

CAPÍTULO NOVENO
TIPO PENAL Y SUS ELEMENTOS, CUERPO DEL DELITO,
RESPONSABILIDAD PENAL Y SU CAUSA PROBABLE

— I —

Tipo penal, tipicidad y figura típica

Como ya lo señalé, *el tipo penal (en sentido estricto) es el supuesto legal de un hecho punible, que involucra un daño o puesta en peligro (lesivos significativamente) a uno o más bienes jurídicos.* (Artículos 4 del CPDF, 16 y 41 del CPC.) La primera función del tipo penal es hacer eficaz la garantía de legalidad estricta y lata. Asegurando así a los ciudadanos cuáles son las conductas que la ley prohíbe y sanciona con pena. Y podemos adelantar que el contenido de “tipo penal” es más amplio que el de la “figura típica” —la cual en primera instancia cumple aquella garantía de legalidad— y que tanto aquél como ésta se pueden desdoblar en diversos elementos. Asimismo, que la «tipicidad» supone un juicio lógico por el que se afirma que un hecho históricamente determinado se ajusta a los elementos del tipo penal de un delito.⁵⁶⁵ Así se confirma en el artículo 15 del CPC que conceptúa a la conducta típica, al disponer:

“Para que la conducta sea penalmente relevante es necesario que a través de una o más formas de intervención, se adecue a los elementos del tipo penal de un delito y que éstos se actualicen.”

En su turno, el artículo 16 del CPC señala como «elementos» del tipo penal a los siguientes:

Los elementos «permanentes»: Que son **1)** las “acciones” u “omisiones” de cada figura típica. Las demás **2)** “formas de intervención”, en su caso, y **3)** el “dolo” o “culpa”, según corresponda. Asimismo, **4)** el “objeto material” y **5)** el “daño” o “peligro” al bien o bienes jurídicos que protege la figura típica.

Los elementos «contingentes»: Que —según se prevean en la figura típica y sus modalidades— son **6)** el “resultado material”, **7)** su “nexo causal” y, además, **8)** su “atribución objetiva” con la acción u omisión. **9)** Las “calidades del sujeto activo y/o pasivo”. **10)** Los “medios utilizados”. **11)** Las “circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión de comisión”. **12)** Los “elementos subjetivos específicos”. **13)** Los “elementos normativos”. Y **14)** “las circunstancias que atenúen o agraven la penalidad legal”.⁵⁶⁶

A su vez, el artículo 19 del CPC precisa qué se entiende por «figura típica» al prever que:

“Es figura típica, el supuesto legal en el que se contempla la conducta punible del o de los autores materiales de un delito en particular, consumado o en grado de tentativa; asociada a los elementos objetivos y, en su caso, subjetivos específicos y/o normativos que se describan o impliquen en aquél”.

Con todo ello en el CPC se establece con seguridad cuáles son los elementos del «tipo penal» y qué es «figura típica», evitando la confusión tan frecuente de creer que el tipo penal es igual a la figura típica. Cuando ello no es así, en tanto que las *figuras típicas* —que en la práctica forense se les conoce como delitos en particular y que en su mayoría prevé la Parte Especial de los códigos penales, además de otras leyes— sólo contemplan el hecho punible en relación a la conducta con la que intervienen los autores materiales o directos de un delito consumado. Pero en ellas no se precisa a la tentativa punible, ni a las restantes formas de intervención típica.

^{565 566} Debo precisar que uso la expresión “hecho” en el ámbito típico como: el «marco de prohibición» —fáctico, normativo y subjetivo— «que se describe o implica por el tipo penal» y al cual se debe ajustar la conducta «específica» que también se describe o implica en el tipo penal. Por lo tanto, ese “hecho” comprende a la conducta y demás elementos del supuesto típico penal. De aquí que ese “hecho” puede o no puede comprender al “resultado material”, pues ello dependerá de si la figura típica lo describe o implica, aunque siempre será necesario el “resultado jurídico”. A diferencia de Pavón Vasconcelos y Porta Petri, que usan la expresión “hecho” como el primer elemento del delito cuando se trata de delitos de resultado. Y el cual se integra a su vez con la “conducta”, el “nexo causal” y el “resultado”. Ver al respecto el núm. III del Capítulo Quinto, el número VI del Capítulo Sexto y los números I y II de éste Capítulo.

⁵⁶⁶ Por supuesto que son más las comillas y los corchetes en la citas de los artículos.

