



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

EDUARDO CIPRIANO MANZANILLA AZNAREZ

**EL CUERPO DEL DELITO Y SU INCIDENCIA EN EL
PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO.**

**TESIS PRESENTADA PARA OPTAR POR EL TITULO DE LICENCIADO EN
DERECHO CON RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ
OFICIAL DE ESTUDIOS DE LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
SEGÚN ACUERDO NÚMERO 86809 CON FECHA 13-VIII-86.**

ZAPOPAN, JALISCO, JUNIO DE 2008



67286





UNIVERSIDAD PANAMERICANA

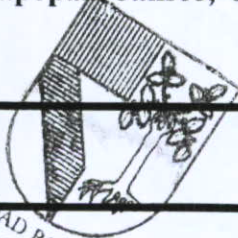
CAMPUS GUADALAJARA

EDUARDO CIPRIANO MANZANILLA AZNAREZ

**EL CUERPO DEL DELITO Y SU INCIDENCIA EN EL
PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO**

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jalisco, Junio de 2008.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA
BIBLIOTECA

CLASIF: TE DER 2008 MAN

ADQUIS: 67286

FECHA: 04/08/08

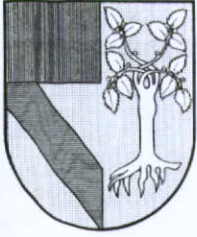
DONATIVO DE Services Exdites
\$ 344.256 097 MAN 2008

118 h.; 28 cm.

Tesis (Licenciatura) - Universidad Panamericana (Campus Guadalajara), 2008

Bibliografía: h. 116-118

- Derecho - Tesis y disertaciones académicas
- Problemas socioeconómicos - Influencia sobre el crimen
- México - Tesis...



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

ESCUELA DE DERECHO

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. EDUARDO CIPRIANO MANZANILLA AZNAREZ

Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **"EL CUERPO DEL DELITO Y SU INCIDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO"** presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'César Guillermo Uribe Tapia', written over the printed name below.

MTRO. CÉSAR GUILLERMO URIBE TAPIA

Guadalajara, Jalisco; a 25 de febrero de 2008

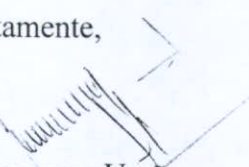
Lic. Cesar Guillermo Uribe Tapia y/o
Lic. Gustavo Gómez Domínguez
Comité de Titulación de la Escuela de
Derecho Universidad Panamericana
Presentes.

Por medio de la presente les envío un cordial saludo y me permito comunicarles a ustedes que Eduardo Cipriano Manzanilla Aznarez, quien cursó los estudios de la Licenciatura en Derecho en esa H. Institución, ha concluido satisfactoriamente su tesis titulada EL CUERPO DEL DELITO Y SU INCIDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO.

Al respecto, les manifiesto que el trabajo de investigación realizado por Eduardo Cipriano Manzanilla Aznarez que dirigí, reúne todos los requisitos de fondo y forma necesarios para solicitar la fecha correspondiente al examen profesional.

Sin más por el momento, me despido de usted agradeciendo de antemano la atención prestada a la presente.

Atentamente,


Rodolfo Monarque Ureña

DEDICATORIA

A Dios, por haberme dado la oportunidad de terminar mi carrera.

*A mis padres, que me impulsaron y apoyaron
para terminar esta etapa de mi vida.*

*A mis tíos, que me brindaron su apoyo
mientras estuve en la Universidad.*

*A Rodolfo, quien fue mi asesor en este trabajo
y me ayudó en la elaboración del mismo.*

A mis amigos, que estuvieron a mi lado en todo momento.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| ABREVIATURAS..... | 10 |
| INTRODUCCIÓN..... | 11 |
| CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 13 |
| CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CUERPO DEL DELITO..... | 18 |
| 1. Antecedentes generales..... | 18 |
| 2. Evolución histórica en México..... | 19 |
| 2.1. Antecedentes legislativos sobre los requisitos necesarios para el dictado de una orden de aprehensión y de un auto de formal prisión..... | 19 |
| 2.2. Evolución constitucional y legal..... | 21 |
| CAPÍTULO III.- PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL..... | 26 |
| 1. Nota preliminar..... | 26 |
| 2. Proceso de reforma constitucional..... | 28 |
| 3. Nuestra crítica a la iniciativa presidencial y al dictamen del Senado..... | 32 |
| 4. Cuerpo del delito en los artículos 16 y 19 constitucionales vigentes..... | 36 |
| CAPÍTULO IV. TIPO PENAL Y CUERPO DEL DELITO..... | 37 |
| 1. Nota preliminar..... | 37 |
| 2. Antecedentes generales del tipo penal..... | 37 |
| 3. Evolución histórica del delito y tipo penal..... | 38 |
| 3.1. EL ESQUEMA OBJETIVO-SUBJETIVO (CAUSALISMO)..... | 38 |
| 3.1.1. El esquema conducta, antijuricidad y culpabilidad (Liszt)..... | 38 |
| 3.1.2. El modelo objetivo-subjetivo y la punibilidad (Liszt)..... | 38 |
| 3.1.3. El modelo objetivo-subjetivo y la tipicidad (Beling)..... | 39 |
| 3.1.4. La falta de nexo psicológico en la culpa inconsciente y la culpabilidad normativa –Teoría Mixta– (Edmund Mezger)..... | 40 |
| 3.1.5. El modelo de la antijuricidad objetiva-subjetiva | |

| | |
|---|----|
| (elementos subjetivos del injusto)..... | 40 |
| 3.2. LA CORRIENTE FINALISTA DE LA ACCIÓN (Hans Welzel)..... | 41 |
| 3.2.1. Fundamento filosófico de la teoría finalística de la acción..... | 43 |
| 3.2.2. Estructura del delito de acuerdo con la corriente finalista de la acción..... | 43 |
| 3.2.3. Etapas de la acción finalista..... | 44 |
| 3.2.3.1. Primera etapa..... | 44 |
| 3.3.3.2. Segunda etapa..... | 44 |
| 3.3. SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA EN EL ESTUDIO DEL DELITO..... | 47 |
| 3.3.1. Generalidades..... | 47 |
| 3.3.2. La Imputación Objetiva del Resultado..... | 48 |
| 3.3.3. Conductas alternativas adecuadas a derecho..... | 51 |
| 4. Tipo penal y tipicidad..... | 52 |
| 5. Funciones del tipo penal..... | 53 |
| 6. Diferencia entre cuerpo del delito y tipo penal en el derecho penal mexicano..... | 54 |
| 7. Toma de postura..... | 56 |

CAPÍTULO V. ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO

| | |
|--|----|
| EN MATERIA FEDERAL..... | 59 |
| 1. Elementos objetivos o externos..... | 59 |
| 2. Elementos normativos del tipo penal..... | 61 |
| 3. Elementos subjetivos del tipo penal..... | 64 |
| 3.1. Subjetivos específicos:..... | 66 |
| 3.1.1. Intencionales..... | 66 |
| 3.1.2. Suprainintencionales..... | 66 |
| 3.1.3. Infraintencionales..... | 66 |
| 3.2. Subjetivos genéricos:..... | 67 |
| 3.2.1 Dolo..... | 67 |
| 3.2.1.1.Dolo directo o de primer grado..... | 67 |
| 3.2.1.2. Dolo indirecto o de consecuencias necesarias..... | 67 |

| | |
|---|----|
| 3.2.1.3. Dolo eventual..... | 67 |
| 3.2.1.4. Dolo indeterminado..... | 68 |
| 3.2.2. Culpa..... | 68 |
| 3.2.2.1. Culpa inconsciente o sin representación..... | 69 |
| 3.2.2.2. Culpa consciente o con representación..... | 69 |
| 4. El dolo y la culpa en el sistema penal federal..... | 69 |
| 5. Elementos subjetivos específicos y su problemática en materia federal..... | 70 |
| 5.1. ¿El Cuerpo del delito está dotado de los elementos subjetivos específicos cuando el tipo penal los requiera?..... | 70 |
| 5.2. Alcance de los elementos subjetivos específicos en el procedimiento penal..... | 73 |
| 5.3. Excluyentes del delito sobre la ausencia de elementos subjetivos específicos del tipo y su momento de aplicación..... | 76 |
| | |
| CAPÍTULO VI. ELCUERPO DEL DELITO EN DISTINTOS EVENTOS PROCEDIMENTALES..... | 80 |
| 1. Consignación..... | 80 |
| 2. Orden de aprehensión y de comparecencia..... | 80 |
| 3. Auto de formal prisión y auto de sujeción a proceso..... | 82 |
| 3.1. Auto de formal prisión..... | 82 |
| 3.2. Auto de sujeción a proceso..... | 84 |
| 4. Extradición..... | 85 |
| 5. Procedimiento menores infractores..... | 86 |
| 6. Declaración de procedencia..... | 88 |
| | |
| CAPÍTULO VII. CRÍTICA AL CUERPO DEL DELITO | 89 |
| 1. Toma de postura..... | 92 |
| | |
| CAPÍTULO VIII.- EL CUERPO DEL DELITO COMPARADO EN LOS CÓDIGOS PENALES DEL PAÍS..... | 94 |

| | |
|--|-----|
| 1. Código Federal de Procedimientos Penales..... | 94 |
| 2. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal..... | 94 |
| 3. Legislación Penal para el estado de Aguascalientes..... | 94 |
| 4. Código de Procedimientos Penales de Baja California..... | 95 |
| 5. Código de Procedimientos Penales de Baja California Sur..... | 95 |
| 6. Código de Procedimientos Penales del estado de Campeche..... | 96 |
| 7. Código de Procedimientos Penales del estado de Chiapas..... | 96 |
| 8. Código de Procedimientos Penales para el estado de Chihuahua..... | 96 |
| 9. Código de Procedimientos Penales de Coahuila..... | 97 |
| 10. Código de Procedimientos Penales del estado de Colima..... | 97 |
| 11. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Durango..... | 98 |
| 12. Código de Procedimientos Penales para el Estado de México..... | 98 |
| 13. Código de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato..... | 99 |
| 14. Código de Procedimientos Penales para el estado de Guerrero..... | 99 |
| 15. Código de Procedimientos Penales de Hidalgo..... | 99 |
| 16. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Jalisco..... | 100 |
| 17. Código de Procedimientos Penales de Michoacán..... | 100 |
| 18. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Morelos..... | 101 |
| 19. Código de Procedimientos Penales para el estado de Nayarit..... | 101 |
| 20. Código de Procedimientos Penales del estado de Nuevo León..... | 101 |
| 21. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Oaxaca..... | 102 |
| 22. Código de Procedimientos Penales de Puebla..... | 102 |
| 23. Código de Procedimientos Penales de Querétaro..... | 103 |
| 24. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Quintana Roo..... | 103 |
| 25. Código de Procedimientos Penales de San Luis Potosí..... | 103 |
| 26. Código de Procedimientos Penales para el estado de Sinaloa..... | 104 |

| | |
|--|-----|
| 27. Código de Procedimientos Penales de Sonora..... | 104 |
| 28. Código de Procedimientos Penales para el estado de Tabasco..... | 105 |
| 29. Código de Procedimientos Penales para el estado de Tamaulipas..... | 105 |
| 30. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Tlaxcala..... | 105 |
| 31. Código de Procedimientos Penales para el estado de Veracruz..... | 106 |
| 32. Código de Procedimientos Penales de Yucatán..... | 106 |
| 33. Código de Procedimientos Penales para el estado de Zacatecas..... | 107 |
| 34. Código de Justicia Militar..... | 107 |
| 35. ELEMENTOS QUE COMPRENDE EL CONCEPTO DEL CUERPO DEL DELITO EN LAS DIFERENTES LEGISLACIONES PENALES DEL PAÍS..... | 108 |
| CONCLUSIONES..... | 111 |
| PROPUESTAS..... | 115 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 116 |

ABREVIATURAS

CPP. *Código de Procedimientos Penales*

CFPP. *Código Federal de Procedimientos Penales*

LPA. *Legislación Penal para el estado de Aguascalientes.*

SCJN. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo habla de un tema trascendental en el procedimiento penal mexicano como lo es el concepto del cuerpo del delito, y fue elaborado con los siguientes fines: 1.- Entender el origen y evolución histórica del cuerpo del delito; 2.- Estudiar el proceso de la reforma de los artículos 16 y 19 Constitucionales, que entró en vigor en 1999; 3.- Definir y criticar el concepto actual del cuerpo del delito en la legislación penal mexicana, específicamente en materia federal, tanto a nivel constitucional, como a nivel jurisprudencial; 4.- Realizar un estudio de los inconvenientes procesales y político-criminales que dicho concepto plantea, y; 5.- Tomar una postura sobre una correcta aplicación del cuerpo del delito en el procedimiento penal mexicano.

En el primer capítulo realizamos una breve exposición de la situación actual del concepto de cuerpo del delito en el procedimiento penal mexicano, a fin de definir la problemática actual respecto de la cual versa el presente trabajo.

Una vez definido lo anterior, en el segundo capítulo realizamos un breve estudio de la evolución histórica de dicho concepto, primero de manera general a nivel mundial, y después específicamente en nuestro país, comprendiendo así la evolución constitucional y legal.

Tomando en cuenta que uno de los antecedentes legislativos primordiales del cuerpo del delito en nuestro país, lo constituye la reforma constitucional de 1999 a los artículos 16 y 19 de nuestra carta magna, en el tercer capítulo abarcamos dicho proceso de reforma, expresando los motivos que tuvo el entonces Presidente de la República Mexicana para presentar la iniciativa correspondiente, así como el dictamen del Senado al aprobar la misma, a fin de comprender qué es lo que ellos entendían por el concepto de Cuerpo del Delito.

A fin de entender los elementos que integran el concepto de cuerpo del delito, es necesario estudiar el concepto de tipo penal. En virtud de ello, en el capítulo

cuatro estudiamos la evolución histórica del delito y del tipo penal desde el punto de vista de las corrientes que estudian la Teoría General del Delito, como lo son el Causalismo, el Finalismo y el Funcionalismo, concluyendo con las diferencias entre el tipo penal y el cuerpo del delito.

En el capítulo quinto, estudiamos más a fondo los elementos que integran el cuerpo del delito en materia federal, explicando detalladamente los elementos objetivos o externos, los elementos normativos y los elementos subjetivos, tanto genéricos como específicos.

Una vez que explicamos cada uno de los elementos que integran el cuerpo del delito, en el capítulo sexto analizamos diversos eventos del procedimiento penal en México donde se requiere que se acredite la figura del cuerpo del delito; ello con el fin de comprender la trascendencia del concepto en estudio.

Después de haber establecido cuál es el contenido del concepto del cuerpo del delito en el sistema jurídico penal mexicano, en el capítulo séptimo realizamos una crítica a dicho concepto, realizando algunas propuestas respecto de lo que creemos que debería de entenderse por el mismo.

En el capítulo octavo realizamos un estudio de los diversos conceptos del cuerpo del delito que se encuentran contemplados en las diferentes legislaciones penales de la República Mexicana, realizando un cuadro comparativo en el que se desglosan los elementos que integran dicho concepto en cada una de esas leyes.

CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los temas más importantes en el Procedimiento Penal Mexicano, es el estudio del concepto de cuerpo del delito, y no sólo por la gran variedad de eventos procesales en los que la legislación mexicana requiere que se acredite dicha figura procesal¹, sino además, porque su acreditamiento es indispensable para justificar uno de los actos de molestia más sensibles en contra de los ciudadanos como es la prisión preventiva.

El concepto en estudio en la era moderna, tiene su origen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, pues en el artículo 19 de dicho cuerpo de leyes, se estableció que para dictar un auto de formal prisión, era necesario que se encontrase acreditado el cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad del indiciado.

El texto constitucional no estableció una definición del cuerpo del delito, por lo que la Primera Sala de la SCJN estableció dicho concepto a nivel jurisprudencial, señalando que por cuerpo del delito debía entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyeran la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal².

En 1993 el Constituyente Federal decidió cambiar el texto del artículo 19 de la Constitución, para sustituir el término 'cuerpo del delito' por el de 'elementos del tipo penal', y exigir además, en el texto del artículo 16, que dicho requisito también se actualizase para el dictado de una orden de aprehensión. Al realizar dicha reforma, el Constituyente no señaló en ningún momento que la intención de dicha reforma fuese determinar la corriente de la dogmática penal que seguiría el sistema jurídico penal mexicano (teoría finalista), pero el legislador federal implementó dicha doctrina en el

¹ Tales como la consignación, la orden de aprehensión, el auto de formal prisión, la restitución al ofendido en el goce de sus derechos, la extradición, la declaración de procedencia, por mencionar sólo algunos ejemplos.

² Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte HO, Tesis: 848, Página: 545.

texto del Código Penal Federal, al considerar que el dolo y la culpa, eran los nuevos integrantes del tipo penal, por lo que, para el acreditamiento pleno de éste, debían estudiarse y probarse aquellos elementos.

Dicha sustitución terminológica implicó que, para librarse una orden de aprehensión, o para dictarse un auto de formal prisión, se requiriese que se encontrasen acreditados todos los elementos del tipo penal, es decir, los elementos objetivos, los normativos, y los subjetivos específicos cuando el tipo penal así lo requiriese³.

Por considerar que se estaban exigiendo acreditar demasiados elementos para el dictado de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión, en 1997 el Ejecutivo Federal decidió dar marcha atrás a la reforma de 1993, por lo que propuso susituir en el texto de los artículos 16 y 19 Constitucionales, nuevamente el término 'elementos del tipo penal' por el de 'cuerpo del delito', por lo que para el dictado de la orden de aprehensión y del cuerpo del delito sería necesario que se acreditarasen el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Dicha reforma fue aprobada por el Senado en 1999, sin que se estableciese en el texto constitucional una definición del cuerpo del delito, a diferencia de lo que proponía el Ejecutivo, pero señalándose expresamente en el diario de debates que éste se debería de entender como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley, y que así habría de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado.

El hecho de que el Constituyente Federal no hubiese establecido una definición del concepto del cuerpo del delito y hubiese delegado dicha tarea a las Legislaturas de los Estados, aunado al sistema de gobierno federalista acogido por México (el cual implica dotar de autonomía legislativa, administrativa y judicial, a las

³ Como ya se dijo, en materia federal se requería que se acreditarasen además el dolo y la culpa.

entidades federativas que componen el país en lo concerniente en las materias no comprendidas en la órbita federal), ha originado una gran confusión respecto de lo que debe entenderse por cuerpo del delito, pues dentro de todos los CPP que existen en la República (federal y locales), se han establecido 5 conceptos distintos del cuerpo del delito⁴.

Lo anterior también ha originado confusión entre los abogados postulantes, los doctrinistas, el Ministerio Público y el Poder Judicial, en cuanto a qué debe de entenderse por cuerpo del delito.

Por su parte, el Sexto Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 1956/2000, y al interpretar el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el que se establece el concepto de cuerpo del delito, en relación con el numeral 134 del mismo ordenamiento, sostuvo el siguiente criterio:

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 ultraindicaciones -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 determinaciones⁵.

⁴ a).- Uno que entiende el cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos o externos del hecho delictuoso; b).- otro que lo entiende como el conjunto de elementos objetivos o externos y normativos del hecho delictuoso; c).- uno más como el conjunto de elementos objetivos o externos, normativos y subjetivos específicos del hecho delictuoso, d).- otro como el conjunto de elementos objetivos o externos, normativos, subjetivos específicos y genéricos (dolo y culpa) del hecho delictuoso, y; e) otro que no establece definición del concepto en estudio.

⁵ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Mayo de 2001, Página: 1117, Tesis: I.6o.P.20 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal

El criterio jurisprudencial antes citado contradice la intención que tuvo el Constituyente Federal al reformar los artículos 16 y 19 Constitucionales en 1999, pues de acuerdo a la citada interpretación de los Tribunales Federales, el cuerpo del delito se compone de elementos objetivos, elementos normativos y elementos subjetivos específicos; contrariamente a ello, como se ha dicho, la intención del Constituyente Federal en la reforma de 1999, fue que por cuerpo del delito se entendiese el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley (excluyendo los elementos normativos y los elementos subjetivos específicos).

Algunos autores como Manuel Rivera Silva consideran que por cuerpo del delito deben de entenderse no nada más los elementos objetivos, sino también los normativos y subjetivos específicos, pues *si únicamente se comprobaran los elementos materiales se llegaría en algunas ocasiones a la absurda posición de procesar a sujetos por actos completamente lícitos, además de que en otras, no se podría precisar el delito por el cual se va a seguir el proceso, en virtud de que los elementos materiales de varios delitos son idénticos, como sucede en el homicidio y en el parricidio*⁶.

Coincidimos parcialmente con la crítica hecha por el maestro Rivera Silva, en el sentido de que de seguirse al pie de la letra la concepción propuesta por el Constituyente (que señala que por cuerpo del delito se debe entender únicamente el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley), originaría diversas hipótesis absurdas que al derecho penal no le interesaría castigar.

⁶ RIVERA SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, 6ª.ed, México, Editorial Porrúa, 1973, p.165.

Ello es así ya que existen múltiples tipos penales básicos, que contienen elementos normativos y subjetivos específicos mismos que revelan el carácter antisocial de la conducta descrita y justifican el reproche penal.

Por ejemplo, en el caso del delito de fraude, el cual consiste en la obtención de un lucro a través del engaño, si entendemos por cuerpo del delito únicamente como los elementos objetivos (excluyendo los elementos normativos y los elementos subjetivos específicos), llegaríamos al absurdo de que se pudiera dictar una orden de aprehensión (y en su caso un auto de formal prisión) por conductas completamente lícitas como lo son las deudas de carácter civil, cuestión que al derecho penal no le interesa castigar.

Sin embargo, diferimos de lo señalado por Rivera Silva, pues la autoridad no puede dotar al cuerpo del delito de elementos normativos y elementos subjetivos específicos en algunos casos para evitar los absurdos antes mencionados, y contradecir así la intención del Constituyente de entender el cuerpo del delito únicamente como los elementos objetivos, pues ello sería violar el Estado de Derecho en perjuicio de los gobernados.

En virtud de ello, hemos elaborado esta investigación en torno al concepto del cuerpo del delito, son los siguientes fines: 1.- Entender el origen y evolución histórica del cuerpo del delito; 2.- Estudiar el proceso de la reforma de los artículos 16 y 19 Constitucionales, que entró en vigor en 1999; 3.- Definir y criticar el concepto actual del cuerpo del delito en la legislación penal mexicana, específicamente en materia federal, tanto a nivel constitucional, como a nivel jurisprudencial; 4.- Realizar un estudio de los inconvenientes procesales y político-criminales que dicho concepto plantea, y; 5.- Tomar una postura sobre una correcta aplicación del cuerpo del delito en el procedimiento penal mexicano.

CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CUERPO DEL DELITO

1. Antecedentes generales

Se atribuye a Farinaccio haber introducido la expresión “*Corpus Delicti*” en la temática procedimental, así como la confusión que ha provocado en la doctrina y en la jurisprudencia de América Latina y, particularmente, en México. D’aguesseau sostuvo que “el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo, cuya existencia estuviere establecida por testigos dignos de fe, concordes entre sí y perseverando en sus deposiciones, incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen”⁷, mientras que Ortolán, lo definía como “el conjunto de los elementos físicos, de los elementos materiales, ya sean principales, ya accesorios, de que se compone el delito”⁸.

Oponiéndose a estos conceptos, Ortolán advertía que “no hay que confundir el cuerpo del delito, conjunto de elementos físicos y materiales, con la manera en que puede ser probada, ya sea la existencia del delito mismo, ya la existencia de tal hecho físico, de tal elemento material que ha entrado en su composición. Sea cual fuere el medio de prueba empleado, en nada afecta a la naturaleza propia del cuerpo del delito”⁹.

