anterior A hiera a B y este muere al ser trasladado a el hospital para se atendido, o por una infección sobrevenida consecuencia de la herida o por un mal tratamiento médico.

¹⁷² HERRERA Y LASSO, Eduardo, *op. cit.*, p.43.

Para resolver casos tan complicados se han elaborado diversas teorías y ha existido polémica alrededor de este tema. Sin embargo, desde el punto de vista finalista el problema de la relación causal debe referirse siempre a la redacción del tipo, pues en él vamos a encontrar si a la conducta del sujeto se le puede o no atribuir la violación del mandato en los delitos de omisión, o de la violación de una norma prohibitiva en los delitos de comisión.¹⁷³

En este mismo sentido opinan los maestros Olga Islas y Elpidio Ramírez al referirse al resultado material, que es "el efecto natural de la actividad, descrito en el tipo".¹⁷⁴

Es el elemento que aparece exclusivamente en algunas figuras legales siendo la relación "de medio a fin" en que se encuentran el kernel¹⁷⁵ y la lesión del bien lo que determina su eventual presencia en el tipo.

Es necesario cuando, y solamente cuando, la lesión del bien resulta imposible de no figurar en el kernel respectivo un resultado material: de ser posible la lesión, el tipo no debe exigirlo. La mencionada relación de finalidad obliga al legislador a seleccionar entre todos los efectos naturales de la acción el que debe incluir en el kernel.

La inclusión en el kernel depende, por consiguiente, de la necesidad y de la idoneidad para producir la lesión. Necesidad e idoneidad (respecto de la lesión), es determinante esencia para considerar en el particular tipo típico un cierto resultado material. Se trata de un elemento sintético, es decir, su regulación normativa obedece a razones de pragmática legislativa.

El "efecto natural típico de la acción" también ha de tomarse en cuenta para la omisión: pero hay que dejar claramente sentado que el resultado material no es efecto de la omisión. *Stricto sensu*, ni siquiera es correcto hablar de resultado material. Hay un proceso

¹⁷³ Vid. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Ob. Cit.*, p. 146.

¹⁷⁴ ISLAS MAGALLANES, Olga y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, *op.cit.* p. 74.

¹⁷⁵ El kernel es el verbo núcleo del tipo, y sus elementos son: voluntad dolosa o culposa, actividad e inactividad, resultado material, medios, tiempo, espacio y ocasión.

causal atípico, uno de cuyos elementos coincide con el efecto natural típico de la lesión y de la acción; por esto último, es atribuido a quien, siendo garante de su evitación, no o ha evitado en el caso concreto.¹⁷⁶

En conclusión, el resultado material (en los delitos cuyo tipo lo exige), es el efecto de la ejecución.

Y el nexo causal es el proceso natural que une a la ejecución (acción) con el resultado material.¹⁷⁷

4.5.4.2. EL OBJETO MATERIAL.

El objeto material es requerido por el inciso c) y obliga a señalarla la cosa, persona o animal sobre la cual recayó la conducta. En este apartado nuevamente trae a colación la problemática del delito imposible antes aludido, ahora sobre su hipótesis de inexistencia de objeto material sobre el cual se desplegó la acción, con la consecuencia procesal apuntada líneas arriba, respecto de la incomprensible denominación que a esta situación podría dársele por quienes también afirman que la falta de existencia del objeto material origina un delito imposible.

El objeto material (objeto de la acción) es el ente corpóreo sobre el que la acción típica recae.¹⁷⁸

Los tipos de omisión carecen de objeto material, toda vez que el no hacer algo no recae, materialmente, sobre ente corpóreo alguno. Asimismo, algunos tipos de acción no incluyen este elemento; se pueden citar, como ejemplos: la revelación de secretos, la coalición de funcionarios, el de asociación delictuosa, la difamación, etcétera.

¹⁷⁶ ISLAS MAGALLANES, Olga y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, *op. cit.* p.75.

¹⁷⁷ *Id.* HERRERA Y LASSO, Eduardo, *Op. cit.* p.42.

¹⁷⁸ *Idem.* p.42.

4.5.4.3. LOS MEDIOS UTILIZADOS.

Son los instrumentos o actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.¹⁷⁹

De los medios utilizados en el inciso d) se da cabal cuenta y aquí destaca todo lo dicho respecto de los delitos de formulación casuística, que por disposición expresa del legislador, para ser tales, requieren que el sujeto haya realizado la conducta desvalorada de manera indefectible, a través de los medios que aquél estableció. Esto, de no corroborarse, quita relevancia penal a dicho comportamiento; así, puede decirse, por ejemplo, que el copular no está prohibido, excepción hecha de cuando tal acción es realizada por medios violentos (físicos o morales), como lo prescribe el delito de violación.

4.5.4.4. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO, MODO Y OCASIÓN.

En el inciso e), tal vez con criticable técnica desde el ámbito sustantivo penal, por usar la expresión "circunstancias" en vez de la comúnmente admitida de referencias, aparecen en escena los delitos llamados referenciados (sean de lugar, como lo exige el asalto; de tiempo, como lo impone el delito de privación de la libertad; de modo, como lo establece el hostigamiento sexual, o bien de ocasión, como algunos casos de delitos electorales), en los que la acción prohibida, para ser tal, habrá de realizarse bajo el amparo y la exigencia de alguna de estas circunstancias.

Las circunstancias (de *circum stare*, estar alrededor) son, en general, accidentes unidos a un hecho. Referidas al cuerpo del delito serán - de acuerdo con lo expuesto - aquellos accidentes que van unidos a los elementos fácticos comprendidos en el término ejecución, en cuanto cumplen el tipo.¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.43.

¹⁸⁰ Esta clasificación la tomamos, en principio, de la excelente obra de ISLAS MAGALLANES y RAMÍREZ HERNÁNDEZ. *Lógica del Tipo en Materia Penal*. A ella agregamos, por nuestra parte, las circunstancias "referentes a ambos sujetos", las "referentes al objeto material", los "modos" y los ejemplos del Código Penal.

a) Modos:

Son las formas de voluntariedad que puede revestir la conducta: dolo, culpa, y, en general, los llamados "elementos subjetivos del injusto" ("a sabiendas", artículo 246 Fracción VII; "conscientemente", artículo 176; "para" o "con el fin", artículo 348; "sin derecho", "con ánimo de dominio" artículo 220, todos del nuevo código penal para el Distrito Federal).

b) Lugar:

Condiciones de espacio en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Ejemplo: las nociones de "edificio, vivienda, aposento, cuarto, vía pública, campo abierto" a que se refieren los robos calificados previstos en el artículo 224 del nuevo código penal para el Distrito Federal.

c) Tiempo:

Momento en el cual o intervalo dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Ejemplos: en cualquier momento de la preñez, a que se refiere el aborto (artículo 144 del nuevo código penal para el Distrito Federal).

d) Ocasión:

Oportunidad generadora de riesgos para el bien jurídico, que el activo aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado. Ejemplo: la falta de "sentido" en el sujeto pasivo, en el delito que se equipara con la violación (artículo 175 del nuevo código penal para el Distrito Federal); que el vehículo robado esté "ocupado" (artículo 224 del nuevo código penal para el Distrito Federal), etcétera.

4.5.4.5. LOS ELEMENTOS NORMATIVOS;

Los elementos normativos, o sea, aquellos que para su comprensión requieren de una valoración jurídica, ética, social o cultural, son referidos en el inciso f). Por tanto, aquí se impone el constatar la existencia, con tal carácter, de un servidor público como lo exige el delito de cohecho, la naturaleza de cosa propia del robo, el carácter de documento electoral en los delitos de esa clase, el contenido de escándalo propio del adulterio, la connotación de pueblo propia de un tipo de fraude específico, el carácter de autoridad, necesaria en el delito de abuso de confianza equiparado, entre otros.

Ejemplos: “ánimo de apropiación, “cosa ajena mueble”, “sin consentimiento”, “disponer”, “con arreglo a la ley”, (artículo 220 del nuevo código penal para el Distrito Federal; “lucro indebido” (artículo 230 del nuevo código penal para el Distrito Federal).

4.5.4.6. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS.

Son las formas de voluntariedad de la conducta que el tipo exige para que se integre el delito.

En cuanto a los ánimos, deseos, intenciones o propósitos a que, como elementos subjetivos específicos distintos del dolo, aludía obligadamente el inciso g), debían de constatarse plenamente estas disposiciones anímicas del agente, necesarias para la correcta calificación típica de los hechos. Así, debía verificarse la intención lasciva del autor de abuso sexual, o de enriquecimiento del extorsionador, el ánimo de apropiación del ladrón, o el propósito de favorecimiento del encubridor por receptación real.

Ejemplos: “a sabiendas”, artículo 336 fracción II; “conscientemente”, “sin derecho”, artículo 220; “engañando”, “aprovechándose del error”, artículo 230, del nuevo código penal para el Distrito Federal.

4.5.4.7. LAS DEMÁS CIRCUNSTANCIAS QUE LA LEY PREVEA.

Y, finalmente, el alcance que a la fracción h) pudiera tener al referir "las demás circunstancias que la ley prevea". Esto presume que los elementos previamente señalados en este artículo, son propios de los delitos fundamentales o básicos o especiales sean estos últimos cualificados o privilegiados. Al estar tales elementos expresamente referido en los tipos penales, no pueden ser, por supuesto, los aludidos en la frase "las demás circunstancias que la ley prevea" ya apuntada. Ésta concierne necesaria e ineludiblemente a las circunstancias propias de los llamados tipos complementados o circunstanciados, que fundamentan un diverso grado de pena correspondiente a un distinto desvalor de acción, que analizaremos en el siguiente capítulo.

Como hemos visto con anterioridad los artículos 122 y 168 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal y el código federal de procedimientos penales, respectivamente, con la redacción anterior a la reforma del año de 1999 señalaban el contenido de los elementos del tipo penal que en concreto se referían a los elementos objetivos, los normativos y los subjetivos específicos distintos al dolo y a la culpa, con lo cual exigía una descripción completa y representaba una mayor seguridad jurídica.

4.5.4.7.1. EL MOMENTO DE CONSIDERAR CALIFICATIVAS Y MODIFICATIVAS DEL DELITO.¹⁸¹

Por decreto publicado en el *diario oficial de la federación* el 3 de septiembre de 1993 se reformaron, entre otros, los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma que, por lo que atañe a estos preceptos, entró en vigor al día siguiente de su publicación. Lo anterior implicó que el tipo concepto tradicional del **cuerpo del delito** cedió su lugar al diverso concepto de tipo penal.

¹⁸¹ SILVA MEZA, Juan N., "El momento de considerar calificativas y modificativas del delito" en *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, Vol. I, Núm. 5, México, 1997, pp. 151-155.

En efecto, por una parte en el párrafo segundo del primero de los numerales citados antes de la reforma del 18 de mayo de 1999 establecía lo siguiente:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los **elementos del tipo penal** y la probable responsabilidad del indicado.

Asimismo, en la primer parte del primer párrafo del segundo de los preceptos referidos, se establecía:

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste...”.

Así las cosas, resulta que, antes del 3 de septiembre de 1993, el criterio para integrar el entonces llamado cuerpo del delito era el de tomar en cuenta solamente los denominados elementos objetivos, o sea, aquellos tendientes a demostrar la existencia del hecho delictivo desde un plano meramente externo, perceptible fácticamente. Fue precisamente en esta tesitura que llegó a establecerse el criterio jurisprudencial correspondiente que concebía al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Sin embargo, con la aludida reforma de 1993, con la expresión “elementos del tipo penal” se entendió que dichos elementos comprendían tanto aspectos objetivos como también subjetivos, de tal manera que, en el acreditamiento de los elementos del tipo debería tomarse en cuenta según sea el caso:

1. La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro;
2. La forma de intervención del sujeto activo;
3. Si la acción u omisión fue dolosa o culposa;

4. La calidad de los sujetos activo y pasivo;
5. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
6. El objeto material;
7. Los medios utilizados;
8. Las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión;
9. Los elementos normativos;
10. Los elementos subjetivos específicos; y
11. **Las demás circunstancias que la ley prevea, entre las que se cuenta, precisamente, las modificativas atenuantes y agravantes.**

Es oportuno referir aquí que, como natural secuela del poder revisor de la constitución había abandonado la concepción de cuerpo del delito por la de tipo penal, entonces, en atención a la supremacía de la constitución federal y en congruencia con el sentido y alcances de la indicada reforma constitucional, varios ordenamientos procesales en la materia establecieron, mediante las reformas respectivas, precisamente los elementos integrantes del tipo penal del delito. Así, por ejemplo, esto aconteció con el código federal de procedimientos penales (artículos 161 y 168), el código de procedimientos penales para el Distrito Federal (artículos 122 y 297), así como también con el código de procedimientos en materia de defensa social en el estado de Puebla (artículo 83), en la inteligencia de que lo anterior no acontece con el código de procedimientos penales del estado de Tamaulipas, pues continuaba haciendo referencia al "cuerpo del delito".

Dentro de este contexto, la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación consideró que, atendiendo al sentido y alcances del actual contenido de la parte conducente del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, era obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los elementos integrantes del tipo delictivo atribuido al inculcado para determinar, no sólo la figura delictiva básica, sino aquella que se configure en el caso de que se trate, ya sea que se refiera a un tipo complementado, subordinado o calificado, pues no debe perderse de vista que el auto de prisión preventiva surte el efecto de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso a un

inculpado y, por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos incluyendo, en su caso, las modificativas o calificativas.

Estas circunstancias han tenido diverso tratamiento en el ámbito procesal, y si bien antes se las consideraba en el dominio de la responsabilidad penal, no se las tenía por comprobables en el plano del antecedente inmediato de ella, que era el cuerpo del delito, en virtud de jurisprudencia firme emitida por la suprema corte de justicia de la nación al resolver la contradicción de tesis de los tribunales (primero y segundo) colegiados del primer circuito, que, por disposición legal, deberían ser tratadas en este capítulo.