Ni en ellas se dice en qué se hace consistir el dolo o la culpa —aunque el primero se pueda deducir de ellas de manera lógica y racional—. Igualmente, con relativa frecuencia las figuras típicas no describen el daño o el peligro al bien jurídico tutelado, aunque una interpretación sistemática de las mismas sí lo permite deducir, como tampoco comprenden a las modalidades atenuantes o agravantes que el legislador conecta a algunas de ellas. Sin embargo, todos los anteriores, sin excepción, son elementos del tipo penal. Bien sean *permanentes* o *contingentes*. Y tanto los unos como los otros serán esenciales para la *punibilidad* del hecho según se acomoden históricamente al supuesto legal del delito que los exija.

— II —

Los elementos del tipo penal

Ahora bien, si el tipo penal es el supuesto legal de un hecho punible que involucra un daño o puesta en peligro lesivos significativamente a uno o más bienes jurídicos; en consecuencia, se pueden considerar como elementos del tipo penal todos los datos que —sin necesidad de examinar otros estratos del delito— de acuerdo con la ley son necesarios para la punibilidad específica del hecho significativamente lesivo de los bienes jurídicos que el supuesto legal involucra. O dicho de otro modo, será elemento del tipo penal toda aquella expresión que se contenga o necesariamente se implique en el supuesto legal del hecho punible o se conecte con él, sin la cual el hecho, sea concreto o aun como supuesto legal, carecería, ya de por sí, de la punibilidad específica que le asigna la ley.

Y en tal sentido las figuras típicas —llamadas usualmente “delitos en particular” y que en su mayoría prevén las Partes Especiales de los códigos penales y otras leyes— son torales a ese efecto, como puntos de partida para identificar de qué clase de delito se trata, pero las que no siempre agotan todas las condiciones para afirmar que una conducta es típica. Y, por lo tanto, menos aún para ser delito. En efecto, es verdad que en las *figuras típicas* de los delitos en particular se encuentra la mayoría de los llamados elementos que conforman al tipo penal de esos delitos, con lo cual se cumple la primera exigencia constitucional de legalidad indispensable (artículo 14 C.) para luego poder afirmar la *tipicidad* de una conducta. Pero no lo es menos que la existencia, los conceptos o contenidos de algunos de esos «elementos» se complementan en las Partes Generales de los propios códigos penales. Además, es en las Partes Generales de los códigos penales —y no en las figuras típicas de sus Partes Especiales— donde se encuentra a otros elementos del tipo penal de ciertos delitos. Mismos que no solo faltan en las figuras típicas de los delitos que prevén las Partes Especiales de esos códigos, sino que el mecanismo lógico-jurídico para que se integre su tipo penal funciona a la inversa. Pues en vez de partir de la «figura típica» para integrar el tipo penal con datos de la Parte General, se va de los elementos de otra «figura típica» de la misma Parte General para completarla con la figura que corresponda de la Parte Especial, como sucede con los delitos culposos y los delitos en grado de tentativa.

De esa manera, las figuras típicas —llamadas delitos en particular— que se contienen en la Parte Especial y otras leyes —y por excepción en la Parte General— son supuestos que describen una conducta punible determinada (conducta de autor material o directo) de un delito. Conducta que se realiza en ciertas circunstancias fácticas y normativas y, en ocasiones, de carácter subjetivo específico, cuya concreción la ley

estima esencial para su punibilidad —ámbito típico de prohibición—. Aquellos supuestos legales no son tipos penales, sino que en realidad son figuras típicas cuyo contenido es más reducido que el del tipo penal. A todos esos supuestos legales el artículo 19 del CPC les llama de manera expresa figuras típicas de delitos. Y de la simple observación de esas figuras típicas se pueden encontrar en ellas algunos elementos constantes expresos del tipo penal, donde la “conducta” y el “objeto material” podrían ser los primeros de esa naturaleza —aunque el “objeto” es más bien un elemento contingente como luego se verá—. La primera se refiere —o debiere referirse— en las figuras típicas a través de “acciones” u “omisiones” específicas. En tanto que el “objeto material” es la persona o cosa sobre las cuales recae dicha conducta o hacia las que ésta se dirige. Mas el carácter permanente de ciertos elementos del tipo penal deviene no solo de la observación y el análisis de las figuras típicas, sino que se obtiene porque aquellos se imponen como límites jurídicos al poder punitivo del Estado con base en la garantía de legalidad de los delitos del artículo 14 C. y de los ideales del estado de derecho o democrático. Me refiero al principio de conducta específica y a los contenidos que de ella se derivan, como lo es el conocimiento y la voluntad dolosos. Así como a las formas de intervención en el delito, en las que aquélla se manifiesta. Y también al concepto de culpa, a la estructura del delito culposo y a las fuentes del deber jurídico, al igual que al principio de daño o peligro lesivos del bien jurídico. En este último aspecto, porque los tipos penales de los delitos en particular se erigen para proteger contra la lesión de ciertos bienes jurídicos preexistentes, por lo cual se sanciona la conducta que en cierto ámbito de prohibición los daña o pone en peligro lesivamente. Lo que también se deduce de la propia sistematización de los delitos que hacen las Partes Especiales de los códigos penales, que ordenan los delitos de acuerdo con los bienes jurídicos que se protegen y que, en su caso, resultan lesionados por la concreción de esos delitos.