A fin de sistematizar las diversas posiciones antes enunciadas y evitar confusiones, la doctrina distinguió entre “*Corpus delicti*” y

a).- “*Corpus criminis*”, entendido como la persona o cosa sobre la que se han ejecutado los actos que la ley menciona como delictivos,

⁷ D’AGUESSEAU Apud SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Revista Informativa de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora*. México. http://www.pgjeson.gob.mx/Pdfs/rpjj0203_pg24-33.pdf Página consultada el 29 de Julio del 2007.

⁸ ORTOLAN Apud SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Revista Informativa de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora*. México. http://www.pgjeson.gob.mx/Pdfs/rpjj0203_pg24-33.pdf Página consultada el 29 de Julio de 2007.

⁹ *Ídem*.

b).- "*Corpus instrumentorum*", que hace referencia a la utilización de instrumentos o medios destinados a facilitar la actividad del delincuente y

c).- "*Corpus probatorium*", que está constituido por las piezas de convicción, es decir, por las huellas, rastros y vestigios dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso¹⁰.

Díaz de León explica que:

Para algunos autores es la persona o cosa objeto del delito; para otros, los instrumentos que se emplean para cometerlo; según otros, es la ejecución del delito mismo. Hay quienes han intentado distinguir el cuerpo del delito que sería la persona o cosa que constituye su objeto, de los instrumentos necesarios para su ejecución y de las piezas de convicción dándose como ejemplo de esos tres conceptos, respectivamente, el cadáver de la víctima y cartera sustraída; el revolver y la ganzúa empleados, y las impresiones digitales del autor, en los delitos de homicidio y robo¹¹.

Históricamente, México nunca ha considerado el cuerpo del delito en el sentido que explica Díaz de León. Nuestro país lo ha implementado, por primera vez, para justificar el acto de molestia consistente en la prisión preventiva. No obstante, como veremos en el desarrollo de la presente tesis, el concepto no sólo ha variado en su contenido, sino que ha tenido una función procesal que va más allá del ejercicio de la acción penal, orden de aprehensión y auto de formal procesamiento.

2. Evolución histórica en México.

2.1. Antecedentes legislativos sobre los requisitos necesarios para el dictado de una orden de aprehensión y de un auto de formal prisión.

El cuerpo del delito aparece por primera vez en la legislación mexicana en el año de 1856, dentro del artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República

¹⁰ DÍAZ, Clemente A., *El Cuerpo Del Delito*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1987, pp. 25, 26, 27, 33, 40, 45 y 47.

¹¹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997, p.547.

Mexicana, aunque, sus antecedentes más remotos, se ubican en otra época, como a continuación se explicará.

Sin hablar expresamente del término cuerpo del delito, en el mes de marzo de 1812 las Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación Española, expidieron la primera Constitución Monárquica de España vigente en México hasta septiembre de 1821, en la cual se estableció el primer término equiparable al concepto cuerpo del delito, pues exigía que, para poner en prisión a un español, era necesaria una “información sumaria del hecho” que mereciera pena corporal. Dicho requisito estaba contemplado en el artículo 287 del ordenamiento antes referido, el cual establecía:

Artículo 287.- Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca pena corporal y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de prisión¹².

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada el 24 de octubre de 1824, contempló garantías sobre la libertad de los gobernados, y requería, como exigencia para la detención del gobernado, “una prueba semiplena o indicio de que es delincuente”, al establecer en sus artículos 150 y 151 lo siguiente:

Artículo 150.- Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente.

Artículo 151.- Ninguno será detenido por indicios más de sesenta horas¹³.

El 26 de agosto de 1842, la Comisión Constituyente elaboró un dictamen que contenía los mínimos requisitos para declarar “bien preso” a una persona probable responsable de la comisión de algún delito, el cual específicamente en la fracción VIII de su artículo 5, exigía un auto motivado y que, de la información sumaria, hubiese

¹² *Las Constituciones de México 1814-1991*, 2ª ed., México, H. Congreso de la Unión. Comité de Asuntos Editoriales. H. Cámara de Diputados. LIV Legislatura. Comité de Asuntos Editoriales, 1991, p.584.

¹³ *Ibidem*. pp. 88-92.

resultado que se cometió determinado ilícito, además de que existiere una prueba semiplena que involucrase al acusado con éste. El precepto legal antes mencionado señalaba:

Artículo 5.- ...

... VIII. El detenido no puede ser declarado bien preso sino por un auto motivado, del que se dará copia al reo y a su custodio, y después de practicada una información sumaria, en la que se haya oído al primero, y se le haya instruido de la causa de su prisión y del nombre del acusador si lo hay, y de la que resulte que se cometió un delito determinado y que haya al menos una semiplena prueba plena para creer que el acusado lo cometió¹⁴.

2.2. Evolución constitucional y legal.

La primera aparición legal del cuerpo del delito en México, fue hasta el año de 1856, en que se incluyó dicho concepto en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, promulgado por Ignacio Comonfort, y el que en su artículo 44 establecía:

Artículo 44.- La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y 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 hubiere¹⁵.

Dicho Estatuto tuvo vigencia de un año (hasta 1857), pues quedó desplazado por la Constitución Política de la República Mexicana, cuyo contenido no incluía al cuerpo del delito o algún otro término equiparable.

La siguiente Constitución que entró en vigor en nuestro país fue la de 1917, la cual, inicialmente, no mencionaba el cuerpo del delito como exigencia para el libramiento de órdenes de aprehensión, pues el texto de su artículo 16 establecía lo siguiente:

¹⁴ *Derechos del Pueblo Mexicano a través de sus Constituciones. XLVI Legislatura del Congreso de la Unión*, Tomo IV, p.186.

¹⁵ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1998*, 21ª ed. actualizada, México, Editorial Porrúa, 1998, p.504.

Artículo 16.- ... No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado ...¹⁶

El texto constitucional anterior fue interpretado por la Jurisprudencia de aquella época, en la tesis bajo el rubro "ORDEN DE APREHENSIÓN", la cual señaló que para dictarla no era preciso que estuviera comprobado el cuerpo del delito, sino que sólo se llenasen los requisitos previstos por el artículo 16 Constitucional.¹⁷

Es importante precisar que, en esa época, la única entidad federativa del país que utilizó una fórmula diversa a la Constitución, fue el estado de Hidalgo, pues sus Tribunales emitieron una tesis en la que exigieron la comprobación del cuerpo del delito para el libramiento de las órdenes de aprehensión.¹⁸

En lo que respecta al dictado del auto de formal prisión, la constitución de 1917, hasta antes de 1993, en su artículo 19 establecía que para el dictado dicha resolución (auto de formal prisión), debía acreditarse el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado. Ante la falta de definición de la ley sobre esta figura, la jurisprudencia de la SCJN definió al cuerpo del delito en los siguientes términos:

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 refiere sólo a la culpabilidad,

¹⁶ Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, Febrero 5 de 1917.

¹⁷ Quinta época, Pleno, Tesis 1228, Apéndice 1988, Segunda parte, Página: 1974.

¹⁸ ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN ACREDITARSE PLENAMENTE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO (Legislación 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. (Octava época. Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Semanario Judicial de la Federación Tomo VIII-julio. Página: 186).

*pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito*¹⁹.

*CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal*²⁰.

En la reforma constitucional que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, se modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de la Carta Magna en lo relativo a los requisitos para el dictado de órdenes de aprehensión y autos de formal prisión, respectivamente. Así, la reforma del artículo 19 constitucional, cambió los requisitos para justificar el auto de formal prisión: se sustituyó el acreditamiento de “el cuerpo del delito” por la actualización de “los elementos del tipo penal”. En lo referente al artículo 16 constitucional, se estableció como requisito para el libramiento de una orden de aprehensión el acreditamiento de los elementos del tipo penal, ya que en dicho precepto no se incluía, ni siquiera, el “cuerpo del delito” como presupuesto para el otorgamiento de dicha figura procedimental.

Ante tal modificación, el Código Federal de Procedimientos Penales definió los elementos del tipo penal en el siguiente sentido:

Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad, 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 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

¹⁹ Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo II, Parte HO, Tesis: 845, Jurisprudencia, Materia(s): Penal Página: 544.

²⁰ Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte HO, Tesis: 848, Página: 545.

III.- La realización dolosa 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.

Algunas entidades federativas adoptaron la fórmula federal, mientras que, otras, guardaron silencio al definir a los elementos del tipo penal, señalando, únicamente, que debían acreditarse al emitir una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, pero sin explicar y definir sus elementos componentes.

Posteriormente, en marzo de 1999, la Constitución sufrió una contra-reforma a los anteriores preceptos (la cual prevalece hasta la fecha), en donde se vuelve al estado anterior: se establece como condición para el libramiento de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, el acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado.

Nuevamente, los legisladores secundarios, adaptaron sus leyes a la nueva exigencia constitucional, estableciendo que, para el libramiento de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, debía probarse el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado.

El CFPP se adaptó a tal exigencia, y reformó su artículo 168 en los siguientes términos:

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

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión

dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

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

CAPÍTULO III. PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL.

1. Nota preliminar.

No obstante que el decreto de 1999 por el cual se reformaron los artículos 16 y 19 constitucionales, justificaba claramente la sustitución de “elementos del tipo” por “cuerpo del delito”, con la exigencia expresa de que la legislación secundaria debía dotar a este último con elementos meramente materiales, se conformaron, en los diversos Códigos de Procedimientos Penales del país, cinco conceptos diferentes de cuerpo del delito²¹, con la consecuente problemática que plantea pluralidad de fórmulas legales sobre una misma figura²².

Los CPP de los estados de Aguascalientes, Colima, Guerrero, Jalisco, Nuevo León²³, Tamaulipas, Tlaxcala, y Yucatán, consideran al cuerpo del delito con elementos exclusivamente materiales u objetivos del tipo penal.

Los CPP de los estados de Baja California, Chiapas, Oaxaca, Sinaloa, el Código de Justicia Militar y el CPPF, considera al cuerpo del delito como el conjunto de elementos materiales y normativos del tipo penal.

Los CPP de los estados de Chihuahua²⁴, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guanajuato, Michoacán²⁵, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo²⁶, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Veracruz y Zacatecas, consideran al cuerpo del delito

²¹ Situación que no se explica muy bien, si tomamos en cuenta que, a raíz de la reforma constitucional de 1999, los Procuradores de la República y de los Estados se reunieron para elaborar un texto único que habría de proponerse a las legislaturas respectivas a través del Ejecutivo, para lograr un concepto equilibrado del cuerpo del delito.

²² Ver cuadro de elementos que comprende el concepto del cuerpo del delito en las diferentes legislaciones penales del país, anexo en el capítulo VII del presente trabajo.

²³ El CPP de Nuevo León, contempla dos definiciones del cuerpo del delito dependiendo de la etapa procesal de que se trate: una para el dictado de la orden de aprehensión y detención, del auto de formal prisión y del auto de sujeción a proceso (elementos objetivos, elementos normativos y elementos subjetivos específicos) y otra para las restantes etapas procesales en que deba acreditarse el cuerpo del delito, como, por ejemplo, la consignación, la restitución de derechos al ofendido y el embargo precautorio de bienes para asegurar la reparación del daño (elementos objetivos).

²⁴ El artículo 196 del CPP del estado de Chihuahua, establece, además, que cuerpo del delito es “el evento antijurídico”, por lo que podría exigirse adicionalmente para su actualización, la antijuridicidad del delito.

²⁵ El CPP del estado de Michoacán continúa con el término “elementos del tipo”.

²⁶ El CPP del estado de Quintana Roo continúa con el término “elementos del tipo”.

como el conjunto de elementos materiales, normativos y subjetivos específicos del tipo penal.

Los CPP de los estados de Baja California Sur, Hidalgo y Morelos²⁷, consideran al cuerpo del delito como el conjunto de elementos materiales, normativos, subjetivos específicos y subjetivos genéricos (dolo y culpa) del tipo penal.

El CPP del estado de Campeche no contempla definición de cuerpo del delito.

La fórmula que plantea el CPP del estado de Coahuila merece especial atención por lo confusa de la misma:

Artículo 274.

COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD. El juzgador comprobará las categorías procesales necesarias para ejercitar la acción penal cuando este código lo indique. Para ello verificará:

I. CUERPO DE DELITO. La prueba del cuerpo del delito, a través de la concreción histórica de los elementos del tipo penal que sean materiales o descriptivos y normativos, con inclusión de la culpa en su caso, que sean esenciales para la punibilidad del hecho; los que estimará de manera impersonal.

II. PROBABLE RESPONSABILIDAD. La probable responsabilidad del inculpado. Ésta se conformará cuando: 1) En favor de aquél falte prueba de excluyente de delito por impedir la antijuridicidad o la culpabilidad; y, 2) Haya datos bastantes de una o más formas de intervención típica del inculpado; así como, en su caso, de los elementos subjetivos específicos del tipo penal; igualmente, del dolo y de la culpabilidad de aquél. Para apreciar los elementos subjetivos específicos; el dolo y la culpabilidad; se estará a lo que previenen el código penal y este código.

Existirán datos bastantes: Cuando haya indicios graves que concurren o concuerden sobre el tema a demostrar; sin conindicios de igual eficacia, a menos que se puedan descartar.

²⁷ El artículo 137 del CPP del estado de Morelos define el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en un sólo concepto, sin diferenciar cada uno de ellos, lo que puede generar confusión sobre los elementos de una y otra figura: "Para acreditar el cuerpo del delito y de la responsabilidad penal, se establecerá la adecuación de los hechos investigados con la descripción típica contenida en la Ley, considerando todos los datos que ésta previene; el carácter doloso o culposo de la conducta del inculpado y la intervención que éste tuvo en los hechos que se le atribuyen, bajo cualquiera de las formas de autoría y participación que el Código Penal reconoce. Asimismo se descartará la existencia de causas que excluyan la incriminación del delito o extingan la pretensión, conforme a lo estipulado por el mismo ordenamiento. Para ello, el Ministerio Público y el tribunal podrán emplear los medios de investigación que estimen conducentes conforme a las reglas probatorias contenidas en este Código".

La anterior fórmula es confusa porque la “inclusión de la culpa, en su caso”, en el cuerpo del delito, pudiera interpretarse en dos sentidos: como culpabilidad genérica, que incluiría el dolo y la culpa; o como culpa en estricto sentido (negligencia o imprudencia).

Además, el concepto de la probable responsabilidad del citado CPP de Coahuila complica más la cuestión, porque incluye al dolo y la culpabilidad²⁸ como parte de sus elementos, duplicando, inexplicablemente, por lo menos un elemento en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Por otra parte, el hecho de que la probable responsabilidad incluya los elementos subjetivos específicos del tipo, deja sin explicación lógica el que el cuerpo del delito incluya elementos subjetivos genéricos con exclusión de los específicos.

2. Proceso de reforma constitucional.

La iniciativa presidencial (1997) que originó la última reforma constitucional sobre el cuerpo del delito, proponía hacerla en los siguientes términos²⁹:

Artículo 16.- 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.

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 responsabilidad³⁰.

²⁸ En todo caso, advertimos una falta de técnica legislativa porque debió decir “culpa” en vez de “culpabilidad”.

²⁹ El texto propuesto inicialmente, no fue aprobado en los términos planteados.

³⁰ SOSA ORTIZ, Alejandro, *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, México, Editorial Porrúa, 2003, p.2.

La referida iniciativa su sustentó en lo siguiente:

1.- La reforma de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales, con apego en teorías extranjeras que no corresponden al desarrollo del Derecho Penal Mexicano, impuso mayores requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y el dictado del auto de formal prisión; pues, para ambos, exigió tanto la acreditación de los elementos del tipo penal –objetivos, subjetivos y normativos-, así como de la probable responsabilidad del indiciado. Siendo que, antes, sólo requería la demostración de esta última para el mandamiento de captura y el formal procesamiento exigía además de la comprobación del cuerpo del delito que únicamente comprendía los *'elementos objetivos del delito'*.

2.- Esta mayor exigencia se hizo, aún más rígida mediante la tesis jurisprudencial 6/97 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual estableció que desde el dictado del auto de formal prisión debían, en su caso, acreditarse e invocarse las circunstancias agravantes del delito.

3.- Dicho *'grado excesivo de exigencia probatoria'* al Ministerio Público, que hacía de la fase de preinstrucción un juicio sumario, provocó que se evitara el enjuiciamiento de presuntos delincuentes, con el consecuente aumento de la impunidad. Durante el año de 1997, de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial no se obsequiaron órdenes de aprehensión *'en más del 20 por ciento'*.

4.- La reforma pretende facilitar la justicia en beneficio de la sociedad, reduciendo los requisitos para el dictado de las mencionadas resoluciones.

Las críticas a los argumentos de la iniciativa fueron inmediatas:

Si como lo sostiene la iniciativa presidencial, durante el año de 1997, del total de averiguaciones previas consignadas "no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20 por ciento"; ello no debería ser un dato alarmante, pues significa que

de cada 10 pedimentos, se negaron entre 2 y 3 (pues si fueran 3 se hubiera apuntado 30%), lo cual es del todo ordinario tomando en consideración la habitual deficiente integración de las indagatorias por el representante social. Además, de que la negativa a obsequiar la orden de captura, no siempre deriva directamente de la no satisfacción de los requisitos constitucionales, por insuficiencia probatoria, sino en ocasiones obedece a que está prescrita la acción penal o por no haberse colmado algún requisito de procedibilidad como la querrela, y en otros casos, por considerar que los hechos motivo de la averiguación, al margen de las pruebas insuficientes, no son delictuosos. Circunstancias las anteriores que se encuentran, como ya se dijo, ajenas a la "excesiva" exigencia probatoria que se aduce, trajo consigo la reforma de 1993.

Una proporción diferente a las señaladas, en la actualidad, como la de que se obsequiara el 100% ó 90% de las solicitudes de las órdenes, por el contrario, revelaría que los órganos jurisdiccionales están abdicando de su función, siendo el Ministerio Público quien de *facto* estaría emitiendo las órdenes de judiciales de aprehensión a través de sus pedimentos.

Amén de que, no se destaca el porcentaje de órdenes negadas ni de autos de soltura antes de la reforma de 1993, lo que impide corroborar objetivamente el principal sustento de la contrarreforma en cuestión, esto es, que tal porcentaje aumentó con motivo de la primera.³¹

Dictamen del Senado:

Las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y Estudios Legislativos consideraron:

1.- La exigencia de la reforma de 1993 de acreditar los elementos subjetivos y normativos del tipo penal resulta correcta para una sentencia condenatoria, pero excesiva para una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

2.- La reforma de 1993 acogió la doctrina finalista, cuando el texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal.

3.- Rescatar el concepto de cuerpo del delito anterior a la reforma de 1993 permitirá que autoridades cumplan con sus responsabilidades y a la vez, garantizar

³¹ SOSA ORTIZ, Alejandro *Op. cit.* p. 5

los derechos de los ciudadanos. Por ello, se propone adoptar este concepto en lugar de referir los elementos objetivos del tipo penal.

4.- Dicho concepto, antes de 1993, jurisprudencialmente se definió como “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente en la ley penal”. “Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado”.

5.- Se consideró insuficiente acreditar la mera probabilidad de los elementos del tipo para justificar un acto de molestia en contra de la libertad de la persona.

6.- “Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así debe decirlo la legislación secundaria, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiendo éste como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley; así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se deduzca fundadamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso”.

7.- Con relación al artículo 19 constitucional, el dictamen sostuvo:

En atención a que este acto será el inicio de la prisión preventiva y se privará de la libertad al indiciado, estas comisiones unidas proponen detallar claramente cuales son estos elementos, tal y como se establecía en el texto constitucional anterior a la reforma de 1993, que provenía del Constituyente de 1917. Los que se proponen como elementos de juicio son: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

- a) Con objeto de dar congruencia a la modificación propuesta al texto del artículo 16 constitucional, deberá suprimirse la palabra 'plena', respecto de la acreditación de la 'plena' existencia de los elementos objetivos del tipo penal para la emisión del auto de formal prisión, es incongruente con la reforma propuesta al artículo 16 constitucional. De ser así, se desnaturalizaría el juicio penal, ya que la convicción plena es propia de la parte final del proceso una vez desahogadas las pruebas”.

3. Nuestra crítica a la iniciativa presidencial y al dictamen del Senado.

Es posible que la reforma constitucional de 1993 haya estado inspirada en la teoría final de la acción, pero es equivocada la percepción de la iniciativa presidencial y el dictamen del Senado en cuanto a que, con tal reforma, se adoptó una teoría extranjera y que, por ende, se impusieron mayores requisitos para el dictado de la orden de aprehensión y el dictado del auto de formal prisión, al exigirse, para ambos, el acreditamiento de elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo.

Ello es así porque, dicha reforma constitucional, únicamente sustituyó el cuerpo del delito por los elementos del tipo, sin consigna expresa para el legislador secundario de incluir al dolo y la culpa como parte de los elementos del tipo, por lo que, en todo caso, fue el legislador federal el que implementó la teoría final de la acción en el sistema penal federal, pero el ejemplo más claro de que la reforma constitucional nada tuvo que ver en tal cambio, fue que, muchas entidades federativas, mantuvieron el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad y al sistema causalista como método de estudio del delito.

La reforma constitucional de 1993 no necesariamente implicó una mayor carga probatoria para la autoridad al emitir una orden de aprehensión o auto de formal prisión, porque, antes de la reforma, algunas legislaciones llegaron a equiparar al cuerpo del delito con elementos del tipo penal, con idéntica carga probatoria para emitir las mencionadas resoluciones judiciales³².

Así lo explica Sosa Ortiz, al considerar que:

³² En ese sentido, Miguel Ángel Soto Lamadrid, al considerar que "la reforma (1993) no constituyó una innovación en el tema de los requisitos procesales para el dictado del auto de formal prisión, ya que desde 1983 había quedado establecido en los Códigos Adjetivos Penales de la Federación y del Distrito Federal, que se tendría por comprobado el cuerpo del delito 'cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal'. (SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Revista Informativa de la Procuraduría General del Justicia del Estado de Sonora, p. 28).

...desde la modificación del año de 1983, al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, y de 1984, al artículo 122 del Código Distrital de la materia³³ (y posteriormente a la mayoría de los ordenamientos respectivos de las distintas entidades federativas), se suprimió la limitación que tenían estos preceptos de que los elementos que constituían el hecho delictuoso a través de los cuales se tendría por comprobado el cuerpo del delito, serían sólo los "materiales"; con lo que se entendió que también quedaban comprendidos los elementos subjetivos y normativos que eventualmente contuvieran los tipos penales³⁴.

La sustitución constitucional de 1999 de elementos del tipo por el cuerpo del delito, no implicó –ni implica- necesariamente aligerar la carga probatoria para librar órdenes de aprehensión y dictados de auto de formal prisión, porque muchos Códigos Procesales Penales vigentes en el país, consideran al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos, normativos y subjetivos (genéricos y específicos), con la consecuente carga probatoria que implica acreditar tales elementos.

Tampoco coincidimos con el argumento del Senado en el sentido de que, "el rescate del cuerpo del delito, permitiría que las autoridades cumplan con sus responsabilidades", porque no debería ser pretexto el nivel de carga probatoria para que la autoridad cumpla cabalmente con las responsabilidades legales a su cargo³⁵.