Esto sólo en cuanto a las que así pueden serlo, pues no siempre estas circunstancias corresponden al injusto penal, y suelen constituir ampliaciones típicas no directamente señaladas por el legislador en el tipo correspondiente, que deben necesariamente constatarse para individualizar adecuadamente el hecho ilícito cometido, con diversos efectos jurídicos. Así, desde el campo procesal se alude a las mismas circunstancias que la ley prevé para señalar determinados delitos graves, por ejemplo, el robo previsto en la fracción I y II del artículo 225 del nuevo código penal para el Distrito Federal, que es tal cuando se realiza por medio de la violencia física, por persona armada, etcétera; o para reglamentar el concepto de delincuencia organizada; para legitimar la detención ministerial en caso de urgencia; o asimismo, para franquear o no la posibilidad de obtener la libertad provisional; cuestiones todas estas que necesariamente aluden a una correcta calificación teniendo en cuenta comúnmente las circunstancias cualificantes, y que al igual que las privilegiadas, también inciden en otros aspectos procesales, como puedan serlo la competencia o el tipo de proceso a seguir en un determinado momento; razones todas ellas y otras, que ineludiblemente dejan de manifiesto que la expresión usada en el inciso h) en concreto alude de manera irrefutable a las circunstancias antes referidas.

La correcta ubicación de las mismas no puede, hasta el momento, considerarse un problema resuelto. No obstante lo preceptuado legalmente no es en modo alguno correcto que todas estas circunstancias pertenezcan irremediamente al tipo penal. Ocurre así con la mayoría, pero hay otras tocantes a la motivación de autor que, por tanto, inciden en la

culpabilidad. Pionero criterio esclarecedor ha esbozado Zaffaroni, al señalar que la redacción de las mismas sirve de conveniente guía para su correcta ubicación sistemática. Aquellas circunstancias precedidas de la preposición "para", normalmente corresponden al tipo, en tanto que las antecedidas de un "por" corresponden regularmente a la culpabilidad. A esto último se alude cuando se habla, por ejemplo, de que el homicidio se cometió por codicia o la acción por motivos depravados, etcétera.¹⁸²

Con la exposición hecha se entiende que las circunstancias enunciadas en la teoría penal y en nuestro código pertenecen claramente al tipo penal.

Así por ejemplo, la retribución, que es una circunstancia "agravante" (o "calificativa"), "personal", "subjetiva" y "especial" de las lesiones y el homicidio (artículo 138, fracción IV), pasa a ser en nuestra clasificación constitucional un "modo" de la conducta. Y el uso de "venenos, minas, bombas, inundación", etcétera son para nosotros "medios" empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

En este orden de ideas, se arriba a la conclusión de que ya no resulta aplicable, ni formal ni materialmente, por haber quedado superada la multicitada reforma al artículo 19 constitucional, la resolución emitida por la anterior Primera Sala del máximo tribunal del país, al fallarse la contradicción de tesis número 5/88, entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados en materia penal del Primer Circuito, el 3 de mayo de 1989, por mayoría de cuatro votos y aprobada en la sesión privada de la indicada Sala del día 5 de junio de ese mismo año de 1989, por unanimidad de cinco votos, consultable con el número J/1^o, 4/89 en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación correspondiente a la octava época, p. 59, cuyo rubro es: "Auto de formal prisión, no deben incluirse las modificativas o calificativas del delito en él", en la primera parte de su texto, que reza como sigue:

Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia

¹⁸² Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2^a ed., Buenos Aires, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1979, pp. 359-360.

de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, sin analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva.

La segunda parte de la precitada tesis jurisprudencial se dejó intocada, en virtud de que no hubo discrepancia de criterios entre los tribunales colegiados del caso, por lo que no fue materia de la contradicción de tesis. A continuación se transcribe su texto:

No es obstáculo a la conclusión anterior, lo preceptuado por el artículo 20 fracción I, Constitucional, en el sentido de que al resolverse sobre la procedencia de la libertad provisional, deben tomarse en cuenta las calificativas o modificativas que para el delito en materia del ejercicio de la acción penal se invoquen por el Ministerio Público, ya que esta última disposición no se refiere en concreto al auto de formal prisión, sino a la hipótesis en que el acusado solicite y se le conceda la libertad bajo caución; además de que al reformarse el último de los dispositivos legales citados, en los términos aludidos, no sufrió enmienda el artículo 19 de la Constitución General de la República.

En razón y función de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que en la presente contradicción de tesis debe prevalecer, con el carácter de jurisprudencia, el criterio que, en su momento, emitió la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación que, además de resolver la contradicción de tesis planteada entre el tercer tribunal colegiado del sexto circuito, implica por razón obvia el apartamiento de la primera sala del criterio que, sobre el tema de contradicción, había venido sosteniendo la propia sala en su anterior integración.¹⁸³

Así pues, la tesis que prevaleció con el carácter de jurisprudencia es la siguiente:

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

¹⁸³ SILVA MEZA, Juan N., *op. cit.*, p. 152.

Tomo: V, Febrero de 1997

Tesis: Ia./J. 6/97

Página: 197

AUTO DE FORMAL PRISION. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste." Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, atribuido al inculcado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculcado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador.

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

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

Nota: Esta tesis modifica el criterio sustentado en la jurisprudencia por contradicción de tesis 4/89, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL.", publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 16-18, abril-junio de 1989, página 59.

De esta forma, y en términos del artículo 195 de la ley de amparo, la tesis de jurisprudencia que ha quedado anteriormente transcrita se identificó dentro de la tesis de la jurisprudencia de la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación.

Sin embargo, después de la reforma a los artículo 16 y 19 a la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el diario oficial de la federación el día 8 ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, modificando el concepto de “elementos del tipo” por “cuerpo del delito”, ahora el cuestionamiento radica en la interpretación que debe hacerse respecto a las calificativas del delito, puesto que de la redacción de la jurisprudencia anterior, se desprende que cuando subsistía el concepto de cuerpo del delito, no era necesario acreditar las calificativas al momento de dictarse el auto de formal prisión, y ahora que ya esta vigente de nueva cuenta el cuerpo del delito, tal parece que tienen vigencia las jurisprudencias anteriores a la reforma de mil novecientos noventa y tres.

Novena Época

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Abril de 2001

Tesis: XIX.4o.1 P

Página: 1132.

SENTENCIA DEFINITIVA. ES ILEGAL AL INCLUIR CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL DELITO BASE, SI ÉSTAS NO SE PRECISARON EN LA FORMAL PRISIÓN.

No es dable que en la sentencia definitiva, al analizar el juzgador la fase objetiva del delito, atienda la petición del Ministerio Público formulada en el pliego de conclusiones, de tomar en cuenta circunstancias agravantes que concurren en la comisión del delito, si éstas no se precisaron e incluyeron en el auto de formal prisión, toda vez que el artículo 19 constitucional obliga a la autoridad judicial a examinar en el auto de término los elementos materiales del cuerpo del delito de que se trate, por cuya razón, desde el auto de formal prisión deben precisarse e incluirse las circunstancias modificativas, atenuantes o agravantes que concurren en la comisión del delito, pues éstas también habrán de ser materia de prueba por parte de la acusación, para tratar de acreditarlas en cumplimiento de la función que al Ministerio Público encomienda el artículo 21 de la Carta Magna, así como por parte de la defensa, para tratar de probar que no concurrieron en el caso concreto que se analice; además, atendiendo al sentido y alcance del contenido del citado numeral 19, se tiene que es su obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, precisar cuáles son los elementos integrantes del cuerpo del delito, para determinar no sólo la figura delictiva básica, sino aquella que se configure en el caso de que se trate, ya

sea que se refiera a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el auto de prisión preventiva surte el efecto de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso a un inculpado y, bajo esa perspectiva, aun cuando en las conclusiones se acuse al reo por un delito bajo circunstancias agravantes, si éstas no fueron materia de la formal prisión, tal petición no debe ser atendida por el juzgador en la sentencia definitiva, ya que de no actuarse de esta manera, se estaría infringiendo la garantía de defensa que el artículo 14 del mismo ordenamiento consagra en favor del acusado, pues se le estaría dejando en estado de indefensión al habersele procesado por un delito básico y sentenciársele por una circunstancia agravante que no se incluyó en el tipo base, al resolverse su situación jurídica.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 152/2000. 30 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos.
Ponente: Antonio Ceja Ochoa. Secretario: Arturo Amaro Cázarez.

Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: V, Marzo de 1997

Tesis: I.3o.P.20 P

Página: 829

ORDEN DE APREHENSION. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO.

De acuerdo con la reforma que hizo el Constituyente Permanente a los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, sustituyendo el concepto "cuerpo del delito" por el de "elementos que integran el tipo penal", reforma que provocó el ajuste del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la autoridad responsable, al dictar una orden de aprehensión, debe analizar los elementos del tipo penal en su descripción legal y la probable responsabilidad del indiciado, así como las circunstancias agravantes o atenuantes que concurrieron al desplegar el activo la conducta típica, y que precisa el Ministerio Público al ejercer la acción penal, para que el indiciado esté en aptitud legal de tener la adecuada y oportuna defensa desde que conoce la orden de aprehensión.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 515/96. Alfonso Alducin Mojica. 17 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: Santiago F. Rodríguez Hernández.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VII, abril de 1998, página 155, tesis por contradicción 1a./J. 18/98.

Sin embargo, como lo hemos comentado en los capítulos anteriores, a partir de la reforma a la Constitución de fecha 18 de mayo de 1999 se modificaron los artículos 16 y 19 incluyendo de nueva cuenta el concepto del "cuerpo del delito", por lo tanto al considerarse éste únicamente con los elementos objetivos o externos, la problemática actual es respecto a las calificativas del delito, las cuales tendrían que ser estudiadas nuevamente en la probable responsabilidad.

140

CAPÍTULO V.

PRESUNTA, POSIBLE Y PROBABLE RESPONSABILIDAD.

Es una práctica viciosa de nuestros jueces del fuero común o federal que en sus autos de formal procesamiento denominen indistintamente los adjetivos presunto, posible y probable al referirse a la responsabilidad, hasta llegar al grave error de considerarlos "sinónimos".

5.1. LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

Es por lo anterior, que considero importante realizar un análisis de lo que nuestro legislador quiso decir con el adjetivo "probable" empleado en la constitución.

El artículo 19 Constitucional exige que:

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

El ilustre penalista Victor Velázquez al referirse al artículo anterior señala que:

"Los términos del artículo 19 Constitucional son inequívocos y exigen:

- a) Pluralidad de datos de cargo.
- b) Que tales datos sean suficientes para hacer probable la responsabilidad del inculpado".¹⁸⁴

Suficiente: Del latín *sufficiens*, quiere decir "bastante para lo que se necesita", "suficiente y proporcionado para una cosa".¹⁸⁵

Por lo tanto suficiente quiere decir "apto o idóneo" y sinónimo de "bastante" que es lo que basta. "bastante para lo que se necesita".

¹⁸⁴ VELÁZQUEZ, Victor, *El caso Alarcón*, n.e., México, 1955, p. 180.

¹⁸⁵ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Op. Cit.* p. 1282.

De lo expuesto se desprende que el artículo 19 constitucional exige que los datos que arroje la averiguación previa, sean "suficientes e idóneos" para hacer "probable" la responsabilidad del acusado.

A pesar de la claridad del texto constitucional, la tendencia a la arbitrariedad ha inducido a algunos jueces a tergiversar el contenido del citado mandamiento, prescindiendo de la pluralidad de datos que la ley requiere, y substituyendo la noción de responsabilidad "probable" por la de "posible", que es muy distinta de la expresada por el legislador. La H. suprema corte de justicia de la nación, repetidamente, ha condenado esa práctica viciosa y contraria a la justicia, a la razón y a nuestra ley fundamental, y ha declarado:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. (TESTIGO SINGULAR).- Dar a un solo testimonio la fuerza y plenitud de "datos bastantes", cuando no reúne los requisitos de ser directo, explícito, concordante con la naturaleza de los hechos investigados, lógico y verosímil, es tanto como torcer el espíritu de la ley; que exige, para motivar un auto de esa naturaleza, que haya pruebas evidentes de la responsabilidad de un inculpado, así, exige que los antecedentes que arroje la averiguación sean suficientes, no para hacerla posible, entendiéndose por tal calidad de poder ser, de ser factible que sea, sino de hacerla verosímil, o que se pueda probar, que es, en puridad lexicológica, lo que significa el adjetivo probable, empleado por la Constitución en el artículo 19 que se comenta y el cual, si se analiza en su hondura filosófica, no tiene el alcance estrecho que se le ha dado frecuentemente, sino uno mayor, pues que no es posible admitir que sea rigorista en su parte objetiva, al expresar que el cuerpo del delito debe quedar comprobado necesariamente, y tolerante en su parte subjetiva, en tanto sus interpretaciones han permitido en las más de las veces, el cambio del adjetivo probable por el de posible, concediendo, con ello, que con una simple, única, singular declaración que no satisface los requisitos apuntados anteriormente, sino que por el contrario es confusa, contradictoria, ilógica hasta el grado de hacerla inverosímil, puede restringirse la libertad de una persona, con todas las gravísimas consecuencias que tal acto trae aparejadas, en el orden moral, por la depresión psicológica y opresión anímica que experimenta el que lo resiente; en el orden social, por cuanto el mismo se mira segregado de la sociedad; en la cual despierta un sentimiento de alejamiento hacia su persona, tal cual una cuarentena ineludible; en el orden económico, por cuanto significa, en repetidas ocasiones, la pérdida del empleo, la suspensión de sus créditos y el desnivel, por consecuencia, del deber y haber de su vivir cotidiano; en el orden familiar, en tanto que un acto de esa naturaleza, hace descender la calidad de la familia que se siente confundida ante la sociedad de la cual forma parte, por no poder ignorar que uno de sus miembros se encuentra procesado; y en el orden

jurídico, por todo ese cortejo penoso y abrumador del registro carcelario, fichamiento, comparecencias judiciales, etc.¹⁸⁶

5.2. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD.