En cuanto al conocimiento y la voluntad dolosos, en razón de que la impersonal y objetiva concreción histórica de la figura típico penal de un delito es del todo insuficiente para afirmar que hay conducta típica. Porque para ello a la vez es necesario que la conducta se ajuste *subjetivamente* al tipo penal del delito, en el sentido de que al realizar la conducta *el sujeto activo “conozca y decida cometer el hecho tal como se le contempla en la figura típica del delito”*. Concepto del dolo que se contiene en la Parte general del CPF (artículo 9°-párrafo-primero), del CPDF (artículo 18-párrafo-segundo) y del CPC (artículo 25.) Lo que es consecuente con la posición ontológica-valorativa del legislador, quien acota la *conducta punible* en las figuras típicas delictivas con la significación íntegra de la conducta que implica siempre el conocimiento y voluntad de lo que se hace o deja de hacer, imbuido el primero de los contenidos de valor del hecho que el legislador describe e implica en la propia figura típica. En tal sentido, en realidad la conducta que describe o implica la figura típica de un delito siempre apareja a tal elemento subjetivo, que se integra por el “conocimiento” y la “voluntad” de realizarla. Conocer y decidir realizar el hecho tal como se le contempla en el tipo penal del delito en particular, eso es lo que significa conducirse con dolo. Con independencia de que el sujeto sepa o no sepa de su existencia en la ley o de la ilicitud penal de su conducta pues éstas cuestiones en la mayoría de las veces no las contempla o implica el legislador en la descripción típica, y su análisis atañe de ordinario a la “culpabilidad”, como diverso elemento del delito. Igualmente, en la Parte General del Código Penal es donde se advierte una forma distinta al “dolo” de realizar ciertas figuras típicas. Dicha forma es la “culpa”. (Artículos 9°-párrafo-segundo del CPF, 18-párrafo-tercero del CPDF y 26 del CPC.) De esta manera la “culpa” alterna con el “dolo” que es elemento

subjetivo ontológicamente implícito en todas las figuras típicas de los delitos en particular. En tal sentido, todos los tipos penales son dolosos. Y a diferencia del dolo, la culpa opera con relevancia penal sólo por excepción. Es decir, la culpa aplica sólo en las figuras típicas que la ley enumera de manera taxativa en la propia Parte General. (Artículos 60-párrafo-segundo del CPF, 19 y 76-párrafo-tercero del CPDF y 27 del CPC). Misma Parte General que a la vez ofrece los principales elementos esenciales de la estructura típica de la culpa. (Artículos 9º-párrafo-segundo del CPF, 18-párrafo-tercero del CPDF y 25 del CPC.) Aquella enunciación taxativa se conoce como sistema de número cerrado —o sistema de «*numerus clausus*»— con el que también se cumple con la indispensable garantía de legalidad y con el principio limitador del poder punitivo. Cabiendo recordar que con relación a esos aspectos, la garantía de legalidad se inobservó por la mayoría de la legislación mexicana hasta antes de 1983, pues el CPF de 1931 y la mayoría de los códigos penales que le siguieron, omitieron precisar cuáles delitos eran culposos y en qué consistía su esencia o sus elementos propios.⁵⁵⁷ Ahora, de acuerdo con el CPF, el CPDF y el CPC, el tipo penal culposo existirá cuando se realice una conducta con la que se cause el resultado típico penal de un delito que legalmente le admite, si es que en el caso concreto el resultado no aceptado era previsible y se motivó por la inobservancia objetiva de un deber jurídico de cuidado específico que le incumbía acatar al agente. Es pertinente precisar aquí, que es diferente la conducta “culposa” a la conducta “culpable”. La culposidad —expresión inusual— es lo que se predica de la conducta culposa. Es decir, de la conducta que se realiza con culpa. Y ésta al igual que el dolo con el que alterna son elementos esenciales —disyuntivos y permanentes— del tipo penal de un delito. Tipo penal en un caso concreto que es el indispensable referente normativo para afirmar que hay conducta típica. Lo cual en sí es un presupuesto de la punibilidad distinto al de la “culpabilidad”. De aquí que mientras la culpa sea un elemento del tipo penal culposo, la culpabilidad lo sea del delito. Es decir, el dolo y la culpa son elementos de un elemento o presupuesto del delito, cual es el tipo penal. Mientras que la culpabilidad es en sí misma un elemento del delito —o presupuesto de la punibilidad— con un contenido conceptual diferente al del dolo y al de la culpa, como luego se verá.