Es completamente infundado el hecho de que, una teoría extranjera como la finalista, no corresponda al Derecho Penal Mexicano³⁶, porque los avances científicos en el método de estudio de delito no deberían tener fronteras, y bastaría

³³ Con motivo de dichas reformas, Sergio García Ramírez dijo: "Superando interpretaciones parciales o encontradas, ha quedado de manifiesto, en la letra de la ley, que el cuerpo del delito equivale al conjunto que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso. Esto abarca, pues, los generalmente llamados elementos objetivos o materiales, subjetivos o normativos, conforme a la descripción típica contenido en el Código punitivo o en una ley especial" (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Justicia y Reformas Legales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, p. 226).

³⁴ SOSA ORTIZ, Alejandro *Op. cit.* p. 7.

³⁵ En todo caso, nos parece que la iniciativa y la reforma estuvieron plagados de argumentos sumamente cómodos, porque, en nuestra opinión, una seria capacitación a la autoridad en materia penal hubiera aligerado esa "excesiva exigencia probatoria", y la hubiera hecho entender de un sistema (finalista) que, hoy por hoy, tiene una ventaja garantista sumamente amplia sobre la causalista defendida por el Constituyente.

³⁶ Díaz Aranda comenta que "el cuerpo del delito es un término procesal cuyo concepto se ha buscado en la dogmática penal y, por tanto, su contenido puede variar conforme al sistema penal que se aplique. Por ello, el legislador de 1998-99 se equivocó al afirmar que la doctrina finalista ha impedido la debida impartición de justicia en México, pues dicho sistema nos sirve para analizar con una mejor estructura si una conducta o no es constitutiva de delito. Pero los mismos niveles y elementos se estudian empleando tanto el sistema clásico o neoclásico, conocidos como causalismo, como aplicando el sistema final de la acción o, incluso el más moderno, el sistema funcional y lo único que cambiará al emplear uno u otro sistema serán los presupuestos o fundamentación de los cuales se parta para el análisis y, en ocasiones, el orden en que se estudien los elementos de los tres niveles del delito" (DÍAZ ARANDA, Enrique, "Detener, consignar y ¿en el proceso averiguar?", *Criminalia*, México, Año LXV. No. 1 Porrúa, 1999. p.50.)

como ejemplo el destacar que, los tribunales mexicanos, se enfrentan con dificultades serias al aplicar la teoría causalista en el estudio del delito, pues ésta no puede explicar satisfactoriamente casos de tentativa o participación criminal³⁷.

Pero la equivocación más grande del Constituyente es haber identificado al cuerpo del delito con la corriente causalista de la acción, y a los elementos del tipo con la teoría finalista, porque, como dice Gerardo Urosa Ramírez:

Se debe eliminar la idea de que cuando nos referimos a 'elementos que integran el tipo' estamos siguiendo lineamientos finalistas y cuando se hace alusión al 'cuerpo del delito' se toma una postura causalista o tradicional, pues como se ha dicho, la utilización del término 'tipo penal' no es exclusivo del finalismo, ya que se trata de un concepto sumamente estudiado por los causalistas, e incluso, con antelación al surgimiento del finalismo. Asimismo, no podemos atribuir al concepto 'cuerpo del delito' necesariamente una filiación tradicional, pues tratándose una categoría procesal, el jurista puede nutrirlo con el contenido dogmático que considere más adecuado, ya sea de acuerdo al modelo causalista, lógico-matemático, finalista, funcionalista, etcétera"³⁸.

En todo caso, la corriente finalista de la acción o causalista del delito no deberían haber incidido en el pensamiento del Constituyente para la reforma constitucional, porque ello debería ser un tema del estudio del delito en la sentencia definitiva y no para cuestiones procesales³⁹. Y es que es perfectamente compatible un cuerpo del delito conformado exclusivamente de elementos objetivos para justificar una orden de aprehensión o auto de formal prisión, y el estudio definitivo de ese delito con el método finalista de la acción, es decir, considerando al dolo y a la culpa dentro de los elementos del tipo penal.

En nuestra opinión, las mencionadas reformas constitucionales de 1993 y 1999 han sido en gran parte inútiles⁴⁰, porque la idea concebida por el Constituyente

³⁷ *Vid infra* la crítica al cuerpo del delito.

³⁸ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *Cuerpo del delito y probable responsabilidad*, 2ª ed, México, Editorial Porrúa, 2004, pp.152-153.

³⁹ Además de que el legislador secundario siempre estará en libertad de establecer dogmáticamente el criterio doctrinal en el estudio del delito que considere conveniente, a menos que, la Constitución, se lo impusiera de manera expresa en su articulado.

⁴⁰ Coincidimos con Miguel Soto Lamadrid cuando dice que "Lo verdaderamente trascendente de la reforma de 1993, fue la ampliación de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión previstos en el artículo 16 Constitucional" pues el texto original únicamente exigía, para dictar dicha resolución, que existiera denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con penal corporal, y que estuvieran apoyadas por declaración de persona digna de fe o por

al implementarlas, nunca se cristalizó debidamente en la legislación secundaria. Fue completamente ocioso que, en la reforma de 1993, se sustituyera el cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, con la idea de implementar la corriente finalista en el Derecho Penal Mexicano, cuando muchos Códigos Procesales Penales del país no captaron la idea del Constituyente, y dejaron fuera del tipo penal al dolo y a la culpa⁴¹.

Con la reforma constitucional de 1999 sucedió lo mismo, pero fue más desafortunada, pues generó 5 conceptos diferentes del cuerpo del delito a lo largo del país, en contra de los deseos del Constituyente, de construir (bajo una serie de argumentos que no compartimos) un cuerpo del delito con elementos estrictamente objetivos del tipo penal. Tampoco logró su cometido de retroceder a la teoría causalista de la acción, porque muchos CPP siguen considerando al dolo y a la culpa no solo dentro de los elementos típicos, sino como partes del cuerpo del delito.

Finalmente, estamos de acuerdo que la Constitución no es lugar para dar connotaciones terminológicas, pero, en materia de garantías de seguridad jurídica, no nos debería importar romper con tal principio. La experiencia nos ha demostrado las graves consecuencias que han surgido por la diversificación de criterios y fórmulas sobre el cuerpo del delito. Esto debería tomarse con más seriedad si lo entendemos como una fórmula legal para justificar uno de los actos de molestia más sensibles en contra de los ciudadanos: la prisión preventiva.

Por ello es que, la definición del cuerpo del delito en la Constitución, lejos de ser un elemento incómodo de la misma, hubiera servido para dar seguridad jurídica a

otros datos que hicieran probable la responsabilidad del inculcado. Y agrega: "El texto modificado por la reforma de 1993, tomó la profunda afectación psíquica y social de individuo aprehendido por orden judicial, cuando ni siquiera el delito que se le imputaba estaba comprobado y menos, todavía, la responsabilidad". (SOTO LAMADRID, Miguel Ángel *Op. cit.* p. 29).

⁴¹ En opinión de Miguel Ángel Soto Lamadrid, la reforma constitucional del 1993 no pretendía implementar la teoría finalista del acci3n en el Derecho Penal Mexicano, sino que lo hizo por iniciativa propia el legislador federal: "Hemos culpado durante muchos años a la reforma Constitucional de 1993, de la impunidad derivada de las extremas exigencias procesales para dictar la orden de aprehensi3n o el auto de formal prisi3n, como resulta de la exposici3n de motivos de la reforma propuesta por el Ejecutivo a finales de 1997, siendo que el error o el exceso se escondían en el C3digo de Procedimientos Penales". (SOTO LAMADRID, Miguel Ángel *Op. cit.* p. 30). En sentido opuesto, parte de la doctrina (así como el proyecto de reforma constitucional de 1999) afirma que el Constituyente al implementar los elementos del tipo penal en los artículos 16 y 19 de la Carta Magna, tenía la firme intenci3n de modernizar el Derecho Penal Mexicano bajo la direcci3n de la teoría finalista de la acci3n.

los gobernados, al tiempo que hubiera evitado muchos de los dilemas jurídicos que son materia de este trabajo y que aquejan cotidianamente a los tribunales del país.

4. Cuerpo del delito en los artículos 16 y 19 constitucionales vigentes.

Finalmente, y como resultado del proceso de reforma constitucional de 1999, el cuerpo del delito se acuñó en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los siguientes términos:

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 de procedimiento.

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

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

CAPÍTULO IV. TIPO PENAL Y CUERPO DEL DELITO.

1. Nota preliminar.

El tipo penal y el cuerpo del delito son instituciones ligadas íntimamente, al punto de que, por el menos en México, llegan a equiparse en sus elementos en algunos CPP. Por ello es que conviene hacer una breve y esquemática reseña de la evolución histórica de ambos, para después establecer sus diferencias y elementos componentes.

2. Antecedentes del tipo penal.

El antecedente más remoto del tipo penal, recae en la figura del *corpus delicti*, concebido por Farinaccius (1581), como la totalidad de las huellas externas producto de la comisión de un delito determinado, y posteriormente, a principios del siglo XIX, como conjuntos de elementos configurativos del delito⁴².

No obstante, el tipo penal (o *tatbestand*), como descripción de la conducta como acreedora de una sanción penal, aparece por primera vez en el esquema del delito elaborado por Ernest Beling. El término *tatbestand*, significa “supuesto de hecho”; aunque, en Hispanoamérica, nos referimos al “tipo”, vocablo introducido a la Doctrina Latinoamericana por el profesor Luis Jiménez de Asúa⁴³.

Mariano Jiménez Huerta explica que:

No obstante haber sido Beling quien, por primera vez, teorizó sobre el tipo delictivo, sus elementos conceptuales fueron conocidos con anterioridad y de uso frecuente. La más profunda raíz histórica del tipo hállase en el concepto de *corpus delicti*

⁴² Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General*, traducido por Gladis Romero, Madrid, Editorial Edersa, 1982, p. 61.

⁴³ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Tipo y Error, en Estudios de Derecho Penal y Política Criminal*, México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, S.A., 1989, p.99.

contenido en las viejas leyes y que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. Y así Hall subraya que la doctrina del tipo ha surgido del concepto *corpus delicti*. Antolisei estima que hay en ella una reminiscencia de este viejo concepto procesal, y Jiménez de Asúa también expresamente reconoce y proclama que el tipo legal penal ha surgido del *corpus delicti*. Tan autorizadas y contundentes afirmaciones están respaldadas por el pensamiento Pietro Ellero, pues, al esclarecer los tres diversos sentidos y acepciones de la expresión cuerpo del delito, manifiesta que, en primer término, el cuerpo del delito –existe en todos ellos- es la acción punible, esto es, el hecho objetivo⁴⁴.

3. Evolución histórica del delito y tipo penal.

3.1. EL ESQUEMA OBJETIVO-SUBJETIVO (CAUSALISMO).

3.1.1. *El esquema conducta, antijuricidad y culpabilidad (Liszt)*.

Liszt sustenta la idea de un injusto objetivo y una culpabilidad psicológica. “Para este criterio el injusto se componía con la causación física de un resultado socialmente dañoso y la culpabilidad era la causación psíquica de ese mismo resultado, que podía asumir la forma de dolo (cuando se quería causar el resultado antijurídico) o de culpa (cuando el mismo sobrevenía como consecuencia de imprudencia o negligencia). Lo que se debía investigar en definitiva para saber si había un delito eran dos nexos causales: uno físico (¿causó la conducta el resultado?) y otro psíquico (¿hay una relación psicológica entre la conducta y el resultado?)”⁴⁵.

3.1.2. *El modelo objetivo-subjetivo y la punibilidad (Liszt)*.

Como todavía dentro del injusto no se distinguía la tipicidad de la antijuricidad, había muchísimas conductas antijurídicas que no eran delitos, por lo que se hizo necesario agregar otro elemento: la punibilidad. Luego, el delito se conceptuaba como conducta antijurídica, culpable y punible:

⁴⁴ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 1983, p.27.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas Editor, 1994.

- a) La conducta, entendida como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.
- b) La antijuricidad, entendida como causación física de un resultado socialmente dañoso.
- c) La culpabilidad, entendida como la relación psicológica entre la conducta y el resultado, en forma de dolo o culpa.
- d) La punibilidad, entendida como el sometimiento a una pena específica.

3.1.3. El modelo objetivo-subjetivo y la tipicidad (Beling).

Sin alterar para nada el esquema analítico objetivo-subjetivo, Ernest Von Beling enunció en 1906 su teoría del tipo penal, en la que distinguió dentro del injusto objetivo la tipicidad de la antijuricidad. De este modo, la prohibición era de causar el resultado típico, y la antijuricidad era el choque de la causación de ese resultado con el orden jurídico, que se comprobaba con la ausencia de todo permiso para causar el resultado. *V. gr.*, si alguien privaba de la vida a otro, cometía una conducta típica, ya que el acto encuadraba perfectamente en el tipo penal de homicidio; sin embargo, dicha conducta típica podía no ser antijurídica, en el caso, por ejemplo, de que el sujeto activo hubiera actuado en legítima defensa.

Consecuentemente, el delito pasó a ser definido como una conducta típica, antijurídica y culpable:

- a) La conducta, entendida como la voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.
- b) La tipicidad, entendida como la prohibición de la causación del resultado.
- c) Antijuricidad, entendida como la contradicción entre la causación del resultado prohibido y el orden jurídico.
- d) Culpabilidad, entendida como la relación psicológica entre la conducta y el resultado, en forma de dolo o culpa.

3.1.4. La falta de nexo psicológico en la culpa inconsciente y la culpabilidad normativa –Teoría Mixta– (Edmund Mezger).

El esquema objetivo subjetivo de Liszt-Beling fue puesto en duda sobre la base de que en ciertos delitos no hay relación psicológica alguna entre la conducta y el resultado. Esto sucedía en los casos de culpa inconsciente, especialmente en los llamados “delitos de olvido”. *V. gr.*, un sujeto se marcha a ver un espectáculo y olvida en su casa la llave del calefactor abierta, causando una explosión que hiera al vecino, con lo que incurre en responsabilidad penal a pesar de que no hay relación psicológica entre la conducta de “marcharse a ver un espectáculo” y el resultado “vecino herido”.

3.1.5. El modelo de la antijuricidad objetiva-subjetiva (elementos subjetivos del injusto).

Ante la necesidad de conceptualizar de modo diferente la culpabilidad, empezó a abandonarse el esquema objetivo-subjetivo que se venía manejando, volviéndose al esquema estructural sostenido por Aristóteles, de tal suerte que, Frank, en 1907, estableció que la culpabilidad contiene una relación psicológica en los casos en que ésta existe, y en los casos de los delitos en donde no existe dicho nexo, su esencia radica en la reprochabilidad de la conducta. Esta teoría normativa de la culpabilidad (que en realidad es una teoría mixta) incorpora elementos objetivos a lo que hasta entonces se había considerado meramente subjetivo, porque para reprocharle a alguien lo que ha hecho, no puede eludirse tomar en cuenta consideraciones objetivas.

Además, hacia 1910, se observó que para precisar la tipicidad de ciertas conductas no quedaba otro recurso que tomar en cuenta aspectos subjetivos, los cuales se llamaron, “elementos subjetivos del injusto”. Por ejemplo, “el propósito” de

ocultar la deshonra en el caso del infanticidio, “el ánimo” de obtener un lucro indebido en el fraude, etcétera.

Ambas teorías (la culpabilidad normativa y los elementos subjetivos del injusto) rompieron el esquema objetivo-subjetivo y lo llevaron a ser reemplazado por otro que señala que el injusto es un juicio de desvalor del acto y la culpabilidad el reproche que de este acto desvalorado se le hace al autor por haber podido en forma exigible actuar de otra manera (Edmund Mezger).

Esta teoría coincidía con la de Beling en cuanto a los elementos que integraban el delito: conducta típica, antijurídica y culpable; sin embargo, dichos elementos, particularmente la tipicidad y la culpabilidad, variaban en cuanto a su conceptualización:

- a) La conducta, entendida como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.
- b) La tipicidad, como prohibición de la causación del resultado, que eventualmente también tomaba en cuenta elementos subjetivos.
- c) La antijuricidad, entendida como contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico.
- d) La culpabilidad, entendida como reprochabilidad, pero conteniendo también el dolo y la culpa.

3.2. LA CORRIENTE FINALISTA DE LA ACCIÓN (Hans Welzel).

El finalismo nace a partir de 1920, época en la que se fueron haciendo rectificaciones a la Teoría General del Delito.

El finalismo no nace ni se conforma como una corriente independiente o autónoma de la teoría causal de la acción, sino más bien debe concebirse como una

etapa evolutiva de ésta, surgida a partir de que varios estudiosos de la dogmática jurídica penal, encontraron que el esquema tradicional causalista acusaba defectos en diversos órdenes que merecían ser objetos de rectificaciones; por ejemplo: se constató, como ya se expuso, que en los delitos de culpa inconsciente no existía nexo psicológico entre la conducta del sujeto activo y el resultado, y que, por consecuencia, la concepción psicologista de la culpabilidad resultaba inepta para solucionar cuestiones de esa índole. Igualmente, se descubrió que en algunos casos, aun existiendo dolo, no era posible declarar la culpabilidad respecto de sujetos a los que les era racional y legalmente imposible conducirse dentro de los cánones del Derecho Penal, pues tal exigencia implicaba obligarlos a lo heroico, de manera que existió la necesidad de fundamentar la culpabilidad, ya no sólo desde el punto de vista psicologista, sino además desde la perspectiva normativa o valorativa.

Por otra parte, se llegó a la conclusión de que la antijuricidad no era como se pensaba, en todo caso de naturaleza objetiva, y que ocasionalmente existía la necesidad de revestirla con caracteres intelectuales en orden a la antijuricidad, es decir, de los llamados “elementos subjetivos del injusto”; por ejemplo: en el delito de abusos deshonestos se hizo menester especificar, en el tipo correspondiente, que los tocamientos lúbricos tenían que llevar como propósito el *animus* erótico sexual, pues de otra suerte, cualquier conducta que implicara tocar a alguien, *verbigracia*, los auscultamientos médicos, podrían confundirse con ese el delito.

No se trató, en síntesis, de una corriente o escuela que estimara desdeñables todos los estudios realizados con anterioridad a su nacimiento o que considerara obsoletos la generalidad de los postulados de la teoría causal, sino de un estadio evolutivo en el que se percibió que algunos aspectos del modelo tradicional requerían ser reubicados o redefinidos.

3.2.1. Fundamento filosófico de la teoría finalista de la acción.

Hans Welzel, a quien se le atribuye la paternidad de la corriente finalista de la acción, se apoyó en estudios aristotélicos desarrollados, en 1780, por Samuel Puffendorf, relativos a la acción humana, en los cuales se concluyó que la conducta no se reducía a un movimiento corporal voluntario que produjera mediante la puesta en marcha de una causalidad ciega o mecánica, la producción de un resultado, sino que, concebía que toda actividad humana, como consecuencia del intelecto, la capacidad de abstracción y de prevención del hombre, era dirigible, es decir, orientable finalísticamente.

3.2.2. Estructura del delito de acuerdo con la corriente finalista de la acción.

La teoría del delito elaborada por Welzel guarda idéntica estructura que la concebida desde la perspectiva causalista e idéntico orden de prelación de sus elementos. Esto es, el delito es entendido como una conducta típica, antijurídica y culpable, sólo que el contenido de esos elementos es diferente.

La conducta no únicamente se entiende sincrética y acromática, sino además finalística, aunque esta última característica se refleja al abordar el análisis de la tipicidad.

El tipo, además de los elementos objetivos, subjetivos y normativos y de las referencias temporales, espaciales, ocasionales y personales, invariablemente está conformado por el dolo y/o la culpa, pues es parte de la premisa fundamental de que el ordenamiento jurídico penal, tiene como propósito concretar conductas lesivas e intereses colectivos, sin separarlas de su contenido.

En consecuencia, la antijuricidad reviste, ya no sólo de manera ocasional, sino permanente, naturaleza subjetiva, en razón de que se incorporan al tipo penal, el dolo y la culpa.

La culpabilidad, al tener que prescindir del dolo y la culpa como formas esenciales de manifestación, pierde su índole psicologista y se construye sobre la base puramente normativa.

En consecuencia, esta teoría explica que el hombre, gracias a su saber causal, es capaz de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de sus acciones; proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su comportamiento conforme a los planes previamente trazados; en otras palabras, la conducta es vidente y no ciega desde el punto de vista causal, como sucede en los acontecimientos generados por los fenómenos naturales. Por ejemplo, un rayo cae sobre una casa y la incendia hasta consumirla en razón de que entre ésta y una nube se generó la máxima tensión eléctrica que produjo la descarga; este proceso volvería a repetirse en la medida en que las condiciones que determinaron la cadena causal se reprodujeran. En cambio, quien decide privar de la vida a otro, elige los medios con los que habrá de realizar su acción y en un proceso más o menos prolongado planea la forma de ejecución, calculando, además, los efectos concomitantes; en todo este acontecer se aprecia que la conducta humana contra lo que afirmaba la corriente causalista de la acción, no es mecanicista sino conducible o dirigible finalísticamente.

3.2.3. Etapas de la acción finalista

3.2.3.1. Primera etapa

Ésta transcurre totalmente en la esfera del pensamiento y se inicia con la anticipación del fin que el autor quiere realizar, la selección de los medios para la

consecución de ese fin y una ponderación de los efectos concomitantes que resulten probables o van unidos a la realización de la acción. El cálculo de esos efectos concomitantes, pueden inducir al actor a reducir los medios de ejecución con el fin de impedir determinados efectos concomitantes no deseados; o por el contrario, puede llevar al agente a que incluya la utilización de los medios originalmente concebidos, porque ello le asegura la producción del fin esperado (efectos concomitantes no es otra cosa que dolo eventual o culpa consciente).

Ejemplo: A y B planean robar a X, y convienen en que para lograrlo existe necesidad de neutralizarlo físicamente; en principio consideran atarle un cinto al cuello, pero cuentan con que tal proceder podría producirle la muerte por asfixia, por ende, descartan el uso del cinturón y coinciden en utilizar un pequeño saco de arena para aturdir a X. En principio, ejecutan el hecho de acuerdo al plan concebido, sin embargo, el golpe con el saco no logra neutralizar a X, entonces lo estrangulan con el cinto hasta hacerlo perder el conocimiento, y le dejan atado el cinto al cuello; después de recoger el botín aflojan el cinto y se percatan que X ha muerto por asfixia. Dado que los activos contaban con ese desenlace, la muerte de X como efecto concomitante les es atribuible de manera finalista.

3.2.3.2. Segunda etapa

Esta se realiza en el plano histórico real, y tiene lugar cuando el autor, de acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el cálculo de los efectos concomitantes, realiza la conducta poniendo en movimiento, conforme al plan previamente trazado, los factores causales que habrán de producir el resultado esperado.

La concepción de que la conducta comprende la anticipación del fin, la selección de los medios y el cálculo de los efectos concomitantes, explican sobradamente las razones por las que el dolo directo, de consecuencias necesarias y

eventual, deben quedar reflejados en el tipo, pero la inclusión de la culpa como contenido de la voluntad requirió otra justificación. Welzel admite que la corriente finalista en principio no había comprendido al delito culposo como producto de una acción finalista; la crítica se encamina a que: “como en el tipo culposo la conducta prohibida no se individualiza por el fin en sí mismo, el tipo culposo no individualiza conductas finales”⁴⁶.

Posteriormente, se justificó la culpa dentro del tipo, en el sentido de que “... en el tipo culposo el fin no cuenta por sí mismo, porque la prohibición se funda en que la selección mental de los medios viola un deber de cuidado, y la cadena causal termina en un resultado que de no haberse violado el deber de cuidado no se hubiera producido”⁴⁷.