“Posible, adjetivo, viene del latín *“possibilis”*; quiere decir “lo que puede suceder, lo que no se sabe si es cierto”. Lo “posible” es “lo potencial, lo que se opone a lo real o actual”. “No en cuanto contraposición irreductible, sino más bien como aquello que puede realizarse”.¹⁸⁷ En la esfera práctica, el probabilismo es la norma que ordena actuar de acuerdo con “lo más probable o verosímil”.¹⁸⁸

“Probable”, adjetivo, viene del latín *probabilis*, y que significa aquello en que hay buenas razones para creer lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, esto es que se puede probar. Lo “probable” es un “posible”, que tiene más probabilidades de ser que de no ser. Es “probable” lo que es “posible” y merece ser más creído que la opinión contraria; este es un problema que se plantea en lógica y moral, cuando es necesario elegir para actuar, aunque teóricamente no haya certeza, debiéndose, entonces, preferir lo más probable. Lo posible es lo aleatorio, que puede ser o no ser; en cambio lo probable es lo que tiene mayor fuerza de razón para “ser”.

Lo maravilloso es de tal manera fascinante, que nueve personas de cada diez, si se llegan a persuadir de que una cosa es posible, se vuelven ansiosos de creer lo probable, y, al fin de cuantas, de convencerse a sí mismos, de que está probado”. Los escolásticos enseñan que de lo “real” se deduce lo “posible”, y de lo “posible, no se deduce lo “real” porque entonces lo “posible” dejaría de serlo.

La idea de posibilidad, opuesta a lo imposible y contradictorio, se opone en parte a lo real o efectivo, porque lo real es lo actualmente dado o ya producido, y lo posible es lo que puede acontecer y también no llegar a suceder, no llegar a ser real. La “posibilidad”,

¹⁸⁶ Tomo XCVII, Amparo Penal en revisión. 312-48.- González Muñoz de Cote, Enrique, 9 de septiembre de 1948, Unanimidad de 5 votos. P. 2098.

¹⁸⁷ HARTMANN, Nicolás. *Filosofie des Moglichen.*

¹⁸⁸ VELÁZQUEZ, Victor, *op. cit.* p. 181.

existencia en razón de dualidad. base y principio de toda hipótesis, implica, siempre, lo mismo en el orden especulativo que en el práctico, problema para resolver, que no resuelto.

La “posibilidad”, según se acerca más o menos a lo real y efectivo adquiere o pierde grados de “probabilidad”.¹⁸⁹

El artículo 19 constitucional exige, pues, que los datos de la causa sean tales que la responsabilidad del inculpado sea “probable”, quiere decir, que, además de “posible”, esté muy cerca de la realidad y que como tal, aparezca verosímil, semejante a la verdad, fundada en razón prudente y merecedora de ser más creída que la inocencia del inculpado.

Por esto es que la suprema corte de justicia de la nación, en la ejecutoria anteriormente citada, declara violatorio de garantías el que con “una simple, única, singular declaración, se restrinja la libertad de una persona con todas las gravísimas consecuencias que tal acto trae aparejadas, en el orden moral, en el orden social, en el orden económico, en el orden familiar y en el orden jurídico.

La constitución y la jurisprudencia de la H. suprema corte consagran el principio adoptado por la declaración universal de los derechos del hombre que manda, en su artículo 11, que toda persona acusada de un acto delictuoso, se presuma inocente hasta que su culpabilidad haya sido establecida; y también una fórmula antiquísima que, en el derecho español y en el nuestro hasta la promulgación de los modernos códigos, decía:

“Nunca basta un testigo para hacer prueba porque negando el procesado lo que el testigo afirma, no resulta nada cierto, y la justicia entonces debe respetar el derecho de cada cual tiene a ser reputado por inocente. La razón exige dos testigos a lo menos, porque un testigo que afirma y un acusado que niega forman empate y es necesario un tercero que quite la discordia”.¹⁹⁰

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 182-183.

¹⁹⁰ Ley 28, Título 16, parte 3.

En efecto, la Ley de las Partidas antes transcrita, actualmente tiene plena aplicación, y en este mismo sentido el maestro Fernando Arilla Bas la desenvuelve con gran maestría, al decir:

“El viejo apotegma *Testis Unus Testis Nullus*, que niega validez probatoria al testigo singular, se apoya en los siguientes argumentos:

- A) No hay razón para dar mayor crédito al dicho de uno que afirma frente a otro que niega;
- B) El testimonio singular constituye una imputación, no una demostración.
- C) Frente a toda acusación se alza una presunción de inocencia;
- D) De la acusación no nace una prueba sino una sospecha, y dar valor al testimonio singular, del que nace precisamente la sospecha, sería tanto como probar la acusación con la acusación.

Como se advierte fácilmente, los argumentos anteriores llevan a la conclusión de que el testimonio singular más que un medio de prueba constituye el objeto de la misma.

El testimonio, al contrario de la confesión, no es divisible. En consecuencia, la falsedad comprobada de una parte de él, ceda al juez tomarlo en cuanta en su totalidad, ni aún en aquella parte desvirtuada, que obviamente, resulta cuando menos dudosa *mendax in uno mendax in toto*. Esto es, “quien miente en parte, miente en todo”.¹⁹¹

El sentido correcto de los vocablos no lo observan dos personas de modo exacto, dentro de un mismo país. Y, desde el punto de vista procesal, éste es un grave escollo, que la ignorancia y la indiferencia ha disimulado en todos los tiempos.

Si el testigo no sabe distinguir entre probable y posible, y si se le preguntar si el hecho puede ocurrir de tal o cual manera, es casi seguro que empleará indiferentemente cualquiera de las dos palabras para responder por la afirmativa.

¹⁹¹ ARILLA BAS, Fernando, *El procedimiento penal en México*, Ed. Kratos, México, 1986, p.122.

Esta distinción, que a primera vista parece insignificante, fue, sin embargo, en un caso de homicidio, motivo para mandar a la silla eléctrica en los Estados Unidos a un acusado de asesinato.

Wellman ¹⁹² narra en sus memorias de fiscal de distrito de Nueva York el proceso a un médico acusado del asesinato de una joven viuda millonaria.

Se ordenaron las medidas tendientes al esclarecimiento del caso. Entre ellas, la autopsia del cadáver de la infortunada víctima, que a primera vista aparecía como muerta por insolación, tras ingerir cerveza a pleno sol.

El médico forense, llamado a declarar en la audiencia pertinente, era un prestigioso facultativo, bondadoso y comprensivo, cuyas opiniones constituían, sin embargo, un antecedente que el tribunal respetaba en todos los casos.

Preguntado durante la vista si podía tratarse de un homicidio por envenenamiento, contestó: "en mi opinión, es posible". En rigor de verdad no deseaba con su dictamen enviar al cadalso al colega, que era también un prestigioso profesional.

La posibilidad dice de algo remoto. Habla de que algo pudo ser o no ser. Las posibilidades están siempre dentro del campo de la perspectiva, no de las realidades. De manera que decir que algo "es posible", no quiere decir que haya sucedido, sino que pudo haber sucedido. Lo que no es lo mismo.

Preguntado esta vez por el letrado defensor del acusado para que concretase su opinión con menos ambigüedad, el perito contestó: "es probable".

Wellman consideró que esta vez la respuesta del perito convenció al jurado de doce personas de la culpabilidad del acusado y fue el motivo de su condena a muerte.¹⁹³

¹⁹² Citado por ADIP, Amado, *Prueba de testigos y falso testimonio*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983, pp. 99-100.

¹⁹³ *Idem*.

5.3. LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD.

Creemos que con lo anterior, claramente ha quedado estudiado el adjetivo "posible", y respecto al adjetivo "presunto", bien podemos decir con el maestro Fernando Arilla Bas lo siguiente:

"La fracción VI del artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, considera las presunciones como un medio de prueba. Sin embargo, este criterio legal resulta, a todas luces, erróneo. "presumir", del latín *praesumere*, significa tanto como tomar anticipadamente una opinión, pero este significado no satisface, obviamente, las exigencias, del científico, quien tiene por misión no formar opiniones *a priori* sino *a posteriori*, es decir, fundadas en la demostración. Las presunciones no son medios de prueba, enderezados a demostrar la existencia histórica de un hecho, sino el mismo hecho, demostrado por el razonamiento. No hay que confundir el indicio con la presunción como lo hace el artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. El indicio es un hecho conocido, susceptible de llevar racionalmente al conocimiento de otro desconocido, en virtud de la relación existente entre ambos, "presunción" es la consecuencia obtenida, por inferencia inductiva, o deductiva según los casos, del hecho conocido. Con mayor exactitud, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal reza en su artículo 379: "Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido." Si agregamos que la consecuencia, además de ser deducida, puede ser inducida, el concepto civil supera francamente al penal".¹⁹⁴

Como apoyo de los anteriores argumentos transcribimos la jurisprudencia de la suprema corte de justicia que ha sostenido lo siguiente:

OFENDIDO. VERSIÓN REITERADA DEL, SOLO TIENE VALOR DE INDICIO.- La versión reiterada del ofendido constituye un indicio aislado que resulta insuficiente, por sí solo, para pronunciar auto de formal procesamiento, ya que, no por el hecho de que haya declarado como denunciante, en tres o más ocasiones, debe otorgarse mayor crédito a sus imputaciones; pues de aceptarse así la negativa insistente del acusado de no haber intervenido en los hechos delictivos que se le atribuyeran, tendría que engendrar convicción en su favor aunque existieran mayores datos que los incriminarian."(Amparo en Revisión 147/83. Macario Rodríguez Martínez. 12 de agosto de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo. Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito.

¹⁹⁴ ARILLA BAS, Fernando, *op. cit.* p.153.

(Guadalajara).Tribunales Colegiados. Séptima Época. Volumen 175-180. Sexta Parte. Pág. 141.Tribunales Colegiados. Informe 1983. Tercera Parte. Tesis 7. Pág. 228.)

IMPUTACIÓN EN CONTRA DEL ACUSADO.- Es de explorado derecho que la sola imputación no hace prueba en contra del acusado, si no existen otros indicios ni elementos de prueba que la fortalezcan."(Amparo directo 1207/68. Arnulfo Torres Medina. 29 de octubre de 1969. 5 votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 10. Pág. 29.)

Es por todo lo anterior, que considero que al confundir el juez los adjetivos: posible y probable empleados en el auto de formal prisión, viola las garantías del artículo 14 Constitucional, al no aplicarse la ley exactamente al caso concreto.

CAPÍTULO VI.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

En solo seis años (1993-1999) las reglas constitucionales y legales de la gramática penal han sido modificadas, dramáticamente, cuando menos tres veces (1993, 1996, 1999). El cambio del concepto de "cuerpo del delito" al de "elementos del tipo" en 1993, fue revertido, volviéndose al primer concepto, en 1999. Sin embargo, a la introducción de la noción de **delitos graves** en el mismo año de 1993 fue conservada en las reformas de 1999. El resultado de esta reversión fue, mientras tanto, una restricción garantista de los derechos humanos, en materia penal. Con el propósito de explicar o comprender esta involución garantista de nuestro sistema penal, haremos un análisis de los textos en los que constan los procesos constitucionales y legislativos de este periodo: las iniciativas correspondientes, los dictámenes respectivos y los debates suscitados en los órganos legislativos competentes.

6.1. ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

A continuación analizaremos los artículos de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, con señalamiento desde su vigencia.

El artículo 16, parte conducente del párrafo primero, publicada el 5 de febrero de 1917, en vigor el 1 de mayo de 1917 hasta el 3 de septiembre de 1993:

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

Texto del artículo 16 párrafo segundo, en vigor el 4 de septiembre de 1993:

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan

datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado."

Proyecto de reforma el artículo 16 párrafo segundo, del presidente de la república el 9 de diciembre de 1997 al senado de la república:

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

Reforma aprobada por el senado de la república el 1 de octubre de 1998:

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

Como podemos apreciar en su redacción original, la aplicación de este precepto en la praxis judicial de la época, trajo consigo diversos cuestionamientos, pero el principal, se refirió a resolver el problema sobre si en las órdenes de aprehensión, debiera estar comprobado o no, el entonces conocido como **cuerpo del delito**, en atención a que el constituyente no señalaba literalmente ese extremo como requisito de tal actuación judicial, limitándose a hablar de **un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal**. La jurisprudencia de la época, dilucidó el problema de la siguiente manera:

Séptima Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: 217-228 Sexta Parte Página: 414.

ORDEN DE APREHENSION, CUERPO DEL DELITO TRATANDOSE DE LA. INTERPRETACION DE LA JURISPRUDENCIA 208, DEL APENDICE 1917-1975. La tesis jurisprudencial 208 del Apéndice 1917-1975 no establece el requisito de que deba estar acreditado el cuerpo del delito, ya que sólo exige que la autoridad judicial vigile que los hechos sean materia de denuncia o querrela realmente puedan (no dice deban) constituir un delito, esto es, porque en el mundo de la facticidad, lo que para el órgano acusador constituye un delito, para el

probable responsable puede no serlo, lo cual, se va a dilucidar justamente cuando el juez de la causa conozca de la acusación y de los argumentos que en su defensa aporte aquél, es decir, después de escucharlo en preparatoria y al resolver la situación jurídica determinará si procede o no, incoar la misma la indiciado y hasta el dictado del auto de formal prisión, con lo que se inicia propiamente el procedimiento penal y es cuando ya debe quedar probado el cuerpo del delito, como lo dispone el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en lo atinente dice: "Dentro de las 72 horas siguientes al momento en el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado parezcan acreditados los siguientes requisitos: Fracción II.-Que esté comprobado el cuerpo del delito", y el artículo 163 de ese ordenamiento legal, dispone: "Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado"; si se relacionan las disposiciones legales transcritas con lo dispuesto en el artículo 19 de la Carta Magna, que en lo atinente dispone: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión", se concluye lógica y jurídicamente que es hasta este momento cuando se establece la comprobación legal del cuerpo del delito, que no se exige por el artículo 16 del mismo ordenamiento legal para el libramiento de una orden de aprehensión, pues se insiste, se ordena que los jueces sean cautos al estudiar las denuncias, acusaciones o querellas que sean precisamente por hechos que puedan ser catalogados como delitos por la Ley y que merezcan sanción corporal, para evitar la comisión de arbitrariedades, pero en ningún momento exige la comprobación del cuerpo del delito.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO

Amparo en revisión 200/87. Jesús Alvarado Favila. 28 de agosto de 1987. Ponente: Isidro Gutiérrez González.

Esta tesis puede ser motivo de diversos acotamientos: Primero, no puede dejarse a la manifestación en preparatoria por parte del inculpado, la determinación de resolver sí con ello, se comprueba o no, el cuerpo del delito. En efecto, sostener ese criterio, nos llevaría necesariamente a concluir, que habiéndose librado una orden de aprehensión, sin comprobar el cuerpo del delito (ya porque no existen pruebas al respecto o no se entró a su estudio), en caso de ser detenido el inculpado y este haya negado en forma categórica la comisión del hecho durante su declaración preparatoria, el juez podría resolver su libertad por falta de elementos para procesar, situación que no ocurre ni ha ocurrido en la práctica judicial mexicana¹⁹⁵. Baste tan sólo citar, el ya conocido criterio judicial siguiente:

Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: II Segunda Parte-1. Página: 186

¹⁹⁵ Vid. GARCÍA, Gabriel Regino. *Reflexiones sobre la iniciativa de reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo*, n.e., s.f.

CONFESION, RETRACTACION DE LA, EN PREPARATORIA.

Si consta en autos que ante la policía judicial militar y ante el Ministerio Público Federal el acusado confesó haber participado en la transportación de marihuana y en su declaración preparatoria y ampliación de ésta, se retracta de esa confesión alegando que firmó las declaraciones hechas ante dichas autoridades porque fue objeto de amenazas y malos tratos, pero sin rendir pruebas idóneas al respecto, tal retractación es insuficiente para hacer perder a sus primeras declaraciones su validez legal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 225/88. Rafael Reyes Velázquez. 3 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Morales Ibarra. Secretaria: Margarita Márquez Méndez.

Amparo directo 224/88. José Luis Benjamín Osorio. 3 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Morales Ibarra. Secretaria: Margarita Márquez Méndez.

Amparo directo 226/88. David Hernández Cadena. 3 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Morales Ibarra. Secretaria: Margarita Márquez Méndez.

Reitera la Jurisprudencia 70 y tesis relacionada 8, de la Jurisprudencia número 281, Primera Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación Judicial de la Federación 1917-1985.

Debemos destacar que en la época en que tuvo lugar esta jurisprudencia, eran conocidos los excesos y brutalidad con que se conducían los elementos policíacos, lo que motivó a una reforma posterior, para dejar sin efectos las declaraciones vertidas ante autoridad distinta del ministerio público y del juzgador y sin asistencia del defensor. En segundo lugar, debe decirse que la primer tesis comentada, incurre en contradicción en la parte final, cuando menciona que el juzgador debe analizar las constancias antes de librar la orden de aprehensión para evitar incurrir en arbitrariedades, porque de acuerdo con esa opinión judicial podría ser factible, como lo fue en muchos casos, librar órdenes de aprehensión, a pesar de no existir cuerpo del delito. En el estado de Hidalgo, el cual cuenta con una de las legislaciones más avanzadas en materia penal, se exigía la comprobación del cuerpo del delito, para la emisión de las órdenes de aprehensión:

Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VIII-Julio. Página: 186

ORDEN DE APREHENSION, DEBEN ACREDITARSE PLENAMENTE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE HIDALGO).

Según el artículo 398, fracción I, del Código de Procedimientos Penales, se exige como requisito previo para poder dictar una orden de aprehensión, que el cuerpo del delito que se atribuye al inculpado, se encuentre plenamente comprobado; en consecuencia, si falta alguno de los elementos que conforman el ilícito, evidentemente no se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la orden de aprehensión que se dicte resulta ilegal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 126/91. Ángel Cruz Hernández. 27 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel Alfonso Sierra Palacios.

El avance en la dogmática jurídico penal internacional, comenzó a llevar a reflexiones a nuestras autoridades judiciales, como podemos apreciar en el siguiente criterio:

Octava Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: X-October.

Página: 387.

ORDEN DE APREHENSION, CLASIFICACION PROVISIONAL DEL DELITO PARA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA.

Para que el juez instructor de la causa dicte una orden de aprehensión, no es necesario la precisa clasificación del delito, sino que basta con que se cumplan los extremos del artículo 16 constitucional, entre los cuales debe interpretarse adecuadamente el requisito relativo a que la denuncia se refiera a un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, es decir, que exista concordancia entre el hecho delictivo y el tipo penal referido en la orden de captura, circunstancia que constituye una clasificación provisional del ilícito imputado, fundamentándose el juzgador para el libramiento de dicha orden en los elementos convictivos que hasta ese momento se han aportado al sumario y será al resolver la situación jurídica del inculpado, cuando se determine la comprobación del cuerpo del delito, por el cual se seguirá el proceso, así como la presunta responsabilidad del inculpado en su comisión.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 97/92. Juez Décimo Tercero de lo Criminal por ministerio de ley, del Primer Partido Judicial del Estado de Jalisco. 30 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretario: José Guadalupe Hernández Torres.

6.2. ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.

Artículo 19 parte conducente del párrafo primero, publicada el 5 de febrero de 1917, en vigor del 1 de mayo de 1917 hasta el 3 de septiembre de 1993:

Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

Texto del artículo 19 párrafo segundo, en vigor desde el 4 de septiembre de 1993:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hacer probable la responsabilidad del acusado.

Reforma propuesta por el Presidente de la República el 9 de diciembre de 1997:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad.

Texto aprobado por el Senado de la República el 1 de octubre de 1998:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este precepto, en su redacción original, advertimos que necesariamente, para librar una orden de aprehensión, era requisito estuviese comprobado el cuerpo del delito de que se tratase. Esto lo deducimos de la parte en que dicho texto establece: **y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito.** No podría concebirse que se emitiera una orden de aprehensión, sin cuerpo del delito, y que una vez aprehendido el indiciado, durante el término constitucional de 72, horas, el juez hallara nuevos elementos para considerar la existencia del cuerpo del delito, dado que conforme a la redacción señalada, éste debería ceñirse a los datos arrojados por la averiguación previa, limitación que inclusive, dejaba sin efecto, constitucionalmente, las ampliaciones de término constitucional y podrían permitir, válidamente, que un juzgador, dejara de apreciar las pruebas aportadas durante el término, porque constitucionalmente estaba limitado a valorar exclusivamente las pruebas obtenidas durante la indagatoria.

6.3. REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1993.

Por lo que se refiere al cambio del “cuerpo del delito” a “elementos del tipo”, que se supondría una reforma drástica de una amplia tradición jurídica, es sorprendente, por decir lo menos, su insuficiente discusión en el procedimiento constitucional, y no digamos en el legal, de 1993 y 1994, respectivamente. En la iniciativa del 2 de julio de 1993 que, curiosamente, no fue una iniciativa presidencial, sino de varios diputados, la exposición de motivos se reduce a señalar “la conveniencia de sustituir el concepto de cuerpo del delito por el de acreditación de los elementos que integran el tipo penal”¹⁹⁶

El dictamen de las comisiones unidas de gobernación y puntos constitucionales y de justicia de la cámara de diputados es un poco más explícito, pero sólo un poco más. Dice, por ejemplo, cuando se refiere a la propuesta de reforma al segundo párrafo del artículo 16 constitucional:

Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden de aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que deben acreditarse para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción

¹⁹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de leyes federales*, 1998, p.5.

penal, al establecer que deberán haber “datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la presunta responsabilidad del indiciado”.

Con lo anterior se quiere superar la ambigüedad del texto que no señala con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, pues la mención de pruebas se refiere sólo al aspecto de la presunta responsabilidad.¹⁹⁷

Cuando menos, aquí ya sabemos que el cambio tiene que ver con la orden de aprehensión y con la probable responsabilidad. Sin embargo, se presupone que todos los diputados entienden la razón por la cual el concepto de “elementos del tipo” es más adecuado, para esos efectos, que el de “cuerpo del delito”. Es decir, que la razón por la que se propone el cambio queda, totalmente, pre-interpretada. La pre-interpretación del “mundo de la vida”, jurídica en este caso, que no es problematizada, discutida, ni justificada, no se encuentra, realmente, según Habermas, a nuestra disposición, pues da lugar a un entendimiento fallido, a malentendidos y, por consiguiente, a un plan de acción, en este caso la reforma constitucional, con un gran riesgo de fracaso.¹⁹⁸

Sin embargo, el dictamen de la iniciativa mencionada, intenta, más adelante justificar, ampliamente el cambio que nos ocupa, sin lograrlo, dice, enseguida, el texto citado:

Además, de acuerdo con lo que se propone para el artículo 19, la orden de aprehensión debe tener los mismos requisitos que el auto de formal prisión.

Por ello, tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucionales, se busca precisar conceptos que en lo procesal se vinculen de mejor manera con la teoría del Derecho Penal sustantivo, de modo tal que ambas ramas jurídicas actúen como brazos articulados de una misma política penal del estado mexicano y no como teorías disociadas, en ocasiones esto ha generado distancias considerables y, hasta

¹⁹⁷ Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, 17 de agosto de 1993, p.14.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen, “observaciones sobre el concepto de acción comunicativa”, en *Teoría de la acción comunicativa. complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, México, Ed. Red Editorial Iberoamericana (REI), 1993, p. 495: “El significado de un texto sólo puede aprehenderse sobre el trasfondo de una precomprensión que desarrollamos en nuestra cultura, precomprensión que tiene el *status* de supuestos de fondo propios de nuestro mundo de la vida (...) Es un saber implícito, que no puede exponerse en una multiplicidad finita de proposiciones; (...) es un saber que no está a nuestra disposición”; pp. 493-494: “Los participantes tratan de evitar dos riesgos: el riesgo de un entendimiento fallido, es decir, el disentimiento o malentendido, y el riesgo de un plan de acción fallido, es decir, el riesgo del fracaso.” Citado por BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, Ed. INACIPE, México, 2000, p.26.

contradicciones innecesaria entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal.¹⁹⁹

Como puede observarse, la argumentación, aunque ha avanzado en alguna medida, lo único que nos ha comunicado es que, “en algunas ocasiones”, el concepto de “cuerpo del delito”, que deriva de una teoría procesal penal, “ha generado distancias” y, hasta “contradicciones innecesarias” entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal. Pero nada nos dice sobre cuáles contradicciones han ocasionado en la práctica dicha disparidad teórica, ni mucho menos hace la menor referencia a los paradigmas teóricos en que se sustentan ambos conceptos, los cuales quedan, por tanto, sustraídos a cualquier problematización teórica o práctica.

En otras palabras, hasta este momento, el dictamen de la iniciativa que se analiza, nos ha permitido enterarnos de que el cambio del concepto de “cuerpo del delito” al de “elementos del tipo” se encuentra vinculado con las pruebas que requiere una orden de aprehensión y el auto de formal prisión, y con una disparidad teórica, relevante para la práctica, entre ambos, en los ámbitos del derecho procesal penal y el derecho penal propiamente dicho. Pudiera pensarse que dicha información es suficiente, dado el nivel de nuestros cuerpos legislativos. Pero, precisamente, una de las obligaciones comunicativas más importantes, la de la inteligibilidad implica que el que habla o escribe trate explicarse lo más posible, sobre todo, si el que escucha o lee se encuentra en un nivel cognoscitivo menos favorecido. Y en el caso que nos ocupa, en lugar de hacer más inteligible, para los diputados (los cuales no son expertos en derecho penal, en su mayoría), las razones que justifiquen el cambio normativo propuesto pueden, al contrario, generar una mayor confusión, pues no se ve, de qué manera o con base en qué criterios se puede mejorar la práctica del derecho procesal, en materia de órdenes de aprehensión y de autos de formal prisión, con la introducción de un concepto sustantivo del derecho penal, como puede serlo el de “elementos del tipo penal”.

Un poco más adelante, el dictamen se refiere nuevamente al problema que nos ocupa, precisamente, cuando comenta los cambios que propusieron al artículo 19 de la

¹⁹⁹ Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, 17 de agosto de 1993, p.14.

constitución, en ese mismo año de 1993, veamos qué tanto avanza en la argumentación de nuestro problema:

La necesidad de hacer compatible los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los de auto de formal prisión, o en su caso, con el de sujeción a proceso, al fin de superar el ambiguo término de "cuerpo del delito" por el de "elementos del tipo penal", con ellos se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso. De esta manera se fortalece la seguridad jurídica de los gobernados, al aclararse la obligación, por parte de la autoridad, de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculpado.²⁰⁰

La única clarificación pragmática que este párrafo añade a lo ya comentado con anterioridad, es la referencia a que con este cambio, se fortalece la seguridad jurídica de los gobernados al aclararse la obligación del juez de comprobar la "existencia del hecho delictuoso". Nada más. ¿Qué anteriormente no existía o no era clara la obligación de comprobar la "existencia" del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculpado, para poder dictarle a éste un auto de formal prisión o de sujeción a proceso? La cuestión es demasiado fundamental, como para que el dictamen sólo presuponga que, anteriormente, se violaba el principio de presunción de inocencia. Si esto era así, ¿cuáles fueron las razones por las cuales se estableció esta restricción a las garantías penales por tantos años?, ¿cuáles fueron las consecuencias prácticas, negativas o positivas, para los gobernados o para la seguridad pública, mediante la anterior solución? No existe, en el dictamen la menor referencia a estas interrogantes.