Ejemplo: dos automóviles, A y B, son conducidos por una carretera en sentido contrario uno del otro, pero en la debida dirección; A, guardando el cuidado debido conduce su automóvil por dentro de la franja de su carril al transcurrir la curva; por su parte B en el mismo trayecto, es decir, al tomar la curva, invade el carril contrario, propiciando el impacto de los dos automóviles. En este ejemplo, se aprecia que el conductor del vehículo A orientó finalísticamente su conducta, de manera equivalente a una acción que se considera modelo rector del cuidado debido, mientras que el conductor del vehículo B se apartó voluntariamente de la acción rectora; finalísticamente B no buscó el resultado producido, pero voluntariamente realizó la conducta, y la culpa, es contenido de la voluntad; para representarlo de alguna forma, se podría decir que hay dolo respecto a la conducta y culpa en cuanto al resultado.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio *op. cit.*, p.467.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 468.

3.3. SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA EN EL ESTUDIO DEL DELITO.

3.3.1. Generalidades.

En la década de los setenta del siglo XX, el jurista alemán Claus Roxin expone en su *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, la teoría funcionalista como un sistema de estudio del Derecho Penal. Evidentemente, esta nueva sistemática surge como resultado de problemas que las teorías causalista y finalista de la acción se veían en imposibilidad de resolver. En opinión de Roxin, estos dos modelos (causalista y finalista) “fundamentan el sistema de Derecho Penal en categorías ónticas, libres de valores, inmunizadas desde el principio contra objetivos sociales y político-criminales”⁴⁸.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española establece que *funcional* “es una obra o técnica adecuada a sus fines”. De ahí el nombre de *funcionalismo*, ya que éste es el “sustantivo más adecuado en el idioma español para denominar a un sistema de Derecho Penal eficazmente estructurado sobre las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena”⁴⁹.

Esta sistemática intenta estructurar las distintas categorías del Derecho Penal bajo aspectos de política criminal. “Dos son las innovaciones centrales del funcionalismo para dar un cambio casi copernicano a la teoría del delito: la teoría de la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imposición de la pena”⁵⁰.

⁴⁸ DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Dolo*, México, Editorial Porrúa, 2000, p.78.

⁴⁹ *Ibidem* p.80.

⁵⁰ *Idem*.

3.3.2. La Imputación Objetiva del Resultado.

“Frente a las concepciones ontológicas del tipo, como el causalismo y el finalismo, «la teoría de la imputación objetiva» otorga al tipo un contenido claramente valorativo. Ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal. Es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma (...). La otra consecuencia tiene mayor importancia práctica: a pesar de que una conducta se pueda subsumir formalmente en el tipo penal, sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el «fin de protección de la norma penal». Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes al derecho penal”⁵¹.

La teoría causalista de la acción da por acreditado el tipo objetivo, en tanto exista relación de causalidad entre la conducta y el resultado; para la teoría de la imputación objetiva, sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana, cuando dicha acción ha creado un *peligro jurídicamente desaprobado* que se ha realizado en el resultado típico.

Ejemplo 1: Un policía deja su pistola en un cajón de la cómoda de su dormitorio. Su hijo y un amigo, ambos menores de edad, la encuentran y comienza a jugar con ella con tan mala fortuna que se dispara hiriendo gravemente al amigo de su hijo. Los causalistas comprueban que existe una relación de causalidad entre el hecho de haber dejado el arma y el resultado de lesiones; establecen, con ello, el tipo objetivo de lesiones. La teoría de la imputación objetiva no se conforma con dicha relación causal. Exige, también, la creación de un riesgo objetivo. Es decir, si el abandonar el arma crea un riesgo objetivo para la producción de ese resultado, entonces se puede imputar objetivamente a esa conducta el tipo de lesiones.

⁵¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la Imputación Objetiva*, México, Ángel Editor, 2000, pp. 7-8.

Ejemplo 2: A envía a B, en plena tormenta, a recoger determinados utensilios en el bosque con el deseo de que lo mate un rayo, lo que en efecto acontece. En este caso existe relación de causalidad. Para los causalistas se cumple con el tipo objetivo de homicidio. Para la teoría de la imputación objetiva no se actualiza el tipo objetivo, puesto que A con su conducta no sobrepasa el riesgo permitido: la gente no se abstiene de pasear porque haya una tormenta. Dicho de otra forma, el presupuesto por el que se genera el proceso causal no es relevante al Derecho Penal.

“De acuerdo con lo dicho, los causalistas se limitaban a contestar a la siguiente interrogante: ¿C es la causa eficiente del resultado R? La teoría de la imputación objetiva, por el contrario, se pregunta: ¿Esa relación de causalidad es la que quiere ser evitada por el ordenamiento jurídico? El problema, por tanto es doble: primero, establecer la existencia del nexo causal; segundo valorar su relevancia penal”⁵².

“Así pues, el juicio de imputación objetiva se compone de dos elementos:

”a).- Como presupuesto, la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

”b).- El resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción”⁵³.

Según esta teoría, “el riesgo debe suponer una *posibilidad objetiva de pretender* la realización del resultado típico. Con ello no se quiere aludir a una pretensión subjetiva del resultado –si hubo dolo o imprudencia-, sino que el resultado se pueda concebir dispuesto finalmente”⁵⁴.

⁵² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Barcelona, Editorial Praxis, 1999, p. 162.

⁵³ *Ibidem* pp. 168-169.

⁵⁴ *Ibidem* p. 169.

Los riesgos adecuados socialmente, “son los que sin constituir una infracción del deber objetivo de cuidado, la experiencia nos dice que antes o después pueden llegar a lesionar un bien jurídico. Así, la mujer que se separa de su marido actúa de forma socialmente adecuada aunque sospeche que el abandono pueda provocar el suicidio de aquél; el organizador de una carrera de motos actúa en los mismos términos aunque prevea que en el curso de la misma se producirá algún accidente”.⁵⁵ En síntesis, se trata de riesgos irrelevantes jurídicamente.

Orellana Wiarco, expone claramente que en la imputación objetiva operan tres criterios generales:

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

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

c).- Que el resultado esté comprendido dentro del fin de protección de la norma o del alcance del tipo penal, es decir, sólo le es imputable objetivamente un resultado a un sujeto, si ese resultado está considerado dentro del ámbito del bien jurídico tutelado por la norma. De este modo, por ejemplo, si “A” conduce una motocicleta y lleva a “B” como pasajero, lo cual está prohibido por el reglamento de tránsito, si después “C” conduciendo un automóvil en forma negligente o imprudentemente atropella a la motocicleta y “B” muere, la responsabilidad es exclusiva de “C”, pues a pesar de que “A” infringió la prohibición de llevar pasajeros en la motocicleta regla establecida para la seguridad del propio motociclista, el atropello de “C” es un resultado ajeno a la protección de la norma de tránsito sobre prohibición de 2 pasajeros en una motocicleta”⁵⁶.

⁵⁵ *Ídem.*

⁵⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, 9ª ed., México, Editorial Porrúa, 2000, pp. 179-180.

Sobre este último caso, es muy ilustrativo el ejemplo de Gimbernat Ordeig, “en el supuesto de quien conduce por una zona escolar a 60 km/h a las 24:00 horas, cuando un suicida, quien se encontraba en el lugar, se lanza a las ruedas del vehículo sin que el conductor pueda evitar arrollarlo, pues no pudo frenar a tiempo. En este supuesto, el conductor desobedeció el deber de cuidado de conducir a una velocidad máxima de 20 km/h en zona escolar y por tanto se puede decir que elevó el riesgo de provocar lesiones a quien se le cruzara en el camino e incluso se podría demostrar que en caso de haber conducido sólo a 20 km/h hubiese podido frenar a tiempo y evitar atropellar al suicida.

”Pese a todo lo anterior, el fin de la norma que impone el deber de llevar esa velocidad tan baja en zona escolar es precisamente: proteger a los escolares en horas de clase, no para proteger suicidas que a media noche buscan a un causante de la muerte. Por ello si la velocidad de 60 km/h es en general permitida en la vía sobre la cual se produce el accidente y sólo se restringe en la zona en que se encuentra la escuela, no se puede imputar la conducta al tipo objetivo de homicidio por causar la muerte de un suicida a media noche”.

3.3.3. Conductas alternativas adecuadas a derecho.

“Martínez Escamilla ha centrado así una discusión que ha denominado la teoría del tipo imprudente en los últimos treinta años: « ¿Qué relevancia posee para la imputación objetiva de un resultado el que con seguridad, probabilidad o posiblemente, ese mismo resultado también se hubiese producido con el comportamiento conforme a Derecho?»⁵⁷.

“Piénsese en la obligación que tienen los hospitales de analizar la sangre donada para determinar si está libre del virus SIDA (VIH), si el encargado de realizar dichas pruebas las omitiera y entregara la sangre para realizar una transfusión al

⁵⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo *Op. cit.* p. 11.

paciente, quien resulta contagiado con dicho virus. En principio podríamos imputar la conducta de omitir la criba de la sangre al tipo objetivo de lesiones o incluso de homicidio culposo, ello es así porque la imposición del deber de realizar las pruebas está dirigida a evitar ese resultado y la omisión elevó el riesgo posteriormente materializado en la lesión del bien jurídico. No obstante, si se demostrara que aun cuando el omitente hubiese realizado las pruebas ordenadas no se habría detectado la presencia del VIH debido a que el virus se encontraba dentro de los primeros cuatro meses de incubación (período ventana), en este supuesto, el cumplimiento del deber habría resultado inútil y se puede negar la imputación del resultado a la conducta, pues si bien es cierto que la omisión elevó el riesgo de contagio, el resultado no se habría podido impedir aun observando el deber de realizar las pruebas.

"A la misma conclusión llega Roxin en el caso de los pelos de cabra chinas, en el cual el fabricante entrega dichos pelos a sus trabajadoras para producir pinceles, haciendo caso omiso de su obligación de desinfectarlos previamente, resultando infectadas cuatro trabajadoras con bacilos de carbunco los cuales provocan, posteriormente, su muerte. En dicho supuesto se comprobó que la desinfección ordenada generalmente habría resultado inútil, pues ese bacilo era desconocido en Europa. De ahí que la conducta del fabricante, pese a elevar el riesgo de lesión, no se le pueda imputar el posterior resultado porque éste no se habría podido evitar con la conducta debida".⁵⁸

4. Tipo penal y tipicidad.

*"El tipo penal es la figura abstracta e hipotética contenida en la Ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho o sus circunstancias"*⁵⁹.

⁵⁸ DÍAZ-ARANDA, Enrique *Op. cit.*, pp. 97-98.

⁵⁹ CORTES IBARRA, Miguel Ángel, *Derecho Penal Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1992, p. 177.

La tipicidad es la adecuación exacta de la conducta humana al tipo penal.

Arturo Zamora Jiménez afirma que:

En el ámbito de la tipicidad se distingue entre parte objetiva y una subjetiva del tipo. En la primera, se incluyen todos los elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica (el autor, la acción, las formas y medios de la acción, el resultado, el objeto material, el número de sujetos, cualidad de autor o de pasivo y otros). En síntesis, todo lo que se refiera al aspecto externo de la conducta y que podamos sintetizar en (acción, resultado, relación de causalidad, sujetos e imputación objetiva). En la segunda, se hace referencia al contenido de la voluntad que rige la acción (fin, efectos concomitantes, selección de medios, intenciones), y que podemos sintetizar en dolo, culpa y otros elementos (ánimos o intenciones).

5. Funciones del tipo penal.

La primera función del tipo es dotar de relevancia penalística a la conducta, con lo que se evitan los análisis estériles.

La segunda función es garanticista debido al principio constitucional que impide que se creen tipos por analogía o por mayoría de razón. El artículo 14º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “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 que se trate.”

El tipo también tiene un carácter prevencionista, ya que desde siempre se ha sostenido que la pena que acompaña al tipo tiene un carácter intimidatorio, pues muchas personas no delinquen no porque sean virtuosas, sino por temor a la sanción.

La función prevencionista, de acuerdo con algunos autores, no sólo la ejercita el poder legislativo al plasmar el tipo penal, sino que también la ejerce el órgano jurisdiccional al imponer la sanción y el ejecutivo al cumplimentarla.

El tipo penal también tiene una función motivadora, toda vez que fomenta la conducta virtuosa, es decir, existen personas que están de acuerdo en la tipificación de conductas que resulten lesivas, y que ello fortalece su convicción de que obrar dentro de los cánones del derecho resulta valioso. Por el contrario, se sostiene que la impunidad invita a la comisión de delitos (anomia o quiebra social).

6. Diferencia entre cuerpo del delito y tipo penal en el derecho penal mexicano.

La labor de la doctrina mexicana en el estudio del cuerpo del delito, cuando éste apareció en la escena procesal sin elementos claramente identificables, fue sumamente importante, pues sin lugar a dudas incidió en el pensamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando se vio obligada, ante la falta de definición, a establecer que el cuerpo del delito debía entenderse como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o dolo, que se refiere solo a la culpabilidad.

El legislador entendió que la Jurisprudencia es un instrumento interpretador de la ley, y que, por ende, no podía imponerle un concepto que él podía definir con libertad en la legislación secundaria, motivo por el cual el cuerpo del delito empezó a definirse en diversos sentidos y a discreción del legislador en los CPP.

En ese contexto, el cuerpo del delito y el tipo penal solo podrán distinguirse con seriedad, considerando no solo sus antecedentes doctrinales, sino, también, a su

evolución histórica, al concepto vigente en todos los CPP del país⁶⁰, y la función que desempeña uno y otro dentro del marco normativo penal mexicano.

Sosa Ortiz distingue al cuerpo del delito del tipo penal, en el siguiente sentido:

El concepto cuerpo del delito es netamente procesal, aparece siempre ligado a los verbos acreditar o comprobar. Así, cuando se utiliza se afirma que las pruebas existentes en autos o los hechos demostrados a través de ellas, acreditan (o comprueban), o no, el cuerpo del delito, es decir la actualización en el mundo real de la conducta descrita en la ley penal. Esta noción es empleada por el legislador para delimitar, junto con la probable responsabilidad, los requisitos mínimos que se habrán de satisfacer para promover el ejercicio de la acción penal y consecuentemente para el libramiento de una orden de aprehensión o dictado de formal prisión. Por ende, una sentencia condenatoria presupone también la comprobación del cuerpo del delito de referencia.

El tipo penal, es la descripción abstracta y general que realiza el legislador, de esa conducta prohibida, a la que nos hemos referido al definir el cuerpo del delito, con todos sus elementos, esto es: objetivos o externos, y de contar con ellos: normativos y subjetivos específicos. Es decir, es la descripción de una conducta entendida lato sensu, comprendiendo no sólo a la acción u omisión aisladamente consideradas, sino también todos los demás datos que de manera eventual el legislador hace concurrir con éstas en algunos tipos penales, como lo son: la calidad del sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto material, las características de ambos, el resultado material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, así como el particular ánimo o propósito del autor.

Luego entonces, cuerpo del delito es la actualización en el mundo fáctico de: a) todos los elementos del tipo penal (legislación distrital), o bien, b) de sólo los elementos objetivos o externos del tipo penal, según lo concibió el constituyente reformista, o, c) de éstos y de sus elementos normativos (legislación federal)⁶¹.

El tipo penal es una noción de la teoría del delito, y acorde con la filiación causalista de la reforma en comento tampoco comprende: al dolo ni a la culpa⁶².

Arturo Zamora Jiménez, destaca las diferencias del tipo penal y cuerpo del delito, en los siguientes términos:

Tipo penal:

-Es un elemento esencial de la definición secuencial del delito.

⁶⁰ Y es que, un error actual de la doctrina mexicana, es explicar la diferencia del cuerpo del delito y tipo penal en el Derecho Penal Mexicano, tomando como referencia un o varios conceptos legales del cuerpo del delito, pero excluyendo la mayoría de ellos.

⁶¹ No obstante, además de los que menciona Sosa Ortiz, existen otros conceptos contenidos en los CPPP de diferentes estados, tal y como se señala en el cuerpo de este ensayo.

⁶² SOSA ORTIZ, Alejandro *Op. cit.* pp. 39-41.

- Es la base de todo procedimiento criminal, (artículo 15 fracción II del Código Penal Federal).
- Es un elemento de la dogmática en que se incardina una serie de requisitos objetivos y subjetivos.
- Se compone únicamente de derecho penal sustantivo.
- Se debe comprobar en el proceso penal a través de los medios de prueba.
- Es creación legislativa de conductas que lesionan bienes jurídicos.
- Cumple una función de garantía, porque solamente los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.

Cuerpo del delito:

- Es objeto de comprobación de la existencia de un hecho o de una omisión (tipo comisivo u omisivo) que la ley reputa como delito.
- Es el medio a través del cual se acredita la materialidad del delito. (Elementos objetivos del tipo).
- Es diferente a instrumentos utilizados para cometer el delito.
- Se compone de elementos de carácter procesal y se demuestra a través de los medios de prueba.
- Es un conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se afirma la comisión de un delito⁶³.

7. Toma de postura:

1.- La distinción de cuerpo del delito y tipo penal por sus rasgos procesal y sustantivo respectivamente, podría aceptarse a la luz de un postulado doctrinario que hace énfasis en la ubicación que históricamente ha tenido el cuerpo del delito en el proceso penal mexicano (o universal), así como en el lugar que tiene el tipo penal dentro de un elemento propio del delito, la tipicidad, y que tiene cabida en el ámbito de la teoría jurídica del delito; sin embargo, esa distinción no ha sido del todo absoluta, si tomamos en cuenta que, en 1993, el artículo 16 constitucional señalaba, como base del proceso penal, a los elementos típicos, concepto que, en ese entonces, tenía el doble carácter de sustantivo y procesal.

Por tanto, se acepta la diferencia doctrinaria de que el cuerpo del delito es una figura procesal, y los elementos del tipo una noción sustantiva que corresponde a la teoría del delito, pero debe matizarse que, en México, los elementos del tipo penal, fueron una institución procesal que daba vida al proceso mismo.

⁶³ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, México, Ángel Editor, 2000, pp.49-50.

2.- En México, no es factible realizar una distinción absoluta entre cuerpo del delito y elementos del tipo, porque, como se ha dicho, existen 5 conceptos diferentes de cuerpo del delito en los diferentes CPP del país. En materia federal, por ejemplo, el cuerpo del delito difiere de elementos del tipo porque aquél no está dotado de elementos subjetivos. Estados como Baja California Sur⁶⁴ o Hidalgo, dotan del mismo contenido a los elementos del tipo y al cuerpo del delito.

En todo caso, podremos afirmar que, en México, el cuerpo del delito coincide invariablemente con los elementos objetivos del tipo, pero dependiendo del CPP, puede diferir en los elementos normativos o subjetivos del tipo.

3.- Independientemente de que se lleguen a equiparar en contenido ambas figuras, el cuerpo del delito es un requisito exigido para resoluciones intraprocesales, mientras que, los elementos del tipo, serán elementos de acreditación imprescindibles para el dictado de una sentencia condenatoria⁶⁵.

4.- Los elementos del tipo penal tendrán la invariable función de determinar la existencia de un delito en la sentencia definitiva, mientras que, el cuerpo del delito, es una institución multifuncional: es requisito para la consignación, orden de aprehensión y de comparecencia, auto de formal prisión y sujeción a proceso; sirve para la restitución al ofendido en el goce de sus derechos dentro del procedimiento penal; es requisito para conceder la extradición de una persona.

⁶⁴ Como en el caso del artículo 259 CPP de Baja California Sur que señala que, "El cuerpo del delito se integra por los elementos constitutivos del tipo penal del que se trate y se acreditara por cualquier medio probatorio que señale la Ley".

⁶⁵ CUERPO DEL DELITO. SU ANÁLISIS, EN MATERIA FEDERAL, DEBE HACERSE EXCLUSIVAMENTE EN LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA ORDEN DE APREHENSIÓN, COMPARECENCIA O DE PLAZO CONSTITUCIONAL, PERO NO EN TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS DEFINITIVAS. Conforme al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales reformado el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, el análisis del cuerpo del delito se debe hacer exclusivamente en las resoluciones correspondientes a las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como en las de plazo constitucional, no así cuando se emite la sentencia definitiva, en la cual debe acreditarse el delito en su integridad, en términos de lo dispuesto por los artículos 4o. y 95 del referido código. (No. Registro: 184,166.Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVII, Junio de 2003. Tesis: I.7o.P. J/1. Página: 710).

5.- El tipo penal dota de relevancia penalística a conductas humanas porque están descritas hipotéticamente en la ley. El cuerpo del delito, en esencia, no determinan la relevancia de la conducta que el legislador ha querido sancionar, sino que justifica el proceso judicial (entre otras resoluciones) y los actos de molestia generados por éste⁶⁶.

⁶⁶ En ese sentido, Guillermo Colín Sánchez dice que "el tipo delictivo y corpus delicti, son conceptos relacionados íntimamente uno del otro; el primero se refiere a la conducta considerada antijurídica por el legislador; y el segundo, a la realización del delito. En consecuencia, para que exista el cuerpo del delito determinado, deberá contarse con el tipo delictivo correspondiente". (COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, México, Editorial Porrúa, 1995 p. 377).

CAPÍTULO V. ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO EN MATERIA FEDERAL.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece el contenido del cuerpo del delito, en los siguientes términos:

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

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

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

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

Del citado precepto se desprende claramente que los elementos que conforman el cuerpo del delito en materia federal serán de naturaleza objetiva y normativa, aunque, como se vera más adelante, ha surgido una discusión de si los elementos subjetivos específicos también forman parte del cuerpo del delito.

1. Elementos objetivos o externos.

Edmund Mezger, al referirse a los elementos del tipo de naturaleza objetiva, refiere:

Los diversos tipos penales de la parte especial del Código (y de las restantes leyes especiales) tienen como punto de arranque una descripción objetiva de determinados estados y procesos que deben constituir la base de la responsabilidad criminal del agente. Se trata, por tanto, de estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos, 'objetivos', fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva y que han de ser apreciados por el juez mediante la simple actividad del conocimiento (cognitivamente). A este grupo pertenecen v.g., la existencia de una

cosa en el párrafo 242 del Código; de un hombre, en el párrafo 211; de un edificio destinado a vivienda, en el párrafo segundo del párrafo 306 – así como el proceso de sustracción de la cosa, en el párrafo 242; la muerte de una persona, en el párrafo 211; el acceso carnal, en el párrafo 177, etc. A estos estados y procesos externos deben ser equiparados, a los fines del presente estudio, los estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor, como, por ejemplo, la perturbación, en el párrafo 183; el sentirse ofendido y la sensación dolorosa, en tanto pertenezcan a los párrafos 175 y 223, respectivamente: el ser engañado, en el párrafo 263 (estafa), etc.⁶⁷

Y agrega que, aun cuando los elementos subjetivos sean también descriptivos, son estados y procesos anímicos del agente que, como los elementos normativos, “sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho”⁶⁸.

Sosa Ortiz indica que:

En las últimas décadas, la doctrina mayoritaria, sin reconocer la clásica división tripartita de los elementos del tipo en: objetivos-externos, normativos y subjetivos, ha formulado otra clasificación, la que más que agrupar los elementos típicos por ciertas características genéricas, procura identificar analítica y exhaustivamente a cada uno de los componentes de la estructura general de la descripción legal. Así, diferencia como las partes del tipo las siguientes:

a) La acción u omisión, b) el sujeto pasivo, c) el resultado y su nexo causal, d) calidades del sujeto activo, e) objeto material, f) medios utilizados, g) circunstancias de lugar, h) circunstancias de tiempo, i) circunstancias de modo, y i) circunstancias de ocasión.