No es suficiente que la reforma haya pretendido reforzar la protección de los derechos humanos en materia penal, para que ésta se justifique, en términos comunicativos. Es necesario, además argumentar racionalmente, con base en hechos y razones. Es decir, no basta para justificar una norma jurídica, el hecho de que institucionalice un valor abstracto, se requiere, adicionalmente, que se hayan "tematizados todos los ingredientes relevantes de la situación", como nos dice Habermas, o sea, que se hayan ponderado los pros y los

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 16.

contras, como dice Alexy.²⁰¹ El precio de no hacerlo así, puede ser o la ineficacia teleológica de la nueva normatividad o su debilidad pragmática, como al parecer le sucedió a la reforma constitucional que comentamos.²⁰²

El tema del cambio del concepto de “cuerpo del delito” a “elementos del tipo” se menciona solamente en las intervenciones de tres diputados, durante el debate del pleno de la cámara de diputados. Dos de ellas a favor del dictamen y uno en contra. Empecemos por esta última, correspondiente al diputado Javier Centeno Ávila. Entre otros comentarios, dijo el diputado, en relación con el asunto que nos ocupa:

En el mismo párrafo del artículo 16, la frase “que acreditan los elementos que integran el tipo penal”, es errónea, porque el tipo penal y sus elementos no son objetos de prueba. Lo que debe probarse es el hecho, que se adecua a los elementos del tipo penal: esto es el cuerpo del delito.²⁰³

En opinión del diputado Centeno debe mantenerse la expresión de “cuerpo del delito” que se refiere al hecho, adecuado a los elementos del tipo, que tiene que resultar acreditado, para poder expedir una orden de aprehensión, mientras que la expresión “elementos que integran el tipo penal” se refiere no al hecho, sino al tipo de hechos al que debe adecuarse aquél, por lo cual no requiere ser objeto de prueba. La observación del diputado Centeno resulta esclarecedora, pues no es lo mismo la acreditación de un hecho que la calificación de un hecho acreditado como típico, aunque ambos, la acreditación y la calificación típica se requieran para poder expedir una orden de aprehensión. Incluso dicha observación pudo haber servido para mejorar el texto a reformar. Sin embargo, la cuestión suscitada no era, exactamente, ésta, sino la de determinar los hechos adecuado a cuáles elementos del tipo, es necesario acreditar, para poder expedir una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

²⁰¹ ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, trad. Manuel Atienza, México, Ed. Distribuidora Fontamara, 1993, p.13.

²⁰² HABERMAS, “¿Qué significa pragmática universal”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p.301: “En cuanto, a lo menos para una de las pretensiones de validez, queda en suspenso la presuposición de cumplimiento o desempeñabilidad, la acción comunicativa no puede proseguirse.”

²⁰³ Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, 19 de agosto de 1993, p.62.

En su defensa del dictamen, el diputado Salvador Valencia Carmona, intenta distinguir los distintos elementos del tipo cuyos extremos deben acreditarse, según el nuevo proyecto:

Si ustedes observan el Código de Procedimientos Penal Federal y el Código del Distrito Federal, pueden percatarse con toda claridad, que el cuerpo del delito ya no es el que se decía antes de los solos elementos materiales; se compone ahora de elementos subjetivos y de elementos de tipo objetivo. ¿Qué significa esto en la práctica?

Que, por ejemplo, un juez, hace unos quince o veinte años y, aún ahora, cuando recibía una consignación, decía que sólo tenía que ver los particulares o los requisitos del artículo 16 para expedir la orden de aprehensión.

Con esta reforma que nosotros estamos proponiendo, el juez tiene que señalar y tiene que estudiar los mismos elementos que son necesarios para la formal prisión o sea, que en lugar de disminuir el artículo 16 con esta redacción está ampliando la garantía. Lo único que hace es incorporar a la Constitución un concepto del cuerpo del delito que ya está en el Código Federal y en Código del Distrito Federal también.²⁰⁴

Aunque la intervención del diputado Valencia nos ilustra sobre los diferentes elementos del tipo penal que, en el dictamen de la iniciativa, requieren ser acreditados en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión, no es del todo afortunada, pues cuando trata de ejemplificar las consecuencias prácticas de la exigencia de demostrar, para esos efectos, los elementos subjetivos y los elementos objetivos del tipo, sólo introduce una mayor confusión al referirse a "los particulares", sin que sepamos a qué se refiere con los particulares de cada delito, sin embargo es una mera presuposición la cual puede conducir a entender que los elementos del tipo pueden ser objetivos, subjetivos, particulares y generales, sin que se preocupe de introducir sus respectivas determinaciones.

Sí bien es cierto que, en esta materia, no se puede exigir a los diputados que resuelvan lo que los propios tratadistas no han podido ponerse de acuerdo, mucho ayudarla, que los interlocutores intentaran determinar y no presuponer que los demás entienden los significados de las expresiones más importantes que se utilizan en la comunicación. A pesar

²⁰⁴ *Ibidem*, p.65.

de estos errores de la comunicación legislativa, podemos decir, que, a estas alturas de la discusión, ya se cuenta con algunas determinaciones precisas. Por ejemplo: que la diferencia entre “cuerpo del delito” y “elementos del tipo” es relevante para los objetos de prueba en el caso de la expedición de las órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión; que el cuerpo del delito es una expresión ambigua que se usa para designar ya sea los hechos probados, ya sea los elementos objetivos del tipo penal; que el tipo penal se compone de elementos objetivos, elementos subjetivos y, cuando menos en algunos delitos, elementos particulares.

Aparte de que estos elementos no han quedado determinados, no es seguro que la mayoría de los diputados les haya quedado claro ni tan siquiera la importancia de estas diferencias, ni mucho menos, la trascendencia práctica de la reforma en este tema. Veamos, por último, si en la última referencia de los diputados, se nos aclaran un poco más conceptos tan indeterminados. Como respuesta expresa al diputado Centeno que habría preguntado “¿cuál sería la diferencia entonces del tipo penal y el cuerpo del delito?”, el diputado Fernando Francisco Gómez Mont Urueta, con cuyo nombre se identifica la iniciativa, contestó lo siguiente:

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

Hubo quienes decían que sólo los elementos materiales y objetivos, ya eran “cuerpo del delito”. Bastaba que existiera el cuerpo en el homicidio, el cadáver, pues. Ni siquiera se tenía que probar que había sido muerto o causa externa o no. Ya estaba ahí el “cuerpo del delito”. Es una figura que tomamos nosotros del derecho romano, y se generó toda una teoría procesal.

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

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

Y lo que quiero decir es que la acreditación de una conducta prohibida por la ley sustituye ahora el concepto ambiguo de "cuerpo del delito". Gracias y disculpen.²⁰⁵

Por provenir del creador de la iniciativa, la explicación es francamente insuficiente. El conflicto de las dos teorías ya había sido mencionado en el propio dictamen. Ahora hubiera sido una excelente oportunidad de extenderse en explicar en qué ha insistido dicha contradicción entre las teorías correspondientes. En lugar de decir que las teorías en conflicto son la teoría causalista y la teoría finalista, el diputado Gómez Mont reduce, empíricamente, el cuerpo del delito al cadáver, en el caso del homicidio. Es posible que la metáfora "cuerpo del delito" se haya originado efectivamente, en el resultado de la acción del delito de homicidio, pero es de dudarse que alguien haya sostenido alguna vez, que bastaba la existencia de un cadáver para que se considerara comprobada la existencia de un homicidio, y mucho menos que, con ello, se condicionara la orden de aprehensión. A pesar de ello, la referencia a esta metáfora empírica pudiera servir de punto de partida para un análisis de las teorías causalista y finalista del delito.

Por lo que se refiere a la cámara de diputados es todo, por increíble que parezca. Pero lo más increíble es que en la cámara de senadores, sólo se hizo referencia al tema que nos ocupa en dos breves párrafos del dictamen correspondiente y una vaga intervención del senador Ernesto Luque Feregrino que no añaden absolutamente nada a la inteligibilidad de las expresiones que se estudian.²⁰⁶ Si la inteligibilidad de la comunicación ha quedado tan indeterminada, el análisis de la verdad, de la veracidad y de la rectitud se torna, si no imposible, como dice Habermas,²⁰⁷ si, cuando menos, externa y sólo para efectos de poder continuar el análisis comunicativo de las reformas subsiguientes. Ahora nos abocaremos al análisis del procedimiento legislativo de comunicación por medio del cual se modificaron el código penal y los de procedimientos penales para adecuarlos a las reformas constitucionales ya analizadas.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 85.

²⁰⁶ Pueden verse dichas referencias en el *Diario de los Debates* de la Cámara de Senadores del 26 de agosto de 1993, en las p. 5-6 y del 28 de agosto del mismo año, p.4.

²⁰⁷ HABERMAS, "Lecciones sobre una fundamentación de la sociología en términos de teoría del lenguaje", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 1001: "La inteligibilidad, en cambio, mientras la comunicación discorra sin perturbaciones, es una pretensión que se supone tácticamente desempeñada; no es simplemente una promesa aceptada: la comunicación ininteligible se viene abajo."

En consecuencia en el año de 1993, con motivo de la estancia en la procuraduría general de la república de diversos académicos formados en universidades del extranjero (Alemania, España e Italia), se introduce en nuestro sistema penal, el sistema finalista de la acción. El texto del artículo 16 constitucional fue el siguiente:

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado"

Con esta reforma, el sistema de enjuiciamiento penal en México, dio un notorio avance en materia legislativa, al acoger en su instrumento fundamental, la tendencia moderna del derecho penal. Las adecuaciones a los textos procesales no se hicieron esperar, pero desafortunadamente, no sucedió en todos los ordenamientos locales²⁰⁸.

Por su parte con la reforma de 1993, el texto del artículo 19 constitucional en la parte que nos interesa, quedó al tenor siguiente:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.

Como puede advertirse, esta reforma alcanzó una mejor técnica jurídica. En efecto, al reformarse igualmente el artículo 16 de la constitución general de la república, era lógico que si se había librado una orden de aprehensión, habiéndose demostrado los elementos del tipo penal, el dictado del auto de formal prisión sería una consecuencia lógica y jurídicamente necesaria, a menos, de que solicitándose la duplicidad del término o en el término mismo, se aportasen pruebas que desvirtuaran los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad del inculcado, valoración a la que se hallaba obligado

²⁰⁸ *Ibid* BERMÚDEZ MOLINA, Estuardo Mario, *op cit*.

constitucionalmente el juez de la causa, cuando el texto señalaba y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido. De esta manera, el proceso penal se hallaba en camino de alcanzar un mejor grado de justicia para todos los que en él intervienen.

6.4. REFORMAS LEGALES DE 1994.

Las referencias más importantes al cambio del “cuerpo del delito” a “elementos del tipo” a nivel legislativo, pueden reducirse a tres. Una en la iniciativa, otra en el dictamen y una más en el debate propiamente dicho. Empecemos con la primera, que se refiere tanto a las reformas del código federal de procedimientos penales y del código de procedimientos penales para el Distrito Federal. En ambos casos se trata de la supresión de las reglas general y especial para la acreditación del cuerpo del delito o de los elementos del tipo, como base en la acción y del procedimiento penal. Para ambos códigos, la referencia, en la iniciativa, es casi idéntica:

Para los efectos de la comprobación de los elementos del tipo se propone suprimir las llamadas reglas general y especial, que producirían no solamente confusión, sino impunidad por el manejo incontrolable que se hizo de parte del llamado error judicial, y por ese motivo, siguiendo el criterio de la doctrina para el acreditamiento de los elementos del tipo, de la probable responsabilidad, del delito y sus circunstancias y de la responsabilidad, debe emplearse la prueba conducente y útil para los efectos del caso concreto; lo anterior independientemente de que en algunas hipótesis se dan reglas específicas para el desarrollo de la investigación, sin que con ello se establezca limitación que impida practicar algunas otras diligencias que resulten procedentes en cada caso.²⁰⁹

No se ve claramente la razón por la cual las reglas general y especial producían impunidad, pues el “llamado” error queda insuficientemente connotado, a menos que comparemos los textos de los respectivos artículos de los correspondientes códigos. Aunque lo vamos a hacer enseguida, la exposición de motivos de la iniciativa debió de ser

²⁰⁹ Suprema Corte de Justicia, Centro de Documentación y Análisis. *Compilación de Leyes Federales 1998*, Código Federal de Procedimientos Penales, p. 13. En el caso del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la diferencia consiste sólo en el último párrafo: “Lo anterior independientemente de que en algunas hipótesis, como son las relativas a lesiones internas, delito de violación o falsificación de documentos, se hacen algunas descripciones para mayor claridad”. *Ibidem.*, p.16.

mucho más explícito, en aras de la verdad de los enunciados, para que los diputados no expertos tuvieran los elementos de juicio para formarse una opinión al respecto. Antes de la mencionada reforma, tanto para el código federal de procedimientos penales (artículo 168) como para el código de procedimientos penales para el Distrito Federal (artículo 122), que contenían la regla general para demostrar el cuerpo del delito, tenían la siguiente redacción idéntica:

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

En cambio, los mismos artículos, después de la reforma, quedaron redactados de la siguiente manera, también idéntica:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

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

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

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

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

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

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

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

Al parecer, la reforma amplía los objetos que se necesitan probar para que pueda ejercerse la acción penal y, por consiguiente, pueda expedirse una orden de aprehensión y dictarse un auto de formal prisión, pero no clarifica los medios especiales probatorios. Sin embargo, lo importante radica en que, en la exposición de motivos no se convierten en tema

de análisis los elementos adicionales que tienen que probarse. Es decir, no se justifican, argumentativamente, las razones por medio de las cuales se hicieron necesarios o convenientes dichos cambios. La razón garantista puede ser excelente, pero si no se sostiene con argumentos sólidos, si no se sopesan los argumentos a favor y los argumentos en contra, la reforma se convierte en una normatividad sumamente endeble en su aplicación práctica y, sobre todo, ante el embate de la contrarreforma de 1999, como lo veremos en su oportunidad.

Adicionalmente, y en relación con esto, en la propia exposición de motivos, tampoco se explica con argumentos, la introducción, en el penúltimo párrafo, del concepto de “probable culpabilidad” como condición de la “probable responsabilidad”. La aclaración de esta innovación se hace más necesaria, puesto que la culpabilidad, como elemento del delito, se encuentra comprendida ya como elemento del tipo en la fracción III de los artículos reformados, ya sea como dolo o como culpa.²¹⁰ En esta traslación de la culpabilidad, como elemento del delito, a la culpabilidad como elemento del tipo, consiste, precisamente, una de las tesis más importantes de la teoría finalista, que se presupone que era el sustento teórico de la reforma penal que analizamos.²¹¹

No tan sólo se introduce una ambigüedad, pues no queda clara si la culpabilidad es un elemento del delito (penúltimo párrafo) o elemento del tipo (fracción III), sino que, para los efectos de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión, los propios artículos se contradicen, pues si la culpabilidad se considera como elemento del delito, su acreditación sólo debe ser probable, y si se considera como elemento del tipo, su acreditación debe ser plena, como cualquier otro elemento del tipo. Es decir, si la culpabilidad se considera, como lo hace la fracción III, como un elemento del tipo, no es suficiente la “probable responsabilidad” del inculpaado para expedir válidamente, una orden de aprehensión o un

JAIEN VALLEJO, Manuel, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Ed. Colex, 1994, 00. 25-26: “Según este último concepto, la culpabilidad era concebida como un simple nexo psicológico entre el hecho y su autor, que podía adoptar la forma del dolo o de la culpa. El dolo y la culpa, pues, constituían especies o formas de culpabilidad.”

²¹¹ *Ibid.*, pp. 36-37: “Del concepto final de acción derivó Welzel consecuencias fundamentales para la teoría del delito. Así, el tipo, entendido como descripción de la conducta típica y como indicio de antijuricidad, no podía limitarse a describir un acontecimiento causal externo, sino que debía describir también la estructura final de la acción, lo que suponía un traslado del dolo y la culpa, hasta entonces consideradas como formas de culpabilidad, al ámbito de la primera categoría dogmática del delito.”

auto de formal prisión. En cambio, si la culpabilidad se considera como un elemento del delito, como parece presuponerlo el párrafo penúltimo, basta la acreditación de la "probable responsabilidad" para la validez de la expedición de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión.

No se trata tan sólo de un problema teórico, sino que tiene una gran importancia práctica, precisamente, en uno de los aspectos más relevantes para la consideración del proceso penal: la prisión preventiva. Todo ello, por haberse pasado por alto toda referencia teórica, para justificar dicha adición. En otras palabras, la falta de explicación durante los procesos comunicativos de creación legislativa, aparece en las leyes como contenido mal connotado, lo cual, a su vez, lleva a la consecuencia de que la aplicación de las leyes sólo sea posible mediante la reproducción de las mismas u otras patologías de la comunicación.

La otra de las referencias que a este nivel de creación normativa, se nos hace importante mencionar, la del dictamen correspondiente a la cámara de diputados, nos parece que no alcanza a disolver las patologías comunicativas detectadas en la exposición de motivos de la iniciativa, sino al contrario, aumenta la confusión. Dice el dictamen, tratándose del código penal:

De las recientes reformas constitucionales a los artículos 16 y 19 se deriva la necesidad de hablar en la legislación secundaria de elementos del tipo penal, ya sea para determinar uno de los presupuestos de la pena o como un requisito importante para diversas resoluciones tanto ministeriales como judiciales. Por lo que, si para afirmar la existencia del delito es necesario constatar los elementos del tipo, como integrantes de un elemento esencial de aquél (la tipicidad), resulta necesario prever que la falta de algunos de esos elementos del tipo trae como consecuencia la exclusión o no existencia del delito. A esta exigencia responde el contenido de la fracción II del artículo 15 que se propone, que sin duda cubre un importante vacío de nuestra legislación penal.²¹²

Da la impresión de que los redactores del dictamen eluden la cuestión que, en la contrarreforma de 1999, constituirá el argumento principal que justificará la vuelta del causalismo: la cuestión de cuáles elementos del delito que, por no ser elementos del tipo,

²¹² Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, 14 de diciembre de 1993, p. 2555.

serán el objeto de decisión en la resolución definitiva. Es claro que si, en general, falta la acreditación de uno de los elementos del tipo, se tiene que concluir, ya sea en la orden de aprehensión, en el auto de formal prisión o en la sentencia definitiva, la exclusión o la no existencia del delito. Pero el ingrediente relevante, para la orden de aprehensión (artículo 16 constitucional) no es determinar esta obviedad, sino determinar cuáles elementos del delito deben considerarse elementos del tipo y el grado de certeza requerida para su acreditación.

Esta necesaria justificación se elude, en el dictamen, mediante expresiones tan indeterminadas como las siguientes: "diversas resoluciones tanto ministeriales como judiciales", en lugar de decir, "un requisito necesario" para la "orden de aprehensión y para el auto de formal prisión". Es claro que si se hubieran utilizado las segundas expresiones, la pretensión de validez de la verdad de la necesidad de la reforma, hubiera quedado justificada la necesidad de distinguir los elementos del tipo penal como "uno de los presupuestos de la pena", de los elementos del delito "como requisitos de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión" y, por consiguiente, hubiera sido susceptible de crítica o de discusión la cuestión de cuales elementos del delito, por no ser elementos del tipo, deben quedar reservados para su determinación, en el juicio propiamente dicho.

Por medio de un lenguaje que no es claro, en el dictamen, se impide argumentar, justificar y explicar el concepto de elementos del delito, con respecto de la orden de aprehensión, del auto de formal prisión y de la sentencia definitiva, lo cual se verá reflejado en el debate de los diputados, en el cual sólo una vez se suscitó el tema que nos ocupa, que sólo fue para proponer modificaciones marginales, sin mayor fundamentación ni justificación, ni explicación o ampliación.²¹³ Será sólo hasta la contrarreforma de 1998-1999, cuando se volverá a discutir, a nivel de procedimiento constitucional, el concepto de "elementos del tipo." Y, como veremos enseguida, utilizando el mismo tipo de lenguaje sin justificarse, sin discutirse a fondo en el que se había concluido la reforma, solo que su sentido era el contrario: el regreso del concepto de "cuerpo del delito".

²¹³ Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, 20 de diciembre de 1993, pp. 3500 y 3511.

Este sistema originó ciertos problemas a los investigadores y a los juzgadores en su aplicación, por haberse hallados acostumbrados a un sistema causalista. Sin embargo, esta reforma garantizaba la seguridad jurídica de los ciudadanos, ante la exigencia de que previo a un acto de molestia de la naturaleza de una aprehensión, deberían hallarse acreditados los elementos del tipo penal, para de esta manera justificar la acción privativa de libertad. Se exigió en consecuencia, una mejor preparación en todos los involucrados en el drama penal. A poco más de 5 años de implantadas estas reformas, puede decirse que aún se continuaba con la adecuada asimilación de las mismas.²¹⁴

6.5. REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1998.

Ante la ineficacia del sistema de procuración de justicia, se modificaron substancialmente los requisitos de procedencia de las órdenes de aprehensión. En efecto, el ejecutivo federal en diciembre de 1997 sometió a la consideración de la cámara de senadores, la propuesta para que el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, quedara de la siguiente manera:

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

El proyecto de reforma de 1997 al artículo 19 propuso que el artículo quedara de la siguiente manera:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad.

²¹⁴ Vid. MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, "El tipo penal," en *Criminalia. Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*. Año LXIII, No. 1, Enero-Abril, 1997, pp. 21-43.

Este término podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley.

Ahora bien, se pretendía que en el auto de formal prisión, a diferencia de la orden, si se comprueben plenamente la existencia de los elementos objetivos del tipo. Esto quiere decir, que será sólo hasta este momento en que el juzgador habrá de ocuparse de estudiarlos detenidamente, **no obstante la oportunidad de haberlos estudiado desde el momento de la emisión de la orden de aprehensión.** En el terreno práctico, cuando la orden de aprehensión se haya librado por la probable existencia de los elementos objetivos, la interrogante versa sobre la forma en que se formará la convicción en el juzgador de que dichos elementos probables, con la detención del indiciado, podrán adquirir fuerza probatoria para ser considerados como plenamente demostrados, sobre todo, si atendemos a que el proyecto de reforma, eleva a garantía la posibilidad de ampliar el plazo constitucional, pero sólo en favor del indiciado, lo que prohíbe la actuación del ministerio público, para aportar mayores elementos de prueba. Entonces, si ha sido librada una orden de aprehensión por elementos probables, es inconcuso que jurídicamente no existe medio alguno para reforzar tales elementos para darles el sentido de plenamente comprobados. Claro, la única manera, sería el libre arbitrio judicial. He aquí el peligro que representó esta iniciativa de reforma.

De acuerdo con la exposición de motivos, la razón de esta reforma, obedece a que con la modificación constitucional de 1993, por virtud de la cual se exigió como nuevo requisito para la emisión de órdenes de aprehensión, la integración de los elementos del tipo penal (objetivos, subjetivos y normativos), la impunidad alcanzó los grados que ahora presionan a la sociedad y al gobierno, dado que volvieron difícil la actuación de los órganos encargados de procurar justicia.

Esta reforma, es considerada errónea por la exposición de motivos, cuando en uno de sus párrafos sentencia: "Dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano." Tal aseveración es cuestionable con

diversos argumentos. En primer lugar, el derecho, concebido como ciencia, no puede adquirir carta de naturalización y de exclusividad en determinado país, precisamente por su generalidad y el espíritu común que lo informa.²¹⁵ Tratándose del derecho penal, su historia internacional ha sido siempre crítica, puesto que sólo hasta el siglo XIX, es cuando comenzó a cuestionarse sobre la funcionalidad de la pena, que se caracterizaba por su crueldad hacia las personas²¹⁶.

El recorrido del análisis del derecho penal, que inicia con el destacado miembro de la **academia de los puños**, César de Bonessana, para pasar por los postulados de la escuela clásica, la positiva, el casualismo, la jurisprudencia de los intereses, la filosofía de los valores, la acción finalista, y el neo finalismo o funcionalismo, son etapas que han ido madurando a lo largo de los años, con la finalidad de crear un **derecho penal racional y garantista**,²¹⁷ que sea utilizado efectivamente como la *ultima ratio*. El derecho penal mexicano, es producto del derecho penal español, y como toda área de la ciencia jurídica, se ha ido nutriendo de la experiencia europea. Grandes autores nacionales, de la talla de Porte Petit, Villalobos, Franco y Guzmán, Carrancá y Trujillo, Pavón Vasconcelos, Castellanos Tena, entre otros, fueron los encargados de introducir a nuestro país, los grandes avances que representaba el estudio de la teoría del delito, con el fin de hacer más justas las resoluciones en los procesos penales.

El atraso cultural de nuestra nación, provocaba que las teorías originadas a principios del siglo XX, llegaran a México después de 30 o 40 años. Los autores extranjeros de renombre como Jiménez Huerta, Jiménez de Asúa, Maggiore, Ranieri, Fontán Balestra, Cuello Calón, Mezger y otros, eran lecturas obligadas de los penalistas de la época. Europa, por sus condiciones políticas, y principalmente las tierras que han derramado sangre por las dictaduras (el nazismo en Alemania; el franquismo en España; la dictadura Argentina en nuestra América) han sido terreno propicio para la meditación y reflexión sobre el sistema penal, ante el terror que su abuso ocasionó en las páginas de sus

²¹⁵ HENKEL, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Taurus, Madrid, 1996 p.33.

²¹⁶ *Ibid.* FOCAULT, Michael, *Ugular y castigar*, Ed. Siglo XXI, 1990.

²¹⁷ *Ibid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 1997.

respectivas historias. Los alemanes, indiscutibles científicos del derecho penal, han hecho de su Instituto Max Planck de Friburgo, el semillero más importante del mundo, sobre la ciencia jurídica penal. Los mexicanos, sólo hemos tenido acceso a sus frutos, a través de las obras escritas por los autores españoles o argentinos, así como las obras traducidas del alemán al español. Nuestra producción científica en derecho penal, hasta hace unos años, se hallaba francamente paralizada, con sus orgullosas excepciones como el caso de Criminalia. El cierre en México del Instituto Nacional de Ciencias Penales, fue un duro golpe a la formación de especialistas en la materia, que son tan necesarios para la procuración y administración de justicia en nuestro país. Tan sólo en el interior de la república, son contadas las instituciones de enseñanza superior que cuentan con programas de posgrado y especialidades en derecho penal. La llegada del sistema finalista de la acción, acuñado desde 1930, por Hans Welzel, provocó revuelo en el sistema mexicano. La exigencia de acreditar los elementos del tipo penal en las órdenes de aprehensión, vino a ajustarse a un marco de derecho, que otorgaba a los ciudadanos, una garantía de seguridad jurídica. Ya no se estaría al arbitrio de los jueces, que como bien señaló una juez mexicana, cuando se emplea incorrectamente, nos conduce a la arbitrariedad. La integración probatoria de los elementos típicos, forzaría la inanición e inamovilidad científica de nuestros servidores públicos, sería una forma de forzar el estudio y arribar hacia nuevas metas de un desarrollo democrático y a un derecho penal liberal.

Sin embargo, estas expectativas, no se vieron cumplidas. El ejecutivo pretendió dar marcha atrás, pero incluso, retroceder más allá de las resoluciones emitidas por el tristemente célebre Tribunal de la Acordada, al pretender que las órdenes de aprehensión puedan ser libradas cuando se encuentren **probablemente** acreditados los elementos objetivos del tipo penal de que se trate. Los elementos objetivos, son los siguientes: a) El sujeto activo (autoría y participación); b) El sujeto pasivo; c) El bien jurídico tutelado; d) La acción u omisión; e) El resultado típico en los delitos de resultado; f) Los elementos normativos; y. g) Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo. El autor contemporáneo Günther Jakobs escribió:

El tipo objetivo es la parte externa del delito: con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social, y por tanto, penalmente relevante. Sin embargo, el tipo

objetivo por sí solo no constituye injusto, ya que en sí no contiene ninguna acción típica y consiguientemente no cumple las condiciones mínimas del injusto . . . Al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo e imprudencia, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un determinado quantum de injusto. El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva.²¹⁸

La reforma excluyó del estudio de la orden de aprehensión, el relativo a los elementos subjetivos del tipo penal, lo que debe entenderse como la represión de conductas ciegas, como lo sostuviera Welzel. Los ánimos de lucro, de apropiación indebida, los a sabiendas y tantos otros elementos de esta naturaleza que la ley penal mexicana requiere como parte integrante del tipo, serían innecesarios para estas determinaciones privativas de libertad. Con la probable existencia de los objetivos, sería suficiente. Vaya un ejemplo: El título primero del libro segundo del código penal federal, contiene los delitos contra la seguridad de la nación. La gran mayoría de tales tipos penales, contienen elementos subjetivos. Así, el artículo 130, relativo a la sedición, establece:

Se aplicará la pena de seis meses a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a los que en forma tumultuaria, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones, con alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 132.

A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de sedición, se les aplicará la pena de cinco a quince años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos.