Y concluye que, los elementos objetivos o externos del tipo penal, se da en función del siguiente orden:

A. Invariablemente

1.- La acción u omisión (sin considerar los delitos de omisión impropia cuyo contenido es de índole normativo)

B. En la mayoría de los tipos penales.

- 1.- El resultado y su nexo causal.
- 2.- El objeto material.
- 3.- Los medios utilizados.
- 4.- Las circunstancias de lugar.
- 5.- Las circunstancias de tiempo.
- 6.- Las circunstancias de modo.

⁶⁷ MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. pp. 318-320.

⁶⁸ *Idem*.

7.- Las circunstancias de ocasión.

C. A condición de que no requieran una especial valoración cultural o jurídica.

1.- El sujeto pasivo.

2.- Las calidades del sujeto pasivo⁶⁹.

2. Elementos normativos del tipo penal.

Max Ernst Mayer, al referirse a los elementos normativos del tipo, señaló:

Aquellas partes esenciales de un resultado típico, que no tienen más que importancia valorativa determinada (...) Como partes esenciales de la acción se distinguen de la referencia del acto y son, por lo demás, lo más fácil de reconocer por una característica que falta en ellos; son partes esenciales que con el movimiento corporal no están en relación de causalidad, que la cosa sustraída sea ajena, no está causado por el ladrón, la difusión del hecho falso es obra del difamador, no la falsedad de los hechos⁷⁰.

Sobre el particular, Claus Roxin dice:

a).- Habitualmente los elementos del tipo se perciben mediante sentidos.

b).- Esta característica nos e da en el caso de los elementos normativos; la ajenidad de una cosa o la honestidad de la joven no se les puede captar por medio de la percepción sensorial. Su determinación requiere una valoración.

c).- Las valoraciones no pertenecen al tipo básicamente, sino a la antijuricidad.

d).- Por tanto, los elementos normativos son auténticos elementos de la antijuricidad. Ellos no denotan la antijuricidad sino que la fundamentan; no son ratio cognoscendi, sino ratio essendi de la antijuricidad. Se trata de aquellos componentes de resultado antijurídico que sólo tienen significación determinada de un valor.

e).- Estos elementos no solo entran exclusivamente en el campo de la antijuricidad, pues sin duda la ley los conceptúa entre las circunstancias del hecho del párrafo 59.

Dado que en estos casos se trata, de todos modos, de elementos de la antijuricidad, resultan ser cuerpos extraños dentro del tipo penal valorativamente neutro; por ese motivo los designa como elementos impropios del tipo penal. Los elementos normativos apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en la antijuricidad⁷¹.

⁶⁹ SOSA ORTIZ, Alejandro *Op. cit.* pp. 53-54.

⁷⁰ MAYER, Max Ernst., *Apud* JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª ed., T. III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1992, p. 900.

⁷¹ ROXIN, Claus, *Teoría del Tipo Penal. Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, Versión Castellana de Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1979, pp. 61-62.

Roxin acepta, sin embargo, que el descubrimiento de los elementos normativos se impuso rápidamente, al establecerse en un gran número de tipos penales.

Parte de la doctrina acepta que la distinción entre elementos objetivos y normativos no es sencilla:

Al presente se considera que no existen elementos normativos ni descriptivos puros, pues un mismo elemento normativo puede requerir, para su constatación, de un substrato descriptivo; 'así por ejemplo, una injuria no es reconocible con la sola reproducción de un juicio de valor social, sino que requiere también la comprobación cognitiva de un proceso acústico o de su fijación en un objeto'. De todas formas, se sigue manteniendo la separación entre elementos descriptivos y normativos a efectos didácticos, teniendo siempre presente que en la mayoría de los elementos del tipo objetivo están presentes ambos y para su distinción se puede atender a lo establecido por English, para quien los elementos normativos son aquellos 'que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma', por ejemplo: ajeno, buenas costumbres, reprobable, injuria, etc, son elementos que requieren acudir a una norma jurídica o social para determinar su significado y, en consecuencia, deben ser considerados como elementos normativos. Sin embargo, no importa tanto la separación entre elementos descriptivos y normativos porque la mayoría de los tipos se entremezclan dominando en algunos casos el elemento normativo y en otros el descriptivo⁷².

La SCJN, en jurisprudencia definida, nos otorga un ejemplo de cuando un elemento del tipo puede, a la vez, ser objetivo, normativo y subjetivo:

EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS. ASPECTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL TÉRMINO "OCULTAMIENTO" PARA LOS EFECTOS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. El ocultamiento a que se refiere el segundo párrafo del artículo citado no sólo puede darse por medios físicos que impidan que las autoridades vean a los extranjeros transportados ilegalmente, sino que también es factible de actualizarse a través de otras formas. Lo anterior es así, si se considera que si bien la ley de la materia no especifica qué elementos han de tomarse en cuenta para estimar cuándo existe el ocultamiento, por ello es menester acudir a la definición del vocablo de referencia: La voz ocultar, según el Diccionario para Juristas, editado por Mayo Ediciones, significa esconder, disfrazar, tapar, encubrir a la vista, callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad. Así, el término ocultar que contiene el delito sujeto a estudio es un elemento normativo de intelección jurídica, es decir, que requiere de una valoración jurídica para ser comprendido o entendido; por ende, si falta este elemento, cuya función es hacer más comprensible la descripción objetiva de la conducta, entonces se estará ante la

⁷² DIAZ ARANDA, Enrique *Op. cit.* p. 134

ausencia de uno de los elementos integrantes del ilícito descrito en el artículo 138, párrafo segundo, de la Ley General de Población, por lo que la conducta desplegada no daría nacimiento a la hipótesis delictiva de transportar por territorio nacional a uno o varios extranjeros indocumentados con propósito de tráfico y con el fin de ocultarlos para evadir la revisión migratoria. Así pues, debe afirmarse que el ocultamiento tiene dos matices: por un lado es de aspecto objetivo, cuando se refiere a disfrazar, tapar, encubrir a la vista; por otro lado, cuando se refiere a esconder, callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad, resulta evidente que el ocultamiento deviene en subjetivo, el cual no necesita de medios físicos para actualizarse, sino situaciones que atañen al yo interno de las personas, y que se constituyen cuando la actividad del sujeto activo del delito se verifica en forma engañosa, en la que se advierta que se ha hecho uso de medios que encubran o protejan con mucho cuidado su actuar, para así conseguir violar la ley frente a las autoridades. Por tanto, el elemento normativo consistente en el ocultamiento debe entenderse en el sentido de llevar una cosa de manera escondida, disfrazada, tapada, encubierta a la vista, callando advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazando la verdad encubierta o secreta, para con ello evitar que sea detectada, ya sea por temor a la ley o con el fin de eludirla⁷³.

La SCJN también ha señalado lo siguiente:

ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO. EN SU PRECISIÓN EL JUEZ NO DEBE RECURRIR AL USO DE FACULTADES DISCRECIONALES, SINO APRECIARLOS CON UN CRITERIO OBJETIVO, DE ACUERDO CON LA NORMATIVA CORRESPONDIENTE. Los citados elementos fueron establecidos por el legislador para tipificar una determinada conducta, en la que se requiere no sólo describir la acción punible, sino también un juicio de valor por parte del Juez sobre ciertos hechos, cuya acreditación se reduce a constatar la adecuación entre la situación fáctica, que se invoca como la que satisface el requisito contenido en dichos elementos, y el marco jurídico específico correspondiente. En tal sentido, cada vez que el tipo penal contenga una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta descrita en él, implicará una específica referencia al mundo normativo, en el que se basa la juridicidad y antijuridicidad. En ese caso, la actividad del Juez no es, como en los elementos descriptivos u objetivos, meramente cognoscitiva, pues no se limita a establecer las pruebas del hecho que acrediten el mecanismo de subsunción en el tipo legal, sino que debe realizar una actividad valorativa a fin de comprobar la antijuridicidad de la conducta del sujeto activo del delito; sin embargo, esta actividad no debe realizarse desde el punto de vista subjetivo del Juez, sino con un criterio objetivo acorde con la normativa correspondiente y, por tanto, al hacer aquella valoración y apreciar los elementos normativos como presupuestos del injusto típico, el Juez no debe recurrir al uso de facultades discrecionales⁷⁴.

Los elementos normativos, por tanto, son aquéllos que requieren de una valoración especial: a).- Jurídica, incluyendo aquellas expresiones que tienen que

⁷³ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVIII, Diciembre de 2003. Tesis: XX.3o. J/1. Página: 1239.

⁷⁴ Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIII, Febrero de 2006. Página: 628. Tesis: 1a. V/2006. Tesis Aislada.

ver con la antijuricidad, siempre que estos últimos se requieran para revelar su carácter indiciario del injusto, o; b).- Cultural.

Dentro de los elementos normativos debe mencionarse *la calidad de garante del sujeto activo* en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, la cual deriva del deber jurídico que tenía el agente de evitar el resultado material, de acuerdo al artículo 7º del Código Penal Federal.

3. Elementos subjetivos del tipo penal.

Los elementos subjetivos del tipo dotan de relevancia penalística a determinadas conductas.

En ese sentido, Mario Vázquez Padilla apunta que “La noción puramente descriptiva del tipo, defendida por Beling (...) resultó defectuosa debido a su imposibilidad de captar, en determinados supuestos, el carácter injusto de la acción prohibida. Su renuencia a incluir elementos de orden intelectual en la esfera del tipo, obedecía a la idea, absolutamente infundada, de que el dolo no podía contener al mismo tiempo, la realización de los elementos objetivos y subjetivos, sin que se creara una imagen atormentada”⁷⁵.

Fisher, precursor del tema, sostuvo que “El propósito, la intención reprobable del autor, tiñe un tipo incoloro, o incluso el ejercicio de un derecho por parte del sujeto de tal suerte que este complejo de hechos que nace a la vida es desaprobado por el ordenamiento jurídico a causa del propósito que guiaba a su causante”⁷⁶.

A partir de los mencionados postulados, Fisher demostró que, en ocasiones, el fin mezquino del que actúa, convierte una acción legalmente permitida, en un

⁷⁵ VAZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, *Subjetivismo e Injusto*, México, Cárdenas Editor, 2001, p.32.

⁷⁶ FISHER, Harol, *apud* Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. p.288.

comportamiento ilícito y, por consiguiente, que no en todo caso es posible concebir la antijuricidad desligada de componentes de índole intelectual. Además, señaló que aun cuando al Derecho Penal no le compete pronunciarse respecto de meros pensamientos, era obvio que en varias manifestaciones del Derecho Positivo, la conformación del injusto, dependía de ciertas actitudes psicológicas del autor.

Mezger, por su parte, admite que un mismo hecho, exteriormente considerado, puede o no ser antijurídico, según sea la actitud que adopte el agente, reconociendo, en consecuencia, que la antijuricidad en casos específicos, está condicionada a la presencia de determinados estados anímicos; sin embargo, es cuidadoso en acotar que la fundamentación subjetiva del injusto, no debe atribuirse de manera arbitraria, sino exclusivamente cuando el ordenamiento vigente de modo indubitable determine que se tenga en consideración.

En la teoría final de la acción, como se ha visto en apartados anteriores, el dolo y la culpa pasan a formar parte del tipo penal, considerándoseles en la doctrina como elementos subjetivos genéricos del tipo.

Jorge Luna Castro, explica las diferencias entre los elementos subjetivos del injusto y el dolo:

El dolo, según esta corriente (causalista), como especie de la culpabilidad que es, requiere de una previa capacidad del sujeto. Los elementos subjetivos de la antijuricidad no la necesitan. Comúnmente se señalan dos elementos en la estructura del dolo: A) Un elemento intelectual que comprende: a) el conocimiento de los elementos objetivos que integran el delito; b) la conciencia de que se quebrante el deber, y; c) el conocimiento o representación del resultado. B) Un elemento volitivo que abarca: a) la acción u omisión, y; b) el resultado. Este puede ser no querido, sino solamente consentido. En cuanto toca a los elementos subjetivos del injusto, su estructura, como ya hemos visto, no es tan compleja. Comparándola con el dolo, podemos admitir que, como presupuesto lógico, tiene un elemento intelectual, el cual se reduce al conocimiento del fin específico; pues únicamente se puede querer aquello que se conoce. Por lo que se refiere al contenido de la volición en los elementos subjetivos de la antijuricidad, repetimos aquí que abarca tan sólo el resultado excedente, el cual debe ser siempre querido; no se acepta sea consentido⁷⁷.

⁷⁷ LUNA CASTRO, José Nieves, *El Concepto del Tipo Penal en México*, México, Editorial Porrúa, p. 268.

Podemos concluir que, son elementos subjetivos o intelectuales del tipo, aquellos que hacen alusión al estado intelectual con que el agente comete el delito.

Nosotros los clasificamos en subjetivos específicos (intencionales, suprainintencionales e infraintencionales), y en subjetivos genéricos (dolo y culpa):

3.1. Subjetivos específicos:

3.1.1. Intencionales.

Son aquellos que se equiparan al dolo específico. En el tipo se pide conciencia e intención. *V. gr.*, “el ánimo” de lucro en el fraude.

3.1.2. Suprainintencionales.

Son aquellos elementos que piden más que la intención. *V. gr.*, “la acechanza”, “premeditación”, “maliciosamente”, etcétera. Por regla general estos elementos son indicativos de mayor temibilidad, propios de tipos agravados, por lo que su inclusión en el tipo resulta ineludible. *V. gr.*, homicidio calificado, parricidio, etcétera.

3.1.3. Infraintencionales.

Se exigen elementos intelectuales que no lleguen a conformar una intención. *V. gr.*, “A sabiendas” en el caso de delito de contagio.

3.2. Subjetivos genéricos:

3.2.1. Dolo.

Generalmente, se suele equiparar al dolo con la intención; sin embargo, hay casos en los que sin que exista intención o ánimo, el dolo de todas maneras se presenta. Doctrinalmente, el dolo puede ser directo o de primer grado; indirecto o de consecuencias necesarias y, eventual.

3.2.1.1. Dolo directo o de primer grado.

El sujeto persigue con la realización de su conducta un resultado típico. En el dolo directo, el sujeto quiere un resultado típico. *V. gr.*, **X** quiere matar a **Y**, saca su arma y dispara; ésta es la forma de culpabilidad dolosa (dolo directo) que se equipara a la intención.

3.2.1.2. Dolo indirecto o de consecuencias necesarias.

El sujeto activo acepta un resultado típico. En este supuesto, el sujeto con la realización de su conducta, persigue la producción de un resultado específico, el cual trae aparejada, inexorablemente, otras consecuencias que el activo asume como necesarias ante la necesidad de conseguir su propósito criminal; el ejemplo clásico es el asesino que pone una bomba en el carro del Presidente para acabar con su vida; lógicamente, en el percance morirá también el chofer; éste último resultado puede incluso no estar entre las intenciones del autor, pero lo asume como necesario y, en consecuencia, lo acepta, para conseguir su cometido final.

3.2.1.3. Dolo eventual.

En el dolo eventual entran en juego, por una parte, la teoría de la representación y probabilidad de la producción del resultado y, por la otra, la de la voluntad. Se

considera que un individuo actúa con dolo eventual cuando, a pesar de haberse representado como probable la producción de un resultado típico, se muestra indiferente y, con voluntad, realiza la conducta que de acuerdo a su representación habría de producirlo. Es muy ilustrativo respecto de este tipo de dolo, el ejemplo de los mendigos rusos, que mutilaban a los niños para que pidieran limosna, pero algunos morían. A diferencia del dolo indirecto, en el eventual los resultados paralelos que produce la conducta antijurídica, no son aceptados, sino que el activo se muestra indiferente ante ellos.

3.2.1.4. Dolo indeterminado.

Es considerado un apéndice del eventual. “Existe cuando el sujeto activo, con fines ulteriores, no se propone causar determinado daño, sino sólo producir los que resulten sin concretizarlos en la mente”⁷⁸. El sujeto realiza la conducta con la intención indeterminada de lesionar o dañar, pero con la certeza de que su conducta producirá varios resultados típicos. Ejemplo: el individuo que tira un cartucho de dinamita a una escuela sin tener la certeza de los resultados típicos que causará su acción; sin embargo, responderá por todos los resultados típicos que virtualmente se produzca.

3.2.2. Culpa

Esta forma de culpabilidad, implica falta de previsión o de cuidado, impericia y aun temeridad, siempre que esas manifestaciones de la voluntad produzcan un resultado típico no querido por el agente.

La culpa, desde el punto de vista del derecho penal, se clasifica en inconsciente o sin representación y consciente o con representación.

⁷⁸ CORTES IBARRA, Miguel Ángel *Op. cit.* p. 301.

3.2.2.1. Culpa inconsciente o sin representación.

Tiene lugar cuando el agente de la conducta desconoce que está violentando una norma que exige cuidado, y sin tener representación alguna respecto de la producción de un resultado típico, se conduce imprudentemente causándolo (el sujeto no prevé el resultado, siendo previsible). *V. gr.*, **X** deja una fogata prendida en el patio de su casa, y olvida apagarla; debido a ello, se produce un incendio y se quema la casa del vecino. En este caso, **X** actuó con imprudencia, ya que, el resultado (casa de vecino quemada) era previsible, sin embargo, no lo advirtió.

3.2.2.2. Culpa consciente o con representación.

Existe cuando el sujeto, a sabiendas que violenta una norma que exige cuidado, y con la representación de que probablemente producirá un resultado típico, realiza la acción, abrigando la esperanza de que el resultado jamás se va a producir. *V. gr.*, en el ejemplo anterior, **X** sí prevé la posibilidad de que la fogata cause un incendio y queme la casa del vecino, sin embargo, espera que nunca ocurra.

4. El dolo y la culpa en el sistema penal federal.

El artículo 9º del *CPF*, establece: “Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible un resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

El *CPF* en su artículo 9º segundo párrafo, establece: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

5. Elementos subjetivos específicos y su problemática en materia federal.

Una deplorable técnica legislativa y un desorden de método en el Código Federal de Procedimientos Penales, han suscitado controversia en la doctrina y tribunales mexicanos, sobre:

-Si el cuerpo del delito, además de elementos objetivos y normativos, se compone de los diversos subjetivos específicos del tipo penal.

-Las etapas del procedimiento penal donde deben destacarse los elementos subjetivos específicos del tipo penal, y de qué forma deben acreditarse.

-Si las excluyentes del delito consistentes en ausencia de elementos subjetivos específicos del tipo penal, deben decretarse en cualquier etapa del procedimiento; o bien, hasta después de dictado el auto de formal procesamiento.

5.1. ¿El Cuerpo del delito está dotado de los elementos subjetivos específicos cuando el tipo penal los requiera?

El segundo párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales establece la definición de cuerpo del delito, en el siguiente sentido:

Artículo 168.- Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera.

Por su parte, el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala:

Artículo 134.- En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y

expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

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

Ahora bien, el Sexto Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 1956/2000, y al interpretar los anteriores artículos, sostuvo el siguiente criterio:

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 culpable del inculpado 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 ultraindicaciones -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 determinaciones⁷⁹.

La primera y más grande equivocación del anterior criterio es que confunde el concepto cuerpo del delito, con un requisito adicional que la ley marca para el ejercicio de la acción penal.

⁷⁹ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Mayo de 2001, Página: 1117, Tesis: I.6o.P.20 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal

En nuestra opinión, el Código Federal de Procedimientos Penales no deja duda de los elementos componentes del cuerpo del delito, al establecer en el artículo 168 expresamente que se conformará con elementos objetivos y normativos.

Adicionalmente, en congruencia con tal precepto, el propio artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, de acuerdo a su redacción, acepta un cuerpo del delito sin elementos subjetivos específicos, pues establece que, para el ejercicio de la acción penal, primero habrá de acreditarse el cuerpo del delito de acuerdo a la fórmula establecida en el artículo 168 de Código Federal de Procedimientos Penales, y luego, el Ministerio Público, deberá expresar, sin necesidad de acreditarlos plenamente, los elementos subjetivos específicos del tipo penal. Por ello es que, en última instancia, los elementos subjetivos específicos vendrían a conformar un requisito distinto al cuerpo del delito, para ejercer la acción penal.

Por otro lado, el argumento de la Tesis cuestionada en cuanto a 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”, es incorrecto por infundado, porque, como se ha dicho, el CFPP establece claramente el concepto de cuerpo del delito, en el sentido de que se conformará exclusivamente de elementos objetivos y normativos; pero el argumento se debilita aún más, si entendemos que la reforma constitucional de 1999 en donde se reformaron los artículos 16 y 19 de la Carta Magna, tuvo como principal intención flexibilizar los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y auto de formal prisión, sustituyendo los elementos típicos por un concepto distinto y de naturaleza diferente: el cuerpo del delito; y es que, de acuerdo al Decreto de Reforma, esta última institución habría de conformarse, exclusivamente, con elementos materiales u objetivos del tipo penal⁸⁰.

⁸⁰ En efecto, el Decreto de tal reforma señaló expresamente que “Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá, y así debe decirlo la legislación secundaria que existen datos que acrediten el cuerpo del delito,

Tampoco tiene fundamento legal el diverso argumento de la Tesis de que los elementos subjetivos específicos son parte del cuerpo del delito “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” y que, por tal motivo, “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”; porque ninguna explicación legal ni lógica existe para construir el cuerpo del delito con los elementos que no incluye la probable responsabilidad⁸¹.

Por tanto, se concluye que el cuerpo del delito se compone exclusivamente de elementos objetivos y normativos, con total exclusión de cualquier elemento subjetivo, ya sea específico o genérico.

5.2. Alcance de los elementos subjetivos específicos en el procedimiento penal.

El primer párrafo del artículo 134 del CFPP establece la obligación de que el Ministerio Público, para ejercitar la acción penal, debe expresar, sin necesidad de acreditarlo plenamente, los elementos subjetivos específicos cuando el tipo penal lo requiera.

Ahora bien, veamos la siguiente interpretación de la Primera Sala:

entendiendo éste como el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hechos previsto como delito en la ley...”.

⁸¹ Algunos Códigos de Procedimientos Penales del país consideran al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos y a la probable responsabilidad como los indicios que hacen probable la participación de una persona en el delito. Seguir la lógica de este último argumento de la Tesis, implicaría que los jueces, contrariando el concepto legal de cuerpo del delito, lo construyeran de todos aquéllos elementos del delito no contemplados en la probable responsabilidad, como los elementos normativos y subjetivos específicos del tipo, el dolo, la culpa, la antijuricidad, y el juicio de reproche que es propio de la culpabilidad normativa.

TIPO PENAL. SUS ELEMENTOS SUBJETIVOS, DE CONFORMIDAD CON EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 134 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, DEBEN SER ANALIZADOS CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN PENAL Y PARA EFECTOS DEL LIBRAMIENTO DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN (ADICIÓN PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE MAYO DE 1999). Si bien el precepto aludido establece que, no obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal y que, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos, ello no significa que se postergue su estudio hasta después de dictarse el auto de procesamiento, sino que establece que serán las causas de exclusión del delito, por falta de dichos elementos, las que serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado el auto citado; además, del proceso legislativo que dio origen a la actual redacción del artículo 134 referido, se concluye que el hecho de que el Ministerio Público al ejercer la acción penal y el Juez al momento de librar la orden de aprehensión, adviertan la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, a que se refiere el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal, no los releva de la obligación de atender a los datos que acreditan, aun cuando no plenamente, los elementos subjetivos del tipo penal, puesto que de ninguna manera se está facultando a las autoridades que procuran e imparten justicia, para que dejen de analizar dichos elementos en cada una de esas fases procedimentales⁸².