Tal precepto ofrece los elementos objetivos, consistentes en que un grupo de personas impida el libre ejercicio libre de sus funciones de parte de una autoridad. Estos hechos, se dan a diario en diversos puntos del país, con motivo de manifestaciones. Pero para que el delito se integre, es necesario que tal actitud, tenga alguna de las siguientes finalidades:

1. Abolir o reformar la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos:

²¹⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, Ed. Ediciones Jurídicas, Madrid 1995, pp. 223 y 309.

2. Reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales de la Federación, o su libre ejercicio; y,

3. Separar o impedir el desempeño de su cargo de alguno de los altos funcionarios de la Federación mencionados en el artículo 2º de la ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación, del Distrito Federal y de los altos funcionarios de los Estados.

Sin embargo, con esta reforma, la comprobación de tales **finalidades** serían innecesarias, pues bastarían los elementos objetivos para iniciar un procedimiento penal en contra de las personas, mismas que no obtendrían su libertad provisional, por tratarse de delito grave. Los destinatarios de la reforma, son obvios.

La experiencia judicial nos demuestra que la probabilidad es un término de interpretación. Aún y cuando los textos procesales establecen las reglas generales a que deben sujetarse las autoridades por cuanto a la valoración de las pruebas y que la propia constitución general de la república exige una correcta motivación y fundamentación de los actos de autoridad, son precisamente en estos conceptos en los que podemos encontrar la mayoría de los errores cometidos tanto por el ministerio público como por la autoridad judicial. para quienes el juicio de probabilidad, llega en muchas ocasiones, a adquirir tintes de criterios de **mayoría de razón**, en grave perjuicio de los gobernados, quienes deben esperar hasta la sentencia definitiva, o en las revisiones de juicios de amparo, la declaración que con un recto criterio, podría pronunciarse desde el momento en que se resuelve la averiguación previa o el obsequio del mandato de captura o al resolver dentro del plazo constitucional.

Con la propuesta de esta reforma, se dejó abierta la puerta al autoritarismo y a la arbitrariedad. No podemos permitir que el estado mexicano, tenga en sus manos de una manera tan amplia, el uso y abuso del derecho penal. Nuestra historia nos muestra los graves atropellos que se han cometido so pretexto de aplicar la ley. En estos tiempos de grave agitación política, dicha reforma sería el mecanismo de presión para acallar las

inconformidades y ejercer la mano dura para hacer cumplir las determinaciones del grupo político en el poder. Y si se aplicará la probabilidad llevaría a la consignación de numerosos expedientes a los juzgados, que, por falta de personal y remuneraciones adecuadas, han mostrado signos de ineficiencia, misma que alcanzaría un punto crítico con el incremento en el volumen de causas penales, que vendrían a saturar las cargas de trabajo de todos los tribunales de la nación, originando así, un gasto excesivo en recursos tanto materiales como humanos, en relación con controversias que no deben merecer la atención del derecho penal, originándose con ello, una violación al principio básico de **intervención mínima**; la comparecencia del indiciado durante la indagatoria se volvería innecesaria, al bastar indicios para estimar la posibilidad de la existencia de un delito y, por ende, de una responsabilidad penal, lo cual volvería letra muerta las actuales garantías que aquél tiene respecto de la averiguación previa, produciendo un significativo retroceso en materia de protección a los derechos humanos.

Los textos de los artículos 16 párrafo segundo y 19 párrafo primero transcritos, como fueron aprobados por el senado, también lo fueron por la cámara de diputados el 26 de octubre de 1998 y quedaron al tenor siguiente:

Reforma aprobada por el senado de la república el 1 de octubre de 1998 al artículo 16:

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

Texto aprobado por el Senado de la República el 1 de octubre de 1998 al artículo 19:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos

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

Con lo expuesto en los capítulos anteriores hemos demostrado desde la doctrina extranjera y mexicana e inclusive desde nuestros propios constituyentes han equiparado el cuerpo del delito al tipo penal, por lo tanto, con la reforma aprobada por el congreso de la unión adoptando de nueva cuenta el concepto del cuerpo del delito proponemos que se equipare al tipo penal y no solo entenderlo como **el conjunto de elementos objetivos o externos descritos en la figura legal** como lo sugiere el congreso de la unión en la exposición de motivos, puesto que de hacerlo así, sería un retroceso en perjuicio de la seguridad jurídica, toda vez que existen delitos que no tienen elementos materiales, como el fraude, puesto que debe entenderse al “engaño” como un elemento subjetivo y al “lucro indebido” como normativo.

Como se desprende de las reformas a los artículos 16 y 19 de nuestra constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, prácticamente se regreso a la redacción y al concepto del cuerpo del delito que se encontraba casi idéntico antes de la reforma del 3 de septiembre de 1993. Por lo tanto, ahora encontramos confusiones y arbitrariedades en la interpretación del cuerpo del delito como base para librar una orden de aprehensión, dictar un auto de plazo constitucional y emitir una sentencia, como existían antes de dicha reforma.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. El concepto de cuerpo del delito, se debe a Farinaccio, e inicialmente era comprendido como el conjunto de los vestigios o huellas exteriores de un delito, esta figura tuvo vigencia en nuestro país hasta el año de 1993 y regresó nuevamente en 1999 con rango constitucional. Su concepción inicial (*corpus instrumentorum, corpus criminis o corpus probationem*), se desarrolló hasta ubicarlo con los elementos materiales que componían al delito. Este fue el concepto que utilizó el código de procedimientos penales del país, concepto tan limitado que provocó una terrible inseguridad jurídica, y que tuvo vigencia desde 1894 hasta prácticamente las reformas procesales del año de 1999. Esta confusión sólo puede atribuirse a los órganos del sistema de justicia penal, toda vez que la gran mayoría de los tratadistas opinaban que el cuerpo del delito contenía los mismos elementos del tipo penal, es decir elementos objetivos, normativos y subjetivos.

SEGUNDA. La reforma constitucional del 3 de septiembre de 1993 y a los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales del Distrito Federal del 4 de febrero de 1994, fueron realizadas con la finalidad de tener el mismo criterio en las resoluciones de los órganos de procuración y administración de justicia, con la finalidad de que se apegaran a lo establecido por los artículos 14, 16 y 19 Constitucionales, es decir proteger las garantías de libertad, exacta aplicación de la ley y seguridad jurídica.

TERCERA. La hipótesis planteada inicialmente en el sentido de que "el cuerpo del delito son los elementos objetivos, normativos y subjetivos que exige el artículo 14 y 16 Constitucional", fue demostrada, durante la investigación comprobé que también el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales están íntimamente ligado con el principio de legalidad y en materia penal los conceptos de tipo, tipicidad y juicio de tipicidad.

CUARTA. El principio de legalidad encuentra su fundamento en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 14 y 16, por lo tanto

relacionando las garantías individuales como un todo, tendremos que la fundamentación que exige el artículo 16, se correlaciona con el artículo 14. En este sentido, al referirse al área penal, el numeral 14 constitucional señala que para que un acto de molestia a las personas -calificación genérica establecida en el artículo 16- o para la especie acto de "privación" -prevista en el artículo 14-, la constitución establece siempre como requisito la existencia previa de un tipo.

QUINTA. A partir de las reformas a la constitución de 1993, y códigos procesales tanto federal como el del Distrito Federal de 1994, entró en nuestras leyes la teoría finalista de la acción, la cual demostró tener mayor seguridad jurídica, sin embargo con la reforma de 1998 se argumentó que "la teoría finalista ha demostrado tener éxito en otros países, pero en el nuestro ha sido un rotundo fracaso". Lo anterior es falso y de acuerdo con la presente investigación, hemos demostrado que el concepto de tipo penal se siguió manteniendo en nuestro código penal federal en el artículo 15 y en el nuevo código penal para el Distrito Federal en su artículo 29 que siguen manejando como contenido del tipo penal los elementos objetivos, normativos y subjetivos. Por lo tanto, el contenido del cuerpo del delito es idéntico al tipo penal.

SEXTA. Respecto de las funciones que cumplimenta el tipo, puede afirmarse que con dicho instrumento dogmático se sientan las bases que otorgan seguridad al sistema jurídico penal, no solo en relación al individuo sometido a la norma que puede así adecuar y prever las consecuencias de su conducta, sino principalmente en cuanto a la controlabilidad de las decisiones judiciales a la luz de la ley emanada del órgano legislativo competente. De tal forma, se logra reafirmar una de las principales características que singulariza al derecho penal respecto de otros medios del control social, que radica no fundamentalmente en lo punitivo, sino en lo jurídico y en concreto, en el alto grado de formalización (previsibilidad, controlabilidad, sometimiento a principios) que esto último supone. Esta formalización preside el ejercicio jurídico-penal del *ius puniendi* mostrándolo como un ejercicio controlado, no ya por consideraciones de utilidad social, sino por garantías establecidas a favor del individuo; denotando todo ello que nos mantenemos dentro de un sistema racional

y opuesto por naturaleza a oportunismos o a arbitrariedades del encargado de desplegar el flanco más fuerte e ingerente del poder estatal.

SÉPTIMA. La aplicación del sistema finalista de la acción, creado desde 1930, por Hans Welzel, provocó revuelo en el sistema mexicano en la reforma constitucional de 1993. La exigencia de acreditar los elementos del tipo penal en las órdenes de aprehensión, vino a ajustarse a un marco de derecho, que otorgaba a los ciudadanos, una garantía de seguridad jurídica. Ya no se estaría al arbitrio de los jueces, puesto que, cuando se emplea incorrectamente, nos conduce a la arbitrariedad. La integración probatoria de los elementos típicos, forzó la inanición e inamovilidad científica de nuestros servidores públicos, y fue una forma de forzar el estudio y arribar hacia nuevas metas de un desarrollo democrático y a un derecho penal liberal.

OCTAVA. Los elementos objetivos del tipo penal, son los siguientes: a) El sujeto activo (autoría y participación); b) El sujeto pasivo; c) El bien jurídico tutelado; d) La acción u omisión; e) El resultado típico en los delitos de resultado; f) Los elementos normativos; y, g) Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo. Asimismo compartimos lo expresado por Günther Jakobs: "El tipo objetivo es la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social, y por tanto, penalmente relevante. Sin embargo, el tipo objetivo por sí solo no constituye injusto, ya que en sí no contiene ninguna acción típica y consiguientemente no cumple las condiciones mínimas del injusto . . . Al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo e imprudencia, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un determinado quantum de injusto. El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva".

NOVENA. Del análisis de los procesos constitucionales de 1993, mediante los cuales se establecieron las reformas penales que modificaron el concepto del "cuerpo del delito" al de "elementos del tipo", resulta que adolecen de falta de claridad, sobre todo, pues, durante los mismos, los defensores de las reformas, en ningún momento justificaron

ni discutieron las críticas que les hicieron sus opositores. Esta falta de precisión, justificación y claridad de los conceptos relevantes tuvo la consecuencia de que se facilitó, argumentativamente, la contrarreforma constitucional de 1998, que retornó al concepto de “cuerpo del delito”, el cual significó una afectación de las garantías penales de los inculpados.

DÉCIMA. Del análisis de las reformas legales de 1994, que instrumentalizaron el cambio conceptual del “cuerpo del delito”, al de “elementos del tipo” se detectó una indeterminación de la probable responsabilidad, cuya acreditación es un requisito para la procedencia de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión. Se tiene la impresión de que se identifica con la posible o la presunta responsabilidad, es decir, con la simple posibilidad de tiempo y lugar, en la comisión de un delito, para que proceda la prisión preventiva. Esta falta de claridad, puede tener consecuencias graves al momento de la aplicación de la ley penal, pues los interrogatorios ministeriales pueden soslayar la diferencia de grado entre lo probable, presunto y lo posible.

DÉCIMA PRIMERA. Por lo que se refiere a las contrarreformas constitucionales de 1993, que volvieron al concepto de “cuerpo del delito”, se pudo observar, en el análisis del proceso constitucional respectivo, que los argumentos con los que se apoyó dicha reforma se pueden calificar de parciales, unilaterales y confusos. En primer lugar, los argumentos que pretenden vincular el aumento de la impunidad con la introducción de los “elementos del tipo” en 1993, no proporcionan cifras que permitan comparar, el grado de impunidad antes de esta última reforma, lo cual hace inconcluyentes las conclusiones sobre la necesidad de retornar al concepto de “cuerpo del delito”. En segundo lugar, el argumento de la oportunidad procesal para acreditar los elementos del tipo que no forman parte del cuerpo del delito durante el juicio penal propiamente dicho, no toma en cuenta que el propio juicio penal no solamente tiene la función de “robustecer” la hipótesis acusatoria, sino, sobre todo, hacer posible, el cuestionamiento de la misma, por parte de la defensa y el desempeño, por parte de la acusación, de dicho cuestionamiento. Por último, la pretensión de que la contrarreforma no se basa en ninguna posición teórica, se ve desmentido, por sus propios impulsores, cuando descalifica al finalismo en el que, supuestamente se basaba la

reforma de 1993, a partir de las posturas causalistas. Por todo ello, podemos concluir que el retorno al causalismo se realizó solo en parte, al no justificarse argumentativamente el contenido del cuerpo del delito. La falta de rectitud y de verdad, pueden tener la consecuencia práctica de que se justifique, ideológicamente, un aumento de las prisiones preventivas, sobre todo si relacionamos esta contrarreforma con el mantenimiento, e, incluso con el aumento de las denotaciones de delitos graves que condicionan la improcedencia de la libertad caucional.

PROPUESTAS.

PRIMERA. Hemos demostrado en el presente trabajo de investigación que desde la doctrina extranjera y mexicana e inclusive desde nuestros propios constituyentes han equiparado el cuerpo del delito al tipo penal, por lo tanto, con la reforma del 18 de mayo de 1999 al adoptar el concepto del cuerpo del delito proponemos que se equipare al tipo penal y no solo entenderlo como el conjunto de elementos objetivos o externos descritos en la figura legal como lo propone el Congreso de la Unión en la exposición de motivos, puesto que de hacerlo así, sería un retroceso en perjuicio de la seguridad jurídica, toda vez que existen delitos que no tienen elementos materiales.

SEGUNDA. Todo tipo debe contener los elementos necesarios y suficientes para proteger el bien jurídico que es su razón de ser. Si un tipo contiene elementos de más o de menos será anormal por exceso o por defecto. ¿Cómo se acata la garantía de comprobación del cuerpo del delito en estos casos? A nuestro parecer, la solución es única: en cualquier supuesto debe la autoridad ceñirse a verificar la realidad de los elementos contenidos en los tipos respectivos. No puede ir más allá - en los tipos omisos - ni abstenerse de comprobar la realidad de los elementos superfluos - en los tipos excesivos- porque ello sería volver a la inseguridad y la aplicación inexacta, e implicaría hacer una declaración respecto de la insuficiencia o sobreabundancia de la ley penal; declaración que únicamente correspondería formular a los tribunales federales, a través del juicio de amparo que en contra de esa ley se promoviera.

TERCERA. Podemos afirmar que cuerpo del delito es el conjunto de elementos fácticos comprendidos en los términos ejecución y sus circunstancias, en cuanto cumplen cada tipo.

CUARTA. Con la finalidad de evitar confusiones en cuanto a los adjetivos posible, presunto y probable que se refieren a la responsabilidad. Por ello, se propone determinar el grado de probabilidad que debe acreditarse para la procedencia de la prisión preventiva. Es decir que únicamente con pruebas se acredite la responsabilidad, sin que se presuma, ni se infiera.

BIBLIOGRAFÍA.

- ADIP, Amado, *Prueba de testigos y falso testimonio*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983.
- ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Derecho y razón práctica*, trad. Manuel Atienza, México, Ed. Distribuidora Fontamara, 1993.
- ARILLA BAS, Fernando, *El procedimiento penal en México*, Ed. Kratos, México, 1986.
- BACIGALUPO, Enrique, *La impugnación de los hechos probados en la casación y otros estudios*, AD HOC.
- Manual de Derecho Penal*, Ed. TEMIS 1996.
- Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Ed. Hammurabi, 1999.
- BELING, Ernest. *El rector de los tipos de delito (Die Lehre von tadbestand)*, trad. de L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas. Madrid, Reus, 1936.
- BELING, *Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.
- BERMÚDEZ MOLINA, Estuardo Mario, *Del cuerpo del delito a los elementos del tipo*, Ed. Procuraduría General de la República, México, 1996.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, Ed. INACIPE, México, 2000.
- BORJA OSORNO, Guillermo, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Cajica, Puebla, México, 1985.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al derecho penal*. 2a. ed., Bogotá, Temis, 1994.
- Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, 19 de agosto de 1993.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, Ed. Porrúa, México, 1994.
- CEREZO MIR, José, "Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español", -*IDPCP*, Madrid. Uit. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. XIV, fase. 1. enero-abril de 1961.
- CERUTI, Raúl Alberto, *Sendas por transitar en la teoría del delito*, Argentina, en http://publicaciones.derecho.org/redp/N@umero_04_-_Julio_de_1999/004.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. ASTREA, 1995.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Ed. Jurídicas Cuyo 1998.

Derechos del Pueblo Mexicano, tomo II.

Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del 26 de agosto de 1993.

DÍAZ ARANDA, Enrique, "Cuerpo del Delito ¿Causalismo o Finalismo?", en *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001.

- *Dolo (causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México)*, México, Porrúa, 2000.

DÍAZ CLEMENTE, A., *El cuerpo del Delito*, Edición Homenaje. Ed. Abeledo Perrot.

Diccionario de Derecho Penal, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962.

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Paris, 1852.

DONNA Edgardo Alberto, *Teoría de Delito y de la Pena*, Tomo I. Ed. Astrea 1996

- "Capacidad de culpabilidad o imputabilidad", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

Eléments de Droit Pénal, 5ª ed, París, 1886, tomo I.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*. Tr. Bacigalupo, Silvina, Ed. COLEX, Madrid, 1995.

Espasa Calpe, 1997

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, 2ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 1997

FEUERHACH, *Lehrbnch des gemeinen l. Deuschland giddtgen peinlichen Rechis*, 6a. «1.

FOCAULT, Michael, *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, 1990.

FONTÁN BALESTRA CARLOS, "Función de la Tipicidad en Nuestro Derecho Penal", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, año IV 1949, tomo II.

FRAMARINO, Nicolás, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Temis, Bogotá, 1964, Vol. II.

- FRANCO GUZMÁN, Ricardo. "Tendencias actuales del Derecho Penal" en *Tendencias actuales del derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica., México, 1994, pp. 96-97.
- FRANCO SODI, Carlos. *Código de Procedimientos Penales... Comentado*, Ed. Botas, 2ª. ed., 19604.
- FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)", *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998.
- GARCÍA, Gabriel Regino, *Reflexiones sobre la iniciativa de reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo*, n.e., s.f.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José; *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Ed. Botas, 1945.
- HABERMAS, "¿Qué significa pragmática universal", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, 1993.
- "Lecciones sobre una fundamentación de la sociología en términos de teoría del lenguaje", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, 1993.
- "Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, México, Ed. Red Editorial Iberoamericana (REI), 1993.
- HARTMANN, Nicolás. *Filosofie des Moglichen*,.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Ed. Ad-Hoc, p.22.
- *Fundamentos del Derecho Penal*, 1996.
- HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Taurus, Madrid, 1996 p.33.
- HERRERA Y LASSO GUTIÉRREZ, Eduardo, *Las garantías constitucionales en materia penal*. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.
- ISLAS MAGALLANES, Olga y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho penal*. Editorial Jurídica mexicana, México, 1970.
- *El delito en el Derecho de Procedimientos Penales*. Ed. Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la U.J.A.T., Número 1.

- ISLAS MAGALLANES, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Ed. Trillas, México, 1982.
- JAIÉN VALLEJO, Manuel, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Ed. Colex, 1994.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, Ed. Ediciones Jurídicas, Madrid 1995
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. De Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, vol. I.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3ª. ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, t. I.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Corpus delicti y Tipo Penal*, Criminalía, 1956.
- LA ROSA, Mariano R. *Las Funciones del Tipo Penal*, en <http://www.derechopenalonline.com/>
-*La tipicidad*, Ed. Porrúa, México, 1955.
- LISZT, Franz von, *Lehrbuch des deursohen Strofrech*, 's, 21 Und 22, Völlig durchgearbeitete Auflage (37-40 Tauseud), Berlin und Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1919, esp. pp. 50 y ss. Citado por DÍAZ ARANDA, Enrique, *op. Cit.* .
- LUNA CASTRO, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México (un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)*, México, Porrúa, 1999.
- MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, "¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?", *Criminalía*, México, año LXIV, núm. 2, mayo- agosto de 1998.
- "El tipo penal." en *Criminalía. Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*. Año LXIII, No. 1. Enero-Abril, 1997.
- MANZINI Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo III. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1982.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, 1992.
- MAURACH, Reinhart y Zip- Heinz. *Derecho penal (parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible)*, trad. de la la. ed. alemana por Jorge

- Bofil y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires. Astrea, 1994, t. II.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, T. I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
- MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Ed. Astrea 1994.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Libro de estudio, trad. de Conrado A. Finzi. Ed. Bibliografía Argentina. Sexta ed. 1955.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal (concepto y método)*, Barcelona, Bosch, 1976.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)", *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998.
- La responsabilidad penal*, Conferencia dictada en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosh, 1975.
- Teoría General del Delito*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1990.
- NUÑEZ RICARDO C., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Rubinzal-Culzoni 1972.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del delito. (Sistemas causalista y finalista)*, Ed. Porrúa, México, 1997.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, Ed. Mayo, México, 1981.
- REYES ECHANDIA, *Tipicidad*, Ed. Temis, 1997.
- RIVERA SILVA, Manuel, *El procedimiento penal*, Ed. Porrúa, 1970.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Principio de Legalidad," en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, Ed. Seix, 1971.
- ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, *Cuerpo del delito o elementos del tipo (causalismo y finalismo)*, 3a. ed., Puebla, México, Ed. 2000.
- ROXIN, Claus, et al., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, España, Ed. Ariel, 1989.
- Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Ed. Civitas, 1997.
- Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán, Hormazabal Malaréc, Barcelona, PPU, 1992.

- RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, Ed. Nuevo Pensamiento Penal, 1975.
- SÁNCHEZ SODI, Horacio (comp.), *Compilación de leyes*, México, Ed. Greca Editores, 1997.
- SILVA MEZA, Juan N., "El momento de considerar calificativas y modificativas del delito" en *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*", Vol. I, Núm. 5, México, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. BOSCH, 1992.
- SOLER, Sebastian, *Derecho Penal Argentino*. Ed. Tea 1994, Tomo I, 1980.
-*Las palabras de la ley*, 1975.
- SOSA ORTIZ, Alejandro, *Los elementos del tipo penal (La problemática de su acreditación)*, México, Ed. Porrúa, 1999.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General*.
Suprema Corte de Justicia, Centro de Documentación y Análisis, *Compilación de Leyes Federales 1998*, Código Federal de Procedimientos Penales.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, Ed. Porrúa, 1990.
- VELA TREVINO, Sergio, *Miscelánea Penal*, México, Ed. Trillas, 1990.
- VELÁZQUEZ, Victor, *El caso Alarcón*, n.e., México, 1955.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán (parte general)*, 1a. ed., a el Castellano, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
-*El nuevo sistema del derecho penal (una introducción a la doctrina de la acción finalista)* trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1961.
- ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Ediar 1987, T. III.
-*Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1979.
-*"Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista en la Teoría General del Delito"*, en *Criminalia*. Año XXXVII. Número 10. México, 1971.
- ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Cuerpo del delito y tipo penal* 2a. reimp., México, Ángel Editor, 2000.

LEGISLACIÓN.

Código Federal de Procedimientos Penales, México, Ed. SISTA, 1996, 2002.

Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para todo la República en materia federal, México, Ed. SISTA, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Ed. GRECA, 2002.

FALTA

PAGINA

193

ÍNDICE

Abreviaturas, latinismos y siglas.	VI
Introducción.	VIII
Capítulo I. Los sistemas penales.	1
1.1. Antecedentes.	3
1.2. El sistema clásico y neoclásico (causalismo).	4
1.3. El sistema final de acción.	5
1.4. El modelo lógico.	7
1.5. El funcionalismo.	9
Capítulo II. El cuerpo del delito y su evolución histórica.	12
2.1. Evolución histórica del cuerpo del delito.	13
2.1.1. La doctrina extranjera.	16
2.1.2. El cuerpo del delito en la doctrina mexicana.	18
2.1.3. El cuerpo del delito en la Constitución.	20
2.1.4. Los antecedentes constitucionales.	20
2.2. Cuerpo del delito y voluntad.	23
2.3. El delito en el artículo 19 Constitucional.	23
2.3.1. La ejecución.	24
2.3.2. Circunstancias del cuerpo del delito.	25
2.3.3. Las circunstancias en la teoría y en el Código Penal.	28
2.4. Cuerpo del delito y tipo.	28
2.4.1. Cuerpo del delito y tipos anormales.	29
2.5. El cuerpo del delito en la legislación procesal.	29
2.6. El cuerpo del delito en la jurisprudencia.	33
Capítulo III. El tipo penal y su desarrollo histórico.	46
3.1. Concepción dogmática.	47
3.2. Análisis histórico del tipo.	48
3.3. Concepto de tipo penal.	55
3.4. Las funciones del tipo penal.	59

3.4.1. Función de protección de bienes jurídicos.	59
3.4.2. La función sistemática.	61
3.4.3. La función de garantía.	63
3.4.4. La función fundamental del tipo.	68
3.4.5. Función indiciaria de la antijuridicidad.	70
3.4.6. Función limitadora.	71
3.4.7. Función individualizadora de conducta.	74
3.4.8. Función de motivación.	75
3.5. El tipo y el principio de legalidad.	76
3.5.1. El apotegma <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>	78
3.5.2. El fundamento constitucional.	81
3.5.2.1. Prohibición de retroactividad.	82
3.5.2.2. Rigidez de los tipos.	83
3.5.2.3. La exigencia de la exactitud en la aplicación de la ley penal.	84
3.5.2.4. La prohibida aplicación del tipo (o de la pena) por analogía o por mayoría de razón.	85
3.6. El tipo como "fundamentación".	86
3.6.1. Autoridades competentes para establecer los tipos.	86
3.6.2. Expresión estricta de los tipos.	87
3.6.3. Tipos prohibidos por la Constitución.	87
3.7. La motivación.	87
3.8. El juicio de tipicidad.	89
3.8.1. Antecedentes del juicio de tipicidad.	90
3.8.2. A quiénes corresponde realizar el juicio de tipicidad.	90
3.8.3. Cuándo debe hacerse el juicio de tipicidad.	91
Capítulo IV. Elementos del tipo penal.	93
4.1. Elementos del tipo penal.	94
4.2. Concepto causal y final de la conducta.	98
4.3. Consecuencias para el injusto.	100
4.4. Consecuencias para la culpabilidad.	104
4.5. Análisis de los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para	

el Distrito Federal y el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.	108
4.5.1. 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.	110
4.5.2. La forma de intervención de los sujetos activos;	117
4.5.3. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.	120
4.5.4. Acreditar si el tipo requiere: Las calidades del sujeto activo y pasivo.	123
4.5.4.1. El resultado y su atribuibilidad a la acción y omisión.	124
4.5.4.2. El objeto material.	126
4.5.4.3. Los medios utilizados.	127
4.5.4.4. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.	127
4.5.4.5. Los elementos normativos.	129
4.5.4.6. Los elementos subjetivos específicos.	129
4.5.4.7. Las demás circunstancias que la ley prevea.	130
4.5.4.7.1. El momento de considerar las calificativas y modificativas del delito.	130
Capítulo V. Presunta, posible y probable responsabilidad.	141
5.1. La probable responsabilidad.	142
5.2. La posible responsabilidad.	144
5.3. La presunta responsabilidad.	148
Capítulo VI. La reforma constitucional.	150
6.1. El artículo 16 constitucional.	151
6.2. El artículo 19 constitucional.	156
6.3. Reformas constitucionales de 1993.	157
6.4. Reformas legales de 1994.	166
6.5. Reformas constitucionales de 1998.	171
Conclusiones.	179
Propuestas.	184
Bibliografía.	186