De la citada Tesis podemos entender que existe la obligación del Ministerio Público, o juez, en su caso, de analizar, sin acreditarlos a plenitud, los elementos subjetivos del tipo penal cuando éste lo requiera; asimismo la Tesis pone de relieve que, en todo caso, serán las causas de exclusión del delito, por falta de dichos elementos subjetivos específicos, las que serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado el auto de procesamiento.

En opinión del Magistrado Sosa Ortiz, de acuerdo a la redacción del citado artículo 134 del CFPP, no se requiere ni siquiera prueba semiplena de los elementos subjetivos específicos:

No obstante, pudiera entenderse que el legislador al no requerir acreditar 'plenamente' los elementos subjetivos específicos para el ejercicio de la acción penal, está exigiendo una prueba semiplena al respecto, pues de no

⁸² Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Mayo de 2004, Página: 517, Tesis: 1a. LVI/2004, Tesis Aislada, Materia(s): Penal

ser así se hubiera abstenido de emplear tal adverbio; lo cierto es que al establecer lisa y llanamente, en el siguiente párrafo del mismo numeral, que la no acreditación de los citados elementos no impide la promoción de la acción penal, deja claro la no exigencia, ni siquiera, de esa prueba semiplena⁸³.

Compartimos la opinión de Sosa Ortiz, en el sentido de que, la lectura integral del artículo 134 del CFPP, permite concluir que, aun no existiendo prueba alguna de los elementos subjetivos específicos, el Ministerio Público estaría posibilitado para el ejercicio de la acción penal; aunque a nosotros nos interesa poner de relieve que, la incongruencia legislativa, va más allá de la inteligente observación del Magistrado.

De acuerdo a la redacción del artículo 134 del CFPP, la obligación de mencionar los elementos subjetivos específicos cuando el tipo penal lo requiera (con prueba semiplena o no), es un requisito exclusivo para el ejercicio de la acción penal, pero no para el libramiento de la orden de aprehensión ni para el dictado del auto de formal prisión; de tal suerte que, aun cuando el Ministerio Público cumpla cabalmente con la anterior exigencia al momento de ejercitar acción penal, el juez bien podría omitir probar o mencionar los elementos subjetivos específicos al momento de librar una orden de aprehensión o emitir un auto de formal procesamiento. Si la intención del legislador era darle certeza al proceso penal, entonces la citada fórmula eventualmente carecería de utilidad, pues no vincula al órgano judicial en los citados eventos procedimentales.

En todo caso, el requisito de mencionar (o probar indiciariamente) los elementos subjetivos específicos, adquiriría un valor preponderante al momento de librar la orden de aprehensión o emitir una auto de formal prisión, porque daría un poco más de certeza jurídica al gobernado ante tales actos de molestia; y por otro lado, el proceso penal estaría dotado de mayor certidumbre, porque se evitaría, en

⁸³ SOSA ORTIZ, Alejandro *Op. cit.* p. 18

mayor medida, juicios de conductas que, a la postre, puedan ser irrelevantes al derecho penal por la ausencia de un elemento típico⁸⁴.

De ahí que difiramos de la tesis citada anteriormente, en cuanto a que afirma que los elementos subjetivos del tipo deben ser analizados en el ejercicio de la acción penal, orden de aprehensión y auto de formal prisión, porque, ciertamente, el artículo 134 del CFPP obliga al juzgador a analizar las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pero nunca exige al juez que, al emitir estos últimos autos o al librar una orden de aprehensión, tenga que acreditar o mencionar los referidos elementos subjetivos específicos del tipo.

La primera conclusión es que, los elementos subjetivos específicos, constituyen un requisito para el ejercicio de la acción penal, pero no para el libramiento de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión o sujeción a proceso.

La segunda conclusión es en el sentido de que, el Ministerio Público, simplemente debe mencionar los elementos subjetivos específicos al momento de ejercitar acción penal, sin necesidad de prueba alguna.

5.3. Excluyentes del delito sobre la ausencia de elementos subjetivos específicos del tipo y su momento de aplicación.

¿Puede el Ministerio Público, en la Averiguación Previa, decretar el no ejercicio de la acción penal ante prueba indubitable de falta de elementos subjetivos específicos?

¿Puede el juez negar una orden de aprehensión o dictar un auto de libertad ante

⁸⁴ Porque, en todo caso, lo que dice el artículo 134 es que el juzgador analizará las causas excluyentes del delito por ausencia de los elementos subjetivos específicos después del auto de formal prisión o sujeción a proceso, pero nunca exige como requisito para la orden de aprehensión o auto de formal prisión, que el juez deba analizar, acreditar o siquiera mencionar, los elementos subjetivos específicos.

ausencia acreditada del elemento subjetivo específico cuando el tipo penal lo requiera?

El primer párrafo del artículo 134 del CFPP establece la obligación de que el Ministerio Público, para ejercitar la acción penal, debe expresar, sin necesidad de acreditarlo plenamente, los elementos subjetivos específicos cuando el tipo penal lo requiera. El segundo párrafo del propio numeral establece que, no obstante lo dispuesto por la Fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda.

Ello implica, como vemos, que aun existiendo la excluyente del delito consistente en falta de elementos subjetivos del tipo penal antes de que inicie el proceso, deben ser ignorados por el Ministerio Público o Juez, en su caso, puesto que dicho tema será materia de análisis posterior.

Lo estipulado en el citado artículo 134 del CFPP, es, sin embargo, completamente opuesto a lo dispuesto en la fracción I del artículo 137 del CFPP; así como a lo establecido en el artículo 17 de CPF:

Artículo 137 del CFPP.- El Ministerio Público no ejercerá la acción penal:

I.- Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal;

Artículo 17 del CPF.- Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.

Por un lado, el artículo 137 del CFPP establece la obligación del Ministerio Público de no ejercer acción penal, si la conducta no es constitutiva del delito de acuerdo a la descripción típica. Obviamente, la ausencia plenamente probada de un elemento subjetivo específico cuando el tipo lo requiere, implica que, la conducta que el Ministerio Público conoce con motivo de una causa criminal, no sea constitutiva de delito alguno, por su carácter atípico.

El artículo 17 del CPF refuerza lo anterior, porque obliga a la autoridad a resolver las causas de exclusión del delito en cualquier estado del procedimiento, y éste, de acuerdo al CFPP, incluye la etapa de averiguación previa, lo que implica que, de advertirse una excluyente del delito en esa etapa del procedimiento, no podría ejercitarse acción penal.

Alejandro Sosa Ortiz argumenta que la falta de prueba de los elementos subjetivos específicos no impide el ejercicio de la acción penal, pero que, la ausencia plenamente probada de ellos obstaculizan tal ejercicio; porque “pretender que aun demostrando plenamente que el agente tuvo una finalidad diversa a la exigida y por ende atípica, se autorizase el ejercicio de la acción, sería absurdo. Además, esa interpretación vendría a contradecir los que dispone el artículo 17 del CPF”⁸⁵.

En tanto no se corrija la ley o lo aclare el Poder Judicial Federal, no será tarea sencilla deslindar el problema, porque ese “absurdo” del que habla Sosa Ortiz (y con el cual coincidimos), es un argumento que se debilita ante un artículo que expresamente señala que, la causas de exclusión del delito por falta de elementos subjetivos específicos, serán analizadas por el juez después de dictar auto de formal prisión o sujeción a proceso, sin perjuicio del inculpado de acreditar tal excluyente en el averiguación previa. Y por lo que hace a los artículos 137 del CFPP y 17 del CPF, que en nuestra opinión vienen a contradecir lo establecido en el diverso 134 del CFPP, solo vendrían a evidenciar una grave inconsistencia legislativa, que posibilita

⁸⁵ SOSA ORTIZ, Alejandro *Op. cit.* p. 20

al Ministerio Público o al juez, en su caso, a optar por cualquiera de los dos criterios analizados.

En nuestra opinión, resulta político-criminalmente conveniente reformar la ley, en el sentido de aclarar que, cualquier excluyente del delito, debe ser analizada y determinada en cualquier etapa del procedimiento por la autoridad, porque, de otra suerte, resultaría inaceptable que, aun acreditado plenamente la exclusión del delito por ausencia de cualquiera de sus elementos, el proceso penal continúe y se autorice el acto de molestia más sensible y doctrinalmente menos justificado (la prisión preventiva), cuando existe certeza probatoria de la inocencia del inculpado.

CAPÍTULO VI. EL CUERPO DEL DELITO EN DISTINTOS EVENTOS PROCEDIMENTALES

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere al cuerpo del delito como una exigencia para el dictado de una orden de aprehensión y para la emisión de un auto de formal prisión. No obstante, la legislación secundaria ha hecho extensiva la participación de tal concepto en diferentes momentos procesales.

1. Consignación.

El primer momento del procedimiento penal donde aparece el cuerpo del delito, es al momento que, el Ministerio Público, ejercita acción penal. Así, el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales⁸⁶ establece: “En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea”.

2. Orden de aprehensión y de comparecencia.

El segundo párrafo del artículo 16 constitucional establece que: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con

⁸⁶ Todos los Códigos de Procedimientos Penales de México, coinciden en incluir al cuerpo del delito como elemento imprescindible para el ejercicio de la acción penal.

pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

La orden de comparecencia, figura creada por el legislador secundario, se emite cuando se actualiza el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de inculpado⁸⁷, pero como condición de que, el delito de que se trate, contenga pena distinta a la prisión⁸⁸ o pena alternativa. La mera posibilidad de que una sentencia penal, aún condenatoria, implique la libertad de acusado, fue motivo suficiente para que el legislador no considerara justificada la prisión preventiva⁸⁹.

No obstante, como hemos visto, los requisitos de fondo para el dictado de ambas resoluciones, orden de aprehensión y de comparecencia, son el cuerpo del delito y probable responsabilidad. Así, el artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece: “Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el tribunal libraré orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público”.

El efecto de la orden de aprehensión radica en que, al inculpado, debe detenerse y ponerlo a disposición del juez. En la orden de comparecencia, el juez

⁸⁷ En ese sentido, nuestros más altos tribunales han establecido el siguiente criterio jurisprudencial: ORDEN DE COMPARECENCIA. PARA SU LIBRAMIENTO, LA AUTORIDAD JUDICIAL FEDERAL DEBE ANALIZAR PREVIAMENTE SI ESTÁN COMPROBADOS LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INCULPADO. De la interpretación sistemático-jurídica de los artículos 168, párrafo primero y 195, párrafo primero, ubicados en el título quinto “Disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción”, del Código Federal de Procedimientos Penales, se advierte que establecen en forma expresa la obligación para la autoridad judicial federal de examinar si el agente del Ministerio Público acreditó el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal y sólo cuando estén reunidos dichos requisitos, libraré la orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según sea el caso, en contra del inculpado. La anterior obligación de los Jueces Federales subsiste aun en los casos en que el órgano investigador hubiese dejado libre al indiciado al concederle el beneficio de la libertad provisional bajo caución antes de ejercer la acción penal, en términos de lo dispuesto por el artículo 135 del citado ordenamiento procesal, pues ello no exime a la autoridad judicial de la obligación de examinar dichos presupuestos que le imponen los artículos 16 constitucional, 168 y 195 del código procesal federal, que no hacen distinción alguna, de modo que el juzgador tampoco debe hacerla. (Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Julio de 2002, Página: 1348, Tesis: VII.1o.P.141 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal)

⁸⁸ El primer párrafo del artículo 18 constitucional, establece: “Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...”

⁸⁹ Ante una pena alternativa el juez puede optar por una distinta a la de prisión, por lo que la prisión preventiva pudiera resultar innecesaria e injusta.

notifica al inculpado para que comparezca voluntariamente ante el juzgado a fin de responder a los cargos que se le imputan.

Así lo explica la siguiente jurisprudencia:

COMPARECENCIA, ORDEN DE. SU LIBRAMIENTO DEBE SER NOTIFICADO PERSONALMENTE AL INDICIADO EN VEZ DE LIBRAR OFICIO AL MINISTERIO PÚBLICO PARA SU CUMPLIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). En tratándose de delitos que se sancionan con pena alternativa y sólo ameritan orden de comparecencia para que el indiciado concurra a declarar en formal preparatoria, el Juez de la causa penal debe señalar hora y fecha para la práctica de la citada diligencia y, previa notificación personal, aquél esté en posibilidad de comparecer voluntariamente a cumplir con el mandato judicial, sin que proceda girar oficio al Ministerio Público para que ejecute esa orden. Lo anterior, toda vez que desde el punto de vista formal la orden de comparecencia tiene como finalidad que el indiciado concurra ante el a quo a declarar en preparatoria, lo que desde el punto de vista material constituye un verdadero acto de molestia, cuando la forma en que se ordena su presentación es mediante su detención, porque trae como consecuencia que, aun cuando sea momentáneamente, se restrinja su libertad, lo cual contraviene la garantía de legalidad jurídica que establece el artículo 16 constitucional; máxime que en los artículos 77 al 87 del capítulo IX, título primero, del Código de Procedimientos Penales del Estado, se establecen las reglas específicas que los juzgadores deben cumplir al ordenar la citación de las personas obligadas a presentarse a declarar ante los tribunales o ante el Ministerio Público, como lo es una orden de comparecencia⁹⁰.

3. Auto de formal prisión y auto de sujeción a proceso.

3.1. Auto de formal prisión.

El auto de formal prisión se dictará dentro de las setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro en el caso de que el detenido haya solicitado su ampliación, a partir del momento en que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial, siempre que se cumplan los requisitos siguientes de fondo y de forma:

Requisitos de fondo:

⁹⁰ Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIII, Mayo de 2001, Tesis: VII.1o.P.129 P, Página: 1101

- a).- Que esté comprobado el cuerpo del delito.
- b).- Que esté acreditada la probable responsabilidad.
- c).- Que el delito tenga señalada pena privativa de libertad.
- d).- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna eximente de responsabilidad; y
- e).- Que no esté legalmente extinguida la acción penal.

La violación de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta y a los agentes, alcaides o carceleros que la ejecuten. (art. 161 CFPP)

Requisitos de forma:

- a).- Se haya tomado declaración preparatoria al inculpado, en la forma y con los requisitos que el código correspondiente;
- b).- El auto de formal prisión deberá contener el lugar, fecha y hora exacta en que se pronuncie, así como el nombre del juez que dicte la determinación y del secretario que la autorice, debiendo ambos validar la resolución con su firma autógrafa.

El auto de formal prisión se notificará personalmente al procesado y a su defensor; se le hará saber al encargado del centro de reclusión donde se encuentre el detenido; en el caso de que éste último no reciba la copia autorizada del mismo en un plazo de setenta y dos horas, o su ampliación, deberá llamar la atención del juez al respecto, en el acto de concluir el término; si no recibe la constancia dentro de las tres horas siguientes, pondrá al inculpado en inmediata libertad.(art. 164 CFPP)

3.2. Auto de sujeción a proceso.

Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal, o esté sancionado con pena alternativa, se dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, para sujetar al inculpado al proceso, sin restringir su libertad⁹¹. (art. 162 CFPP).

El auto de formal prisión y el de sujeción a proceso producen los efectos jurídicos de precisar cuáles son los hechos concretos por los que se seguirá el procedimiento judicial. Dichos autos se dictarán por el delito que aparezca comprobado, aún cuando con ello se cambie la apreciación legal que de los hechos se haya expresado en promociones o resoluciones anteriores. (art. 163 CFPP). Ambas resoluciones, formal prisión y sujeción a proceso, producen, entre los ya señalados, los efectos de abrir la etapa de instrucción.

No obstante la Constitución considere al cuerpo del delito para justificar el auto de formal prisión, pero guardando silencio respecto del auto de sujeción a proceso, la Suprema Corte ha reflexionado que “el artículo 19 constitucional regula los autos de formal prisión, en su más amplia significación genérica, ya sea que sean restrictivos de la libertad o bien que tengan por efecto señalar el delito por el que se instauró el proceso respectivo; entre una y otra determinación no existe diferencia sustancial, ni siquiera de forma, pues también deben dictarse con acatamiento de todos los requisitos que enumera el precepto constitucional mencionado. Tampoco puede afirmarse que por el hecho de que no se restrinja la libertad del inculpado, no se le ocasiona perjuicio, pues éste no se deriva de la sola privación de la libertad, sino también de una serie de circunstancias inherentes a los procesos criminales. Igualmente es inaceptable que no se puede violar el artículo 16 constitucional con un auto de sujeción a proceso, pues la sociedad está interesada en la investigación de los hechos delictuosos, pero el propio

⁹¹El auto de sujeción a proceso sigue la misma lógica que la orden de comparecencia, y, a la vez, es congruente con el artículo 18 constitucional, que permite la prisión preventiva sólo por delitos que merezcan penal corporal.

interés público, traducido en mandamientos constitucionales, requiere que las molestias que se causen a los particulares, estén fundadas y motivadas legalmente⁹².

4. Extradición.

La fracción II del artículo 16 de la Ley de Extradición Internacional, establece:

ARTÍCULO 16.- La petición formal de extradición y los documentos en que se apoye el Estado solicitante, deberán contener:

II. La prueba que acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del reclamado. Cuando el individuo haya sido condenado por los Tribunales del Estado solicitante, bastará acompañar copia auténtica de la sentencia ejecutoriada.

En ese sentido:

EXTRADICIÓN, ORDEN DE, RESPECTO DE UNA PERSONA QUE AÚN NO HA SIDO SENTENCIADA. PARA QUE SE CONCEDA, ES REQUISITO INDISPENSABLE QUE LAS PRUEBAS APORTADAS POR EL PAÍS REQUIRENTE SEAN SUFICIENTES PARA JUSTIFICAR LA APREHENSIÓN Y ENJUICIAMIENTO DEL RECLAMADO, CONFORME A LAS LEYES FEDERALES MEXICANAS. El artículo 10, inciso 3, subinciso b), del Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América y el numeral 16, fracción II, de la Ley de Extradición Internacional -este último aplicable por regular el procedimiento de extradición, atendiendo a una correcta interpretación de los preceptos 1o. y 2o. de la Ley de Extradición Internacional y 13 del tratado de referencia-, exigen para conceder la extradición de una persona que aún no ha sido sentenciada, que la parte requirente aporte las pruebas necesarias para justificar la aprehensión o enjuiciamiento del reclamado conforme a las leyes de la parte requerida, en la especie, leyes federales mexicanas, o bien, las que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del extraditable, por lo que debe concluirse que los medios de convicción aportados por el Estado requirente deben ser eficaces, aunque sea en forma indiciaria para demostrar tales extremos, en

⁹² No. Registro: 310,350. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LVII. Tesis: Página: 2755. Amparo penal en revisión 4407/38. Valdivieso de Romero Enriqueta. 10 de septiembre de 1938. Unanimidad de cuatro votos.

términos de lo dispuesto en el precepto 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, y de no cumplir el Estado solicitante con dicho requisito, debe considerarse como violatoria de garantías, por no ajustarse a los lineamientos de los dispositivos legales que quedaron precisados en primer término⁹³.

5. Procedimiento menores infractores.

El marco normativo mexicano⁹⁴ que regulaba anteriormente las infracciones de los menores, era deficiente, carente de garantías para los menores, y con un procedimiento que permitía una desmedida discreción para el Consejo Paternal, al momento de decidir sobre el futuro de los infractores⁹⁵.

⁹³ Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Septiembre de 2002, Tesis: I.1o.P.76 P, Página: 1366.

⁹⁴ Nos referimos, incluso, a todas las leyes de la materia de todas las entidades del país.

⁹⁵ En ese sentido, nuestros más altos tribunales han establecido el siguiente criterio jurisprudencial:

MENORES INFRACTORES. EL PROCEDIMIENTO QUE ESTABLECE LA LEY DEL CONSEJO TUTELAR RELATIVA DEL ESTADO DE PUEBLA, ES VIOLATORIO DE LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE ADECUADA DEFENSA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 20, APARTADO A, FRACCIONES V Y IX, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. Acorde a los artículos 15, 16, 18, 25, 26, 28, 29 y 30 de dicha ley secundaria, el procedimiento de menores infractores en el Estado de Puebla, comprende: a) La consignación por parte del Ministerio Público u otra autoridad al consejo y la radicación del expediente; b) La investigación clínica y social y el auto que resuelve la situación jurídica del menor, estableciendo si existe o no causa para continuar el procedimiento (en caso afirmativo, se practicarán los exámenes de la especialidad y se recibirán las demás pruebas que se ofrezcan en defensa del menor); c) La convocación a los consejeros para la consideración del proyecto de resolución definitiva; y, d) La sentencia definitiva que dicta el consejo con la aprobación de la mayoría de sus miembros. En ese procedimiento no se advierten prerrogativas a favor del quejoso frente a los actos por los que se le impone una medida tutelar, que tiende a privarlo de la libertad, pues si bien en el artículo 26 se establece que una vez presentado el menor ante el presidente del consejo tutelar o ante el delegado correspondiente procederán, entre otras cosas, a escucharlo sin demora, como a sus acusadores o a los denunciados que hayan comparecido y al representante de la defensa del menor y la familia, a fin de establecer si existe o no causa para continuar el procedimiento, resulta que no se da oportunidad al menor para defenderse, bien por conducto de sus padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad o del profesional de su confianza, esto último de lo que gozan los adultos procesados penalmente, en términos del artículo 20, apartado A, fracción IX, constitucional. Lo anterior se impone considerando que por conductas que implican infracciones a la ley, las autoridades del consejo tutelar pueden aplicar al menor infractor medidas de seguridad, que entrañan actos privativos de la libertad o de sus derechos; aun cuando los artículos 16, 26, fracción I, 28 y 30 establecen como órgano auxiliar oficioso la figura del representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, sobre el que recaen las facultades tutelares de la defensa del menor, su intervención es impositiva y no responde con plenitud a las garantías del menor y que corresponde ejercitar a sus padres, tutores o al profesional que pueda designar (por conducto de sus padres), a efecto de que sea asesorado en cuanto pueden aconsejarlo con base en conocimientos técnicos y en la experiencia, además de informarle las normas sustanciales y procesales relacionadas con el hecho y las peculiaridades del caso, implicando dicha asistencia la vigilancia del interviniente en los diversos actos del proceso, como son el cumplimiento de términos y el curso mismo de éste, lo cual podrá ser en forma mancomunada con el citado representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia. Por otra parte, el procedimiento al que son sometidos los menores limita la recepción de pruebas al prudente arbitrio del consejo tutelar, ya que en términos del artículo 28 de la ley, una vez declarada la existencia de la causa para continuar el procedimiento en términos del artículo 26, se dispone de quince días naturales para integrar el expediente, permitiendo el presidente del consejo o el delegado correspondiente, que en ese lapso los consejeros sometan al menor a los exámenes de su especialidad, escuchándolo, al igual que a las personas cuya declaración estime necesaria, como al representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, pudiendo allegar de oficio las pruebas conducentes, y sobre ese particular, el diverso numeral 30 precisa que en la sesión del consejo o delegación que corresponda, el secretario expondrá y justificará el proyecto de resolución definitiva, y en dicha sesión se desahogarán las pruebas que a "juicio" del consejo o delegación sean pertinentes, todo lo cual permite establecer la limitación del derecho del menor de probar en la citada audiencia, quedando al arbitrio del consejo tutelar el desahogo de los medios de prueba que a su juicio sean pertinentes, siendo que el artículo 20, apartado A, fracción V, constitucional, lleva a la obligada conclusión de que se deben recibir las pruebas que ofrezca a fin de obtener la convicción de inocencia de quien lo juzga, respecto de los hechos que le son atribuidos. En esa forma, es inconcusos que el procedimiento establecido en la ley en comento, coarta las garantías anotadas, por una parte, por no instituir a favor del menor las defensas a que tiene derecho, pues no le permite que intervenga en su defensa por conducto de sus padres, tutores o

De ahí que el artículo 18 Constitucional se haya modificado, quedando en el siguiente sentido:

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

El artículo segundo transitorio de tal reforma, estableció que “Los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con 6 meses a partir de la entrada en vigor del decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente decreto”.

Todo lo anterior implica, como vemos, que en materia del procedimiento de menores infractores debería implementarse la fórmula del cuerpo del delito y la

quienes ejerzan la patria potestad, o a través del defensor o persona de confianza que quiera señalar, antes de establecer si existe causa para someterlo a procedimiento y, por la otra, que se le limita el derecho de rendir pruebas antes y después de la sesión prevista en el artículo 30, pues queda al prudente arbitrio del consejo el desahogo de las que considere prudentes, hecho que evidentemente coarta la garantía de audiencia del menor, para ejercer por conducto de quienes su derecho representen, las pruebas durante la tramitación del procedimiento tutelar, lo que es contrario a lo dispuesto en los citados preceptos constitucionales. (Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Abril de 2002, Página: 1291, Tesis: VI.2o.P.27 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal)

probable responsabilidad, por lo menos en lo que se refiere a las órdenes de detención, porque de lo contrario, se estaría faltando a las garantías del debido proceso legal.

6. Declaración de procedencia.

El artículo 25 de la Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos, establece:

ARTÍCULO 25.- Cuando se presente denuncia o querrela por particulares o requerimiento del Ministerio Público cumplidos los requisitos procedimentales respectivos para el ejercicio de la acción penal, a fin de que pueda procederse penalmente en contra de algunos de los servidores públicos a que se refiere el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución General de la República, se actuará, en lo pertinente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el capítulo anterior en materia de juicio político ante la Cámara de Diputados. En este caso, la Sección Instructora practicará todas las diligencias conducentes a establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita. Concluida esta averiguación, la Sección dictaminará si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado.

Si a juicio de la Sección, la imputación fuese notoriamente improcedente, lo hará saber de inmediato a la Cámara, para que ésta resuelva si se continúa o desecha, sin perjuicio de reanudar el procedimiento si posteriormente aparecen motivos que lo justifiquen.

Para los efectos del primer párrafo de este artículo, la Sección deberá rendir su dictamen en un plazo de sesenta días hábiles, salvo que fuese necesario disponer de más tiempo, a criterio de la Sección. En este caso se observarán las normas acerca de ampliación de plazos para la recepción de pruebas en el procedimiento referente al juicio político.

ARTÍCULO 26.- Dada cuenta del dictamen correspondiente, el Presidente de la Cámara anunciará a ésta que debe erigirse en Jurado de Procedencia al día siguiente a la fecha en que se hubiese depositado el dictamen, haciéndolo saber al inculpado y a su defensor, así como al denunciante, al querellante o al Ministerio Público, en su caso.

CAPÍTULO VII. CRÍTICA AL CUERPO DEL DELITO

La fórmula sugerida por el Senado para la construcción del cuerpo del delito, y adoptada por muchos Códigos de Procedimientos Penales, ha sido criticada enérgicamente por un sector mayoritario de la doctrina. Alejandro Sosa Ortiz, por ejemplo, señala que dicha reforma se traduce en un franco retroceso, al establecer:

"porque si bien, asumiendo la corriente causalista que ubica al dolo y a la culpa como especies de la culpabilidad, existen delitos, como el de Homicidio, de Lesiones, Infanticidio, Aborto, etc., los cuales requieren únicamente de elementos objetivos o materiales; también existen múltiples tipos penales básicos, que contienen elementos normativos y subjetivos específicos mismos que revelan el carácter antisocial de la conducta descrita y justifican el reproche penal. Luego entonces, si no se atienden a estos últimos estaríamos en condiciones de afirmar que la demostración de una conducta enteramente inocua acredita cierto cuerpo de delito, lo cual resulta no absurdo sino asistemático, al margen de que una prisión preventiva fincada en ella carece en absoluto de justificación"⁹⁶.

Este es un tema, sin embargo, que no es nuevo, pues el original cuerpo del delito contemplado en la Constitución antes de las reformas de 1993, fue blanco de semejantes críticas. El maestro Rivera Silva, refiriéndose al Cuerpo del Delito antes de las reformas de 1993, sostenía lo siguiente:

"El Código Federal de Procedimientos Penales, manifiesta que 'el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal'. Lo expresado por la ley, ha permitido que algunos autores crean que para la comprobación del cuerpo del delito no se necesita demostrar la existencia de elementos subjetivos, valorativos, de relación, etcétera, sino únicamente los que se perciban por los sentidos. Esta interpretación es falsa, pues por materiales debe entenderse todo lo que es materia de la definición del delito. Por otra parte, debe pensarse que se está buscando base para un proceso, la cual se obtiene acreditándose que en el mundo histórico se ha presentado un hecho de los que define la ley como delito. Si nada más se probaran los elementos que se perciben por los sentidos, en muchas ocasiones no se podría justificar la existencia de un delito y, en consecuencia, la iniciación del proceso, ni la actividad jurisdiccional. Si únicamente se comprobaran los elementos materiales, desde el punto de vista que acabamos de indicar, se llegaría en algunas ocasiones a la absurda posición de procesar a sujetos por actos completamente lícitos, además de que en otras, no se podría precisar el delito por el cual se va a seguir el proceso, en virtud de que los

⁹⁶ SOSA ORTIZ, Alejandro *Op. cit.* p. 9.

elementos materiales de varios delitos son idénticos, como sucede en el homicidio y en el parricidio⁹⁷.

La línea de pensamiento del maestro Rivera Silva, sin embargo, no era coincidente con los entonces criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto a que, ésta, descartaba cualquier aspecto de índole subjetivo dentro del cuerpo del delito, por lo que, tales comentarios, quedaban a nivel de crítica sobre un concepto que, a su juicio, era político-criminalmente inconveniente⁹⁸.

Sosa Ortiz, mediante algunos ejemplos, pone de relieve algunos inconvenientes del actual cuerpo del delito, particularmente del que prescinde de elementos normativos y subjetivos:

"Si la comprobación del cuerpo del delito de Robo genérico, no requiere para su acreditación que la cosa materia del apoderamiento, sea 'ajena', ni 'sin consentimiento' de la persona que pueda disponer de ella (elementos normativos del tipo), la aprehensión de cualquier mueble, incluyendo los propios y los ajenos, mediando el consentimiento de su propietario, será susceptible de lograr dicha comprobación.

"Si la acreditación del cuerpo del delito de Uso indebido de atribuciones y facultades, previsto en el artículo 217, fracción I, del Código Penal Federal no exige que las varias conductas descritas en sus incisos del a) al d), se realicen indebidamente (elemento normativo del tipo, que justifica la relevancia penal a la conducta descrita); pueden conformar tal comprobación, la realización de acciones comprendidas dentro de las atribuciones y facultades del servidor público y, por ende, legal y debidamente ejecutadas.

"Además, por cuanto hace a los ilícitos de comisión por omisión, que define el segundo párrafo del artículo 7 del CPF, resulta prácticamente imposible configurar el cuerpo del delito sin acudir al elemento normativo del tipo: calidad de garante del sujeto activo, parte esencial de tal definición.

"Si la comprobación del delito de Fraude específico, previsto en la fracción II, del artículo 387 del CPF "al que por título oneroso enajena alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, ...si ha recibido el

⁹⁷ RIVERA SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, Sexta Edición, México, Editorial Porrúa, 1973, p.165.

⁹⁸ CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE. 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 refiere sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito. (Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte HO, Tesis: 845, Página: 544)

CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. (Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte HO, Tesis: 848, Página: 545).

precio...” no requiere demostración de que no tiene derecho para disponer de la cosa (elemento normativo del tipo); basta para tal efecto, acreditar la venta de una cosa, sin importar que sea propiedad del vendedor y que no tenga ninguna limitación jurídica para enajenarla, para configurar el respectivo cuerpo del delito.

“Si en la comprobación del delito de Espionaje previsto en el artículo 127 del CPF, no se exige que la relación o inteligencia que el extranjero tenga con un grupo o gobierno extranjero, sea ‘con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior’ (elemento subjetivo específico del tipo), cualquier relación de un extranjero con el gobierno de otro país (v. gr. La solicitud de un extranjero de una visa o de una beca a un gobierno de otro país a través de su embajada en México), pudiera conformar el cuerpo del delito referido.

“Si para la comprobación del diverso delito de Fraude específico, previsto en el artículo 387, fracción XXI, del CPF no se exige el que se acredite que el libramiento del cheque rechazado por no tener cuenta el librador o por insuficiencia de fondos hubiese sido emitido con el ‘fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido’, la expedición de dicho título con motivo de una donación, en garantía, o para cubrir una adeudo preexistente, será suficiente para configurar el cuerpo del delito en cuestión.

“Si para la acreditación del cuerpo del delito del ilícito de Delincuencia organizada, previsto en los artículos 2º y 4º de la Ley Federal contra la misma, no se exige que el acuerdo de 3 o más personas para organizarse o la organización de éstos, en forma permanente o reiterada, tenga como fin cometer alguno o algunos de los ilícitos señalados en el primer precepto, cualquier acuerdo para organizarse u organización con las citadas características (de 3 o más personas en forma permanente o reiterada) aunque tuviere un objeto lícito, configuraría la corporeidad del delito en cuestión”.⁹⁹

Asimismo, “no se explica como se resolverían los casos de tentativa punible, considerando que al omitir el estudio de los elementos subjetivos y en consecuencia del dolo, sería imposible determinar con exactitud el delito imputable a determinadas personas, en aquéllas hipótesis en donde el aspecto material del delito es similar o idéntico y la clasificación legal del tipo dependa del fin perseguido por el agente, quedando al arbitrio del juzgador o a intereses mezquinos detener a una persona, por ejemplo, por tentativa de homicidio mediante golpes dirigidas a matarle, o de lesiones consumadas; o determinar si una persona debe ser capturada por tentativa de violación o abuso sexual; pues en su aspecto externo las conductas son idénticas, y lo único que puede distinguir una acción de otra, son los elementos internos”.¹⁰⁰

⁹⁹ SOSA ORTIZ, Alejandro *Op. cit.* p.10

¹⁰⁰ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando *Op. cit.* p. 145.

1. Toma de postura.

La llegada del sistema finalista de la acción, acuñado desde 1930, por Hans Welzel, provocó revuelo en el sistema mexicano, dentro de las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales de 1994. La exigencia de acreditar los elementos del tipo penal –y dentro de éste el dolo y la culpa- en las órdenes de aprehensión, vino a ajustarse a un marco de derecho que otorgaba a los ciudadanos una garantía de seguridad jurídica. 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 dio marcha atrás a un sistema penal que estaba avanzando. La reforma excluyó del estudio de la orden de aprehensión y autos de formal prisión, el relativo a los elementos subjetivos del tipo penal, lo que debe entenderse como la represión de conductas ciegas, como lo sostuvo Welzel. Los ánimos de lucro, de apropiación indebida, los a sabiendas, las maquinaciones y tantos otros elementos de esta naturaleza que la ley penal mexicana requiere como parte integrante del tipo, son innecesarios para encarcelar a alguien.

Con ello, hemos convertido al derecho penal en instrumento auténtico de venganza privada, pues ahora, por citar un ejemplo, cualquier deuda civil podría ser señalada como fraude, para que las personas obtengan mediante la vía penal, el pago de las cantidades a las que tendrían o no derecho, en un juicio estrictamente civil. Efectivamente, el fraude es la obtención de un lucro mediante engaño. Toda deuda civil engendra un lucro por una de las partes; cualquier préstamo, por ejemplo, engendra un lucro y como el engaño es un aspecto subjetivo del fraude, queda excluido, en consecuencia, del estudio del cuerpo del delito. Por otra parte, como la probable responsabilidad es un término de interpretación, si el juez estima que hubo un lucro y que probablemente una persona es responsable de ese lucro, entonces,

librará orden de aprehensión o, peor aún, sujetará a un proceso penal a esa persona, cuando a lo mejor nunca engañó a la otra para obtener ese beneficio económico, en cuyo caso estaríamos frente a una obligación meramente civil.

De ahí que nos parezca político-criminalmente inconveniente el cuerpo del delito que excluye los elementos típicos normativos y subjetivos (genéricos¹⁰¹ y específicos). Nos afiliamos a las fórmulas acogidas en las legislaciones de los estados de Baja California Sur, Hidalgo y Morelos.

¹⁰¹ Creemos que los elementos subjetivos genéricos (dolo y culpa) también deben estar incluidos en el concepto del cuerpo del delito, pues sin el estudio de ellos, figuras como la tentativa y la participación criminal, no pudieran explicarse ni acreditarse para el dictado de resoluciones como la orden de aprehensión y el auto de formal prisión. Además, tratándose de la tentativa, existen casos en que sin el estudio de los elementos subjetivos genéricos (intención del sujeto activo), resulta imposible diferenciar si nos encontramos ante la tentativa de un delito o ante algún otro, pues los elementos materiales de algunos delitos son idénticos, y de lo único que depende su tipificación es de los elementos internos (intención o fin) del sujeto activo.

CAPÍTULO VIII.- CUERPO DEL DELITO EN LOS CÓDIGOS PENALES DEL PAÍS.

Fórmulas actuales del Cuerpo del Delito en la Federación y en las distintas Entidades Federativas del País.

1. Código Federal de Procedimientos Penales¹⁰².

Artículo 168.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

2. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal¹⁰³.

Artículo 122

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

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

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

3. Legislación Penal para el estado de Aguascalientes¹⁰⁴.

Artículo 337

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos que constituyan la materialidad del hecho establecida en la

¹⁰² Código Federal de Procedimientos Penales consultado en la página de Internet de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/7.doc> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹⁰³ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal consultado en la página de Internet de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal: <http://www.asambleadf.gob.mx/al/pdf/010805000003.pdf> Página consultada el 5 de marzo del 2008.

¹⁰⁴ Legislación Penal para el estado de Aguascalientes consultada en la página de Internet del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/2/7/default.htm?s> Página consultada el 29 de julio del 2007.

descripción típica correspondiente, especificándose en cada caso los que a continuación se señalan:

I. El resultado de afectación, destrucción, disminución o compresión del bien jurídico protegido o su puesta en peligro, como probabilidad asociada a la afectación, destrucción, disminución o compresión de tal bien jurídico, separable en espacio y tiempo de la conducta;

II. La víctima del hecho punible, o el titular del bien jurídico protegido por la correspondiente figura típica, tomando en cuenta sus calidades específicas, cuando estas sean exigibles;

III. El inculpado, sea autor, partícipe o cómplice del hecho punible, por haber realizado o colaborado en la realización de la acción u omisión descrita en la figura típica correspondiente, tomando en cuenta sus calidades específicas, y número específico cuando estas sean exigibles;

IV. El objeto de la conducta como la persona o entidad material sobre la que recae la acción u omisión de la figura típica correspondiente;

V. La acción que es el movimiento corporal descrito en la figura típica correspondiente, adecuada para producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; o la omisión, que es la no realización de la actividad ordenada en la figura típica correspondiente, adecuada para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; y

VI. Las referencias o modalidades que puedan presentarse en las descripciones típicas necesarias para su configuración y relativas a los medios tiempo ocasión y espacio.

4. Código de Procedimientos Penales de Baja California¹⁰⁵.

Artículo 255.

Cuerpo del Delito. El cuerpo del delito se integra por el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley; así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

5. Código de Procedimientos Penales de Baja California Sur¹⁰⁶.

Artículo 259.

INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO. El cuerpo del delito se integra por los elementos constitutivos del tipo penal del que se trate y se acreditara por cualquier medio probatorio que señale la Ley.

¹⁰⁵ Código de Procedimientos Penales de Baja California consultado en la página de Internet de dicho estado: http://www.congresobc.gob.mx/Csocial/Parlamentarias/TomosPDF/Leyes/TOMO_V/Codprope_31AGO2007.doc consultada el 29 de julio del 2007.

¹⁰⁶ Código de Procedimientos Penales de Baja California Sur consultado en la página de Internet del Congreso del estado de dicho estado: http://www.cbcs.gob.mx/marco_juridico/D1526-3.doc Página consultada el 29 de julio del 2007.

Para tener por comprobado el cuerpo del delito en averiguación previa e instrucción, la autoridad competente deberá acreditar los siguientes elementos típicos:

- I. La lesión o, en su caso, el peligro en el que ha sido colocado el bien jurídicamente protegido;
- II. El objeto material y sus características;
- III. Que el resultado producido sea atribuible a una determinada actividad o inactividad humana;
- IV. El o los medios utilizados y, en su caso, si estos son los previstos por el tipo;
- V. Las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión, cuando el tipo lo exija;
- VI. Si la acción o la omisión han sido realizadas de manera dolosa, culposa o preterintencional;
- VII. El número de personas que intervinieron en la comisión del hecho;
- VIII. La calidad de los sujetos activos o pasivos, en caso de requerirlo el tipo; y
- IX. Las demás circunstancias específicas que el tipo en particular prevea.

6. Código de Procedimientos Penales del estado de Campeche¹⁰⁷.

No establece definición del concepto en estudio.

7. Código de Procedimientos Penales para el estado de Chiapas¹⁰⁸.

Artículo 124.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de los hechos que la ley señala como delito; así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

8. Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua¹⁰⁹.

Artículo 195.

Cuerpo del delito es el evento antijurídico en el que concurren las notas descritas en el tipo penal.

Artículo 196.

Se tendrá por demostrado el cuerpo del delito cuando por cualquier medio se prueba se acrediten los hechos, las actitudes subjetivas y todas las demás situaciones que corresponden a los elementos que integran el tipo penal.

¹⁰⁷ Código de Procedimientos Penales del el estado de Campeche consultado en la página de Internet del Congreso de dicho estado:

http://congresocam.gob.mx/LIX/index.php?option=com_content&task=view&id=29&Itemid=57

¹⁰⁸ Código de Procedimientos Penales para el estado de Chiapas consultado en la página de Internet del Congreso de dicho estado: <http://www.congresochiapas.gob.mx/goto/sitio/leyes/--/action=despliega/id=123/index.htm>

¹⁰⁹ Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua consultado en la página de Internet del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/9/179/default.htm?s>

9. Código de Procedimientos Penales de Coahuila¹¹⁰.

Artículo 274.

COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD. El juzgador comprobará las categorías procesales necesarias para ejercitar la acción penal cuando este código lo indique. Para ello verificará:

I. CUERPO DE DELITO. La prueba del cuerpo del delito, a través de la concreción histórica de los elementos del tipo penal que sean materiales o descriptivos y normativos, con inclusión de la culpa en su caso, que sean esenciales para la punibilidad del hecho; los que estimará de manera impersonal.

II. PROBABLE RESPONSABILIDAD. La probable responsabilidad del inculpado. Ésta se conformará cuando: 1) En favor de aquél falte prueba de excluyente de delito por impedir la antijuridicidad o la culpabilidad; y, 2) Haya datos bastantes de una o más formas de intervención típica del inculpado; así como, en su caso, de los elementos subjetivos específicos del tipo penal; igualmente, del dolo y de la culpabilidad de aquél. Para apreciar los elementos subjetivos específicos; el dolo y la culpabilidad; se estará a lo que previenen el código penal y este código.

Existirán datos bastantes: Cuando haya indicios graves que concurren o concuerden sobre el tema a demostrar; sin contraindicios de igual eficacia, a menos que se puedan descartar.

10. Código de Procedimientos Penales para el estado de Colima¹¹¹.

Artículo 278.

Por cuerpo del delito se entiende la demostración de todos los elementos materiales que integran la infracción.

Para la sentencia definitiva u otra resolución que ponga fin al proceso, se requerirá de la demostración, con prueba plena e indubitable, de la totalidad de los elementos del tipo, incluyendo en su caso los subjetivos y normativos.

Son elementos del tipo:

- 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:

¹¹⁰ Código de Procedimientos Penales de Coahuila consultado en la página de Internet del Congreso de dicho estado: http://www.congresocoahuila.gob.mx/index.cfm/mod.legislacion_archivo/dir.codigos/gen.zip/index.coah Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹¹¹ Código de Procedimientos Penales para el estado de Colima consultado en la página de Internet del Congreso de dicho estado: http://www.congresocol.gob.mx/leyes/codigo_procedimientos_penales.doc Página consultada el 29 de julio del 2007.

- 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;
- f) Los elementos normativos en general;
- g) Los elementos subjetivos específicos y
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

Elementos subjetivos, son los que se derivan de la persona del delincuente o del ofendido.

Elementos normativos, son todos aquellos que se derivan de la existencia de cualquier disposición legal relacionada con el delito.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado la autoridad deberá constatar que obren datos suficientes para identificarlo como quien incurrió en la conducta típica de que se trate.

Los elementos del tipo, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

11. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Durango¹¹².

Artículo 138.

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 determine la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código.

12. Código de Procedimientos Penales del Estado de México¹¹³.

Artículo 121.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de los elementos objetivos del tipo; así como los normativos y los subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste.

¹¹² Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Durango consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://congresodurango.gob.mx/> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹¹³ Código de Procedimientos Penales del Estado de México consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.cddiputados.gob.mx/POLEMEX/POLEMEX.HTML> Página consultada el 29 de julio del 2007.

67286

13. Código de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato¹¹⁴.

Artículo 158.

Para efectos de este Código, se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal; y por probable responsabilidad, que las constancias que se hayan recabado acrediten presuncionalmente que el acusado ejecutó el hecho delictuoso o que participó en su comisión.

14. Código de Procedimientos Penales para el estado de Guerrero¹¹⁵.

Artículo 64.

El cuerpo del delito correspondiente se tendrá por comprobado, cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del delito.

15. Código de Procedimientos Penales para el estado de Hidalgo¹¹⁶.

Artículo 384.

El cuerpo del delito se integra por los elementos constitutivos de la conducta típica que se desprende de la descripción legal del delito que se trate, y se comprobará por cualquiera de los medios probatorios que permita la ley.

Artículo 385.

Para tener por comprobado el cuerpo del delito, el juzgador, o en su caso el ministerio público, deberán tomar en consideración:

- I. La existencia de una acción u omisión, realizada voluntariamente;
- II. La lesión del bien jurídicamente protegido o, en su caso, el peligro en que ha sido colocado;
- III. Que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sea atribuible a tal actividad o inactividad humana realizada voluntariamente;
- IV. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión;

¹¹⁴ Código de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.congresogto.gob.mx/legislacion/Codigos%20/Penales.doc> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹¹⁵ Código de Procedimientos Penales del estado de Guerrero consultado en la página de Internet del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/13/289/default.htm?s> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹¹⁶ Código de Procedimientos Penales para el estado de Hidalgo consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/leyesestatales.php> Página consultada el 29 de julio del 2007.

- V. El objeto material y sus características;
- VI. Los especiales medios de realización;
- VII. Las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión;
- VIII. La calidad o número de los sujetos activo o pasivo;
- IX. Los especiales elementos subjetivos en el autor, distintos del dolo; y
- X. Las demás circunstancias específicas que el tipo en particular prevea.

Los elementos señalados en las fracciones V a X, sólo se tomarán en consideración cuando la descripción de la conducta típica así lo requiera.

16. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Jalisco¹¹⁷.

Artículo 116.

El Ministerio Público deberá procurar, ante todo, que se acredite el cuerpo del delito de que se trate. Por cuerpo del delito, se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito.

17. Código de Procedimientos Penales del estado de Michoacán¹¹⁸.

Artículo 106.

Qué se entiende por comprobación de los elementos constitutivos del tipo penal. Se tendrán por acreditados los elementos constitutivos del tipo penal, cuando se justifiquen por cualquier medio probatorio que señale la ley o no esté reprobado por ésta.

¹¹⁷ Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Jalisco consultado en la página de Internet de dicho estado:

<http://www.congreso.jalisco.gob.mx/Servicios/BibVirtual/busquedasleyes/archivos/Código%20de%20Procedimientos%20Penales.doc> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹¹⁸ Código de Procedimientos Penales del estado de Michoacán consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://148.233.116.67/NXT/gateway.dll/Leyes/codigo%20de%20procedimientos%20penales.htm> Página consultada el 29 de julio del 2007.

18. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Morelos¹¹⁹.

Artículo 137.

Para acreditar el cuerpo del delito y de la responsabilidad penal, se establecerá la adecuación de los hechos investigados con la descripción típica contenida en la Ley, considerando todos los datos que ésta previene; el carácter doloso o culposo de la conducta del inculpaado y la intervención que éste tuvo en los hechos que se le atribuyen, bajo cualquiera de las formas de autoría y participación que el Código Penal reconoce. Asimismo se descartará la existencia de causas que excluyan la incriminación del delito o extingan la pretensión, conforme a lo estipulado por el mismo ordenamiento. Para ello, el Ministerio Público y el tribunal podrán emplear los medios de investigación que estimen conducentes conforme a las reglas probatorias contenidas en este Código.

19. Código de Procedimientos Penales para el estado de Nayarit¹²⁰.

Artículo 130.

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

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

20. Código de Procedimientos Penales del estado de Nuevo León¹²¹.

ARTÍCULO 150 Bis.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por el Código Penal vigente en el Estado. Tratándose de la orden de aprehensión y detención, del auto de formal prisión y del auto de sujeción a proceso, deben incluirse los elementos subjetivos o valorativos que en su caso deban considerarse integrantes de la figura penal y las modalidades o circunstancias modificativas del delito.

¹¹⁹ Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Morelos consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.congresomorelos.gob.mx/> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹²⁰ Código de Procedimientos Penales para el estado de Nayarit consultado en la página de Internet de dicho estado: http://www.congreso-nayarit.gob.mx/trabajo_parlamentario/compilacion/codigo/c_procpenal.htm

¹²¹ Código de Procedimientos Penales del estado de Nuevo León consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.congreso-nl.gob.mx/portal/contenido.php?tema=leyes&directo=1&ruta=../contenidos/leyes/Codigos/CODIGO%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20PENALES%20DEL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.htm&nombre=CODIGO%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20PENALES%20DEL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON>

La probable responsabilidad la constituye la existencia de datos que arroje la averiguación previa que, en un examen preliminar, produzcan convicción superior a la posibilidad y aproximado a la certeza, sobre la participación del inculpado en la comisión del delito que se le imputa y hagan razonable y justa su aprehensión o su sometimiento a formal procesamiento.

21. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Oaxaca¹²².

Artículo 25.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos o externos y normativos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la Ley de la materia y los siguientes elementos:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión;
 - II. La lesión o en su caso, la puesta en peligro del bien jurídico protegido;
- Además de elementos objetivos, deberán acreditarse cuando así sea necesario:
- III. La calidad específica de los sujetos activo y pasivo;
 - IV. El resultado material y su atribuibilidad a la acción u omisión;
 - V. El objeto material;
 - VI. Los medios utilizados;
 - VII. Las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión; y
 - VIII. Cualquier otra circunstancia objetiva que la ley prevea.

22. Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el estado libre y soberano de Puebla¹²³.

Artículo 83.

El Ministerio Público deberá durante la averiguación previa, acreditar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal, respetando en todo momento los ordenamientos Constitucionales; a la Autoridad Judicial, por su parte, le corresponderá analizar si ambos requisitos se acreditan en autos.

Por cuerpo del delito se entiende, el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la Ley señala como delito; así como a los elementos normativos; en el caso de que la descripción típica lo requiera.

En los casos en que la descripción legal incorpore algún elemento subjetivo o interno, será necesario acreditar el mismo.

¹²² Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Oaxaca consultado en la página de Internet de dicho estado:

<http://www.oaxaca.gob.mx/download/codigoprocedimientospenalesestado.pdf> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹²³ Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el estado libre y soberano de Puebla consultado en la página de Internet de dicho estado:

<http://www.congresopuebla.gob.mx/prensa/tmp/cprdef.doc> Página consultada el 29 de Julio del 2007.

23. Código de Procedimientos Penales para el estado de Querétaro¹²⁴.

Artículo 246

(Integración del cuerpo del delito). Se tendrá por acreditado el cuerpo del delito, cuando se comprueben los elementos constitutivos del tipo penal del delito de que se trate, por cualquier medio probatorio que señale la ley.

24. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Quintana Roo¹²⁵.

Artículo 71.

El tipo penal se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos que constituyan el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

Por elementos del tipo penal se entenderán los que hasta ahora han dado contenido al cuerpo del delito; por tanto, en todos los artículos de este Código que hacen referencia a este concepto, ésta denominación será considerada equivalente a elementos del tipo penal.

25. Código de Procedimientos Penales para el estado de San Luis Potosí¹²⁶.

Artículo 107.

El Ministerio Público aportará los datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

¹²⁴ Código de Procedimientos Penales para el estado de Querétaro consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.legislaturaqro.gob.mx/files/codigos/word/05%20Codigo%20Procedimientos%20Penales.doc> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹²⁵ Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Quintana Roo consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.congresoqroo.gob.mx/CodigosWord/C1120060912002.doc> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹²⁶ Código de Procedimientos Penales para el estado de San Luis Potosí consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://148.235.65.21/sil/docs/62%20Co%20Proc%20Penales.pdf> Página consultada el 29 de julio del 2007.

El cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, salvo en los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

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

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél, alguna excluyente de responsabilidad penal u otra causa extintiva de la misma.

26. Código de Procedimientos Penales para el estado de Sinaloa¹²⁷.

Artículo 170.

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

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o extremos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad. (Ref. por Decreto Núm. 142, publicado en el P. O. Núm. 82 de 09 de julio de 1999).

El cuerpo del delito deberá acreditarse plenamente. Para la acreditación de la probable responsabilidad bastará prueba indiciaria. (Ref. por Decreto Núm. 142, publicado en el P. O. Núm. 82 de 09 de julio de 1999).

27. Código de Procedimientos Penales para el estado de Sonora¹²⁸.

Artículo 164.

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

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal.

¹²⁷ Código de Procedimientos Penales para el estado de Sinaloa consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.congresosinaloa.gob.mx/> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹²⁸ Código de Procedimientos Penales para el estado de Sonora consultado en la página de Internet de dicho estado: http://www.congresoson.gob.mx/Leyes_Archivos/doc_3.pdf Página consultada el 29 de julio del 2007.

Será probable la responsabilidad del inculpado, cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca razonablemente que pudo haber participado en la comisión de la conducta o hechos constitutivos del delito de que se trate y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito de las contenidas en el artículo 13 del Código Penal.

28. Código de Procedimientos Penales para el estado de Tabasco¹²⁹.

Artículo 137.

Para comprobar los elementos del cuerpo del delito, se establecerá la adecuación de los hechos acreditados con los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito, un elemento subjetivo o normativo como elemento constitutivo esencial, será necesaria su acreditación.

29. Código de Procedimientos Penales para el estado de Tamaulipas¹³⁰.

Artículo 158.

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

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

30. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Tlaxcala¹³¹.

Artículo 62.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso. Estos elementos

¹²⁹ Código de Procedimientos Penales para el estado de Tabasco consultado en la página de Internet de dicho estado: http://www.congresotabasco.gob.mx/sitio/trab_legis/codigos_pdfs/Codigo%20de%20Procedimientos%20Penales%20para%20el%20Estado%20de%20Tab.pdf Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹³⁰ Código de Procedimientos Penales para el estado de Tamaulipas consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.congresotamaulipas.gob.mx/html/legisla/codigos/cod08.pdf> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹³¹ Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Tlaxcala consultado en la página de Internet del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/30/746/default.htm?s> Página consultada el 29 de julio del 2007.

materiales se probarán con cualquiera de los medios de prueba establecidos por la ley.

31. Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Veracruz¹³².

Artículo 178.-

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

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del hecho previsto como delito por la ley, salvo aquellos que para su comprobación corpórea se aplique regla especial.

La probable responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito que se le imputa y no exista acreditada a su favor alguna causa de licitud o alguna excluyente de delito.

32. Código de Procedimientos en Materia Penal del estado de Yucatán¹³³.

Artículo 255.

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

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, y se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de esos elementos por cualquier medio de prueba siempre que no sea de los prohibidos por la ley.

¹³² Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Veracruz consultado en la página de Internet de dicho estado: [http://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/PROCPENALES2-08-07\(2\).pdf](http://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/PROCPENALES2-08-07(2).pdf) Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹³³ Código de Procedimientos en Materia Penal del estado de Yucatán consultado en la página de Internet de dicho estado: http://www.congresoyucatan.gob.mx/pdf/CODIGO_PROCEDIMIENTOS_PENAL.pdf Página consultada el 29 de julio del 2007.

33. Código de Procedimientos Penales para el estado de Zacatecas¹³⁴.

Comprobación del Cuerpo Del Delito

ARTÍCULO 160.- El funcionario de policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

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

34. Código de Justicia Militar¹³⁵.

Artículo 454.- 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. La autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

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

¹³⁴ Código de Procedimientos Penales para el estado de Zacatecas consultado en la página de Internet de dicho estado: <http://www.congreso Zac.gob.mx/content/leyes/codigos/CódProcedimPenales.pdf> Página consultada el 29 de julio del 2007.

¹³⁵ Código de Justicia Militar consultado en la página de Internet de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/4.doc> Página consultada el 29 de julio del 2007.

**35. ELEMENTOS QUE COMPRENDE EL CONCEPTO DEL CUERPO DEL DELITO
EN LAS DIFERENTES LEGISLACIONES PENALES DEL PAÍS**

| Legislación penal | Elementos objetivos | Elementos normativos | Elementos subjetivos específicos | Elementos subjetivos genéricos |
|---|---------------------|----------------------|----------------------------------|--------------------------------|
| Aguascalientes Art. 337 LPA | Sí | No | No | No |
| Colima Art. 278 CPPCOL | Sí | No | No | No |
| Guerrero Art. 64 CPPGRO | Sí | No | No | No |
| Jalisco Art. 116 CPPJ | Sí | No | No | No |
| Nuevo León Art. 150 bis CPPNL ¹ | Sí | No | No | No |
| Tamaulipas Art. 158 CPPTAM | Sí | No | No | No |
| Tlaxcala Art. 62 CPPTL | Sí | No | No | No |
| Yucatán Art. 255 CPPY | Sí | No | No | No |
| Federal Art. 168 CFPP | Sí | Sí | No | No |
| Baja California Art. 255 CPPBC | Sí | Sí | No | No |
| Chiapas | Sí | Sí | No | No |

¹ El CPPNL contempla dos definiciones del concepto en estudio dependiendo de la etapa procesal de que se trate; una para el dictado de la orden de aprehensión y detención, del auto de formal prisión y del auto de sujeción a proceso (elementos objetivos, elementos normativos y elementos subjetivos específicos) y otra para las restantes etapas procesales en que deba acreditarse el cuerpo del delito, como por ejemplo, la consignación, la restitución de derechos al ofendido y el embargo precautorio de bienes para asegurar la reparación del daño (elementos objetivos).

| | | | | |
|--|----|----|----|----|
| Art. 124 CPPCHIA Oaxaca | Sí | Sí | No | No |
| Art. 25 CPPO Sinaloa | Sí | Sí | No | No |
| Art. 170 CPPSIN Justicia Militar Art. 454 | Sí | Sí | No | No |
| Chihuahua Art. 196 CPPCHIH | Sí | Sí | Sí | No |
| Distrito Federal Art. 122 CPPDF | Sí | Sí | Sí | No |
| Durango Art. 138 CPPD | Sí | Sí | Sí | No |
| Estado de México Art. 121 CPPEM | Sí | Sí | Sí | No |
| Guanajuato Art. 158 CPPGTO | Sí | Sí | Sí | No |
| Michoacán Art. 106 CPPMICH (elementos del tipo penal) | Sí | Sí | Sí | No |
| Nayarit Art. 130 CPPN | Sí | Sí | Sí | No |
| Puebla Art. 83 CPPP | Sí | Sí | Sí | No |
| Querétaro Art. 246 CPPQ | Sí | Sí | Sí | No |
| Quintana Roo Art. 71 CPPQR(Tipo penal) | Sí | Sí | Sí | No |
| San Luis Potosí Art. 107 CPPSLP | Sí | Sí | Sí | No |
| Sonora | Sí | Sí | Sí | No |

| | | | | | | |
|--|----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|
| Art. 164 CPPSON | | | | | | |
| Tabasco | Sí | Sí | Sí | Sí | No | No |
| Art. 137 CPPTAB Veracruz | Sí | Sí | Sí | Sí | No | No |
| Art. 178 CPPV Zacatecas | Sí | Sí | Sí | Sí | No | No |
| Art. 172 CPPZ Baja California Sur | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí |
| Art. 259 CPPBCS Hidalgo | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí |
| Art. 384 CPPH Morelos | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí |
| Art. 137 CPPMOR ² Coahuila | Sí | Sí | Sí | No | Sí ⁴ | Sí ⁴ |
| Art. 274 CPPCOA ³ Campeche | NO ESTABLECE DEFINICIÓN | NO ESTABLECE DEFINICIÓN | NO ESTABLECE DEFINICIÓN | NO ESTABLECE DEFINICIÓN | NO ESTABLECE DEFINICIÓN | NO ESTABLECE DEFINICIÓN |

² La legislación del estado de Morelos define el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en un sólo concepto, sin diferenciar cada uno de ellos.

³ El concepto que maneja la legislación del estado de Coahuila respecto del cuerpo del delito, es confuso, pues contempla que este es "el evento antijurídico", por lo que es debatible si también es necesario que se estudie la antijuridicidad cuando se acredite el cuerpo del delito.

⁴ Al establecer el concepto del cuerpo del delito, el legislador del estado de Coahuila estableció que este se acreditaría "...a través de la concreción histórica de los elementos del tipo penal que sean materiales o descriptivos y normativos, con inclusión de la culpa en su caso...", siendo confuso si se refiere a la culpa como una modalidad de la culpabilidad, o si se refiere integralmente a ésta; y al hablar de la probable responsabilidad, establece que ésta se conformará cuando "... Haya datos bastantes ... de los elementos subjetivos específicos del tipo penal; igualmente, del dolo y de la culpabilidad de aquél", existiendo así confusión de si la culpa deberá de estudiarse para acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad.

CONCLUSIONES

1. El cuerpo del delito es una figura de suma trascendencia en el procedimiento penal mexicano. Es el fundamento del ejercicio de la acción penal y del proceso mismo, al considerarlo la ley como requisito imprescindible para la consignación, el libramiento de la orden de aprehensión y para al auto de formal prisión o sujeción a proceso. Pero su importancia es todavía más notable, si lo entendemos como una fórmula legal para justificar uno de los actos de molestia más sensibles en contra de los ciudadanos: la prisión preventiva.

2. El término cuerpo del delito, como figura procesal, aparece por primera vez en la legislación mexicana en el año de 1856, dentro del artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, aunque, sus antecedentes más remotos, se ubican en otra época como quedó explicado en el cuerpo del presente trabajo.

3. Constitucionalmente hablando, el término cuerpo del delito aparece por primera vez en México en la Constitución del 1917, pues de acuerdo a su artículo 19, para la emisión del auto de formal prisión se exigía que estuviese acreditado el cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad del inculpado.

4. Aun cuando el texto constitucional de 1917 no establecía que debía entenderse por cuerpo del delito, la Primera Sala de la SCJN estableció dicho concepto a nivel jurisprudencial, señalando que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal¹³⁶.

5. En 1993, una reforma estructural a la Constitución abolió el cuerpo del delito y lo sustituyó por los elementos del tipo penal; mismos que debían acreditarse para

¹³⁶ Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte HO, Tesis: 848, Página: 545.

librar una orden de aprensión o para emitir un auto de formal prisión. Con tendencia finalista, el Código Federal de Procedimientos Penales –y algunas legislaciones estatales- incluyeron el dolo y la culpa en el análisis de los elementos típicos.

6. Es posible que la reforma constitucional de 1993 haya estado inspirada en la teoría final de la acción, pero es equivocada la percepción en cuanto a que, con tal reforma, se adoptó una teoría extranjera y que, por ende, se impusieron mayores requisitos para el dictado de la orden de aprehensión y el dictado del auto de formal prisión, al exigirse, para ambos, el acreditamiento de elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo.

Ello es así porque, dicha reforma constitucional, únicamente sustituyó el cuerpo del delito por los elementos del tipo, sin consigna expresa para el legislador secundario de incluir al dolo y la culpa como parte de los elementos del tipo, por lo que, en todo caso, fue el legislador federal el que implementó la teoría final de la acción en el sistema penal federal, pero el ejemplo más claro de que la reforma constitucional nada tuvo que ver en tal cambio, fue que, muchas entidades federativas, mantuvieron el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad y al sistema causalista como método de estudio del delito.

7. Es equivocado señalar que, cuando nos referimos a 'elementos que integran el tipo' estamos siguiendo lineamientos finalistas y cuando se hace alusión al 'cuerpo del delito' se toma una postura causalista o tradicional, pues como bien dice el Maestro Gerardo Armando Urosa Ramírez, *"la utilización del término 'tipo penal' no es exclusivo del finalismo, ya que se trata de un concepto sumamente estudiado por los causalistas, e incluso, con antelación al surgimiento del finalismo. Asimismo, no podemos atribuir al concepto 'cuerpo del delito' necesariamente una filiación tradicional, pues tratándose una categoría procesal, el jurista puede nutrirlo con el contenido dogmático que considere más adecuado, ya sea de acuerdo al modelo causalista, lógico-matemático, finalista, funcionalista, etcétera"*.

8. En 1999, una contra reforma a la constitución eliminó a los elementos del tipo penal y, en su lugar, integró nuevamente al cuerpo del delito como institución *sine qua non* para el libramiento de órdenes de captura y autos de sujeción a procesos.

9. Del dictamen elaborado por el Senado de la República respecto de la reforma antes mencionada, se advierte que por cuerpo del delito debe entenderse únicamente “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente en la ley penal”. De igual forma, el Senado estableció en dicho dictamen que “así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado”.

10. No obstante que el decreto de 1999 por el cual se reformaron los artículos 16 y 19 constitucionales, justificaba claramente la sustitución de “elementos del tipo” por “cuerpo del delito”, con la exigencia expresa de que la legislación secundaria debía dotar a este último con elementos meramente materiales, se conformaron, en los diversos Códigos de Procedimientos Penales del país, cinco conceptos diferentes de cuerpo del delito¹³⁷, con la consecuente problemática que plantea pluralidad de fórmulas legales sobre una misma figura.

11. Estamos de acuerdo que la Constitución no es lugar para dar connotaciones terminológicas, pero, en materia de garantías de seguridad jurídica, no nos debería importar romper con tal principio. La experiencia nos ha demostrado las graves consecuencias que han surgido por la diversificación de criterios y fórmulas sobre el cuerpo del delito. Esto debería tomarse con más seriedad si lo

¹³⁷ a).- Uno que entiende el cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos o externos del hecho delictuoso; b).- otro que lo entiende como el conjunto de elementos objetivos o externos y normativos del hecho delictuoso; c).- uno más como el conjunto de elementos objetivos o externos, normativos y subjetivos específicos del hecho delictuoso, d).- otro como el conjunto de elementos objetivos o externos, normativos, subjetivos específicos y genéricos (dolo y culpa) del hecho delictuoso, y; e) otro que no establece definición del concepto en estudio.

entendemos como una fórmula legal para justificar uno de los actos de molestia más sensibles en contra de los ciudadanos: la prisión preventiva.

Por ello es que, la definición del cuerpo del delito en la Constitución, lejos de ser un elemento incómodo de la misma, hubiera servido para dar seguridad jurídica a los gobernados, al tiempo que hubiera evitado muchos de los dilemas jurídicos que son materia de este trabajo y que aquejan cotidianamente a los tribunales del país.

12. Por las razones expuestas en el presente estudio, consideramos político-criminalmente inconveniente, el cuerpo del delito que excluya a los elementos normativos y subjetivos –genéricos y específicos-, por lo que nos afiliamos a las fórmulas consagradas en los Códigos de Procedimientos Penales de los estados de Baja California Sur, Hidalgo y Morelos, en donde el cuerpo del delito está integrado por elementos objetivos, normativos, subjetivos genéricos y subjetivos específicos.

PROPUESTAS

En virtud de lo expuesto a lo largo del presente trabajo, proponemos:

1.- Establecer la definición del Cuerpo del Delito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para dar seguridad jurídica a los gobernados y evitar así muchos de los dilemas jurídicos planteados en el cuerpo del presente trabajo.

2.- La definición de dicho concepto que se incluya en la Constitución, deberá incluir los elementos objetivos, los elementos normativos, así como los elementos subjetivos –genéricos y específicos-, por las razones de conveniencia político-criminal, expresadas en el cuerpo del presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Tipo y Error, en Estudios de Derecho Penal y Política Criminal*, México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, S.A., 1989.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al, Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Barcelona, Editorial Praxis, 1999.

CORTES IBARRA, Miguel Ángel, *Derecho Penal Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1992.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, México, Editorial Porrúa, 1995.

DÍAZ ARANDA, Enrique, "Detener, consignar y ¿en el proceso averiguar?", *Criminalia*, México, Año LXV. No. 1 Porrúa.

_____, *Dolo*, México, Editorial Porrúa, 2000.

DÍAZ, Clemente A., *El Cuerpo Del Delito*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1987.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997.

FERIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la Imputación Objetiva*, México, Ángel Editor, 2000.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Justicia y Reformas Legales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª ed; T. III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1992.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 1983.

LUNA CASTRO, José Nieves, *El Concepto del Tipo Penal en México*, México, Editorial Porrúa.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito*. Editorial Porrúa. 2ª ed; México 2002.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, 9ª ed., México, Editorial Porrúa, 2000.

RIVERA SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, 6ª.ed, México, Editorial Porrúa, 1973.

ROXIN, Claus, *Teoría del Tipo Penal. Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, Versión Castellana de Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1979.

SOSA ORTIZ, Alejandro, *El cuerpo del delito. La problemática en su acreditación*, México, Editorial Porrúa, 2003.

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Revista Informativa de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora*. México. http://www.pgjeson.gob.mx/Pdfs/rpji0203_pg24-33.pdf
Página consultada el 5 de marzo del 2008.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General*, traducido por Gladis Romero, Madrid, Editorial Edersa, 1982.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1998*, 21ª ed. actualizada, México, Editorial Porrúa, 1998.

U ROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *Cuerpo del delito y probable responsabilidad*, 2ª ed, México, Editorial Porrúa, 2004.

VAZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, *Subjetivismo e Injusto*, México, Cárdenas Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas Editor, 1994.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, México, Ángel Editor, 2000.

Las Constituciones de México 1814-1991, 2ª ed., México, H. Congreso de la Unión. Comité de Asuntos Editoriales. H. Cámara de Diputados. LIV Legislatura. Comité de Asuntos Editoriales, 1991.

Derechos del Pueblo Mexicano a través de sus Constituciones. XLVI Legislatura del Congreso de la Unión, Tomo IV.

Códigos de Procedimientos Penales de las entidades federativas de México.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario de Debates del Constituyente.

Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, Febrero 5 de 1917.

Ley de Justicia Militar.

Semanario Judicial de la Federación.