Con todo lo dicho queda en evidencia lo incorrecto de sostener que la adecuación material e impersonal de una conducta a la figura típico penal de un delito es suficiente para predicar su tipicidad. En tanto que para ello es necesaria también la adecuación subjetiva y normativa de dicha conducta a las formas típicas del dolo o, en su caso, de la culpa. Y así mismo constatar que aquella motivó la “lesión jurídica”, cual es el daño o el peligro significativamente lesivos al bien jurídico tutelado. Unos y otros son elementos permanentes y esenciales del tipo penal. Y su noción conceptual se encuentra en la Parte General de los códigos penales o se deduce de las propias figuras típicas y de su ordenación sistemática en aquellos. Por otra parte, de ordinario las figuras típicas de los delitos que refiere la Parte Especial sólo contienen a la conducta del autor material en su fase de consumación. Pues los preceptos de la Parte Especial omiten describir a la conducta de tentativa punible. Así como también omiten señalar las formas típicas de intervención distintas a la del autor material o sujeto activo primario y que hacen posible la realización del tipo, como son las conductas del “autor directo” y del “autor mediato”; las de las “coautorías”; las del “instigador” o “inductor”; las de los “cómplices” por auxilio previo,

⁵⁵⁷ Las lagunas a que me refiero, no se subsanaron en el CPF sino hasta la reforma de 1983-84 a los artículos 7º y 9º de ese código, según publicación en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1984.

simultáneo o posterior con promesa anterior; las del “partícipe en delito emergente” y las del “partícipe con ignorancia de autor”. Esas conductas específicas, distintas a la del autor material que prevén las figuras típicas de los delitos consumados y la misma figura típica de la tentativa, no se podrían punir si no se previeren en la ley como punibles. Y para ello es necesario acudir a los dispositivos legales de la misma tentativa y de las formas de intervención: la primera que junto al marco de referencia de la figura típica al cual se dirige la voluntad del autor conforma una figura típica propia —la del delito en grado de tentativa— y las segundas, que «amplifican» a las mismas figuras típicas. Dispositivos que se contienen en la Parte General del Código Penal, ya que en ella se describe a la misma figura típica de la tentativa punible y a las diversas formas de intervención típica que, al igual que el dolo, la culpa y la lesividad de bienes jurídicos, forman filas dentro de los llamados elementos permanentes del tipo penal. De esa manera, para poder predicar que la tentativa es «típica», o que lo es una forma de intervención distinta a la del autor material, la conducta se deberá arreglar al supuesto legal de la tentativa punible; o a uno, por lo menos, de los supuestos legales de las diversas formas de intervención punible y siempre en correlación con la realización por un autor de la figura típica del delito de la cual dependen. Dispositivos «amplificadores» aquellos que se prevén en la Parte General del Código Penal y que se conectan con las figuras típicas de la Parte Especial u otras leyes.

A los elementos permanentes del tipo penal se les suman los elementos “contingentes”. Esto es, según se contemplen en la figura típica de un delito en particular. Como elementos contingentes se pueden hallar al “resultado material o externo” —lo que apareja, además, buscar su “nexo causal” y, asimismo, su “atribución objetiva” con la acción u omisión y lo cual también debe buscarse con relación al daño o peligro lesivos al bien jurídico que se origine—; a las “calidades del sujeto activo y/o pasivo”; a los “medios utilizados”; a las “circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión de comisión”; a los “elementos subjetivos específicos”—expresiones que implican un especial motivo, conocimiento o contenido de voluntad—; a los “elementos normativos específicos” —expresiones que implican un juicio de desvalor o una especial valoración de índole jurídica o cultural—; y, a las “modalidades” agravantes o atenuantes que se conectan a ciertas figuras típicas. Es obvio que cuando esos elementos contingentes se prevén en la figura típica de un delito en particular o se conectan a ella, serán esenciales para configurar al tipo penal de ese delito en particular. Pues si en el caso concreto se inactualizan, la conducta será atípica por lo menos con relación a la punibilidad que la ley le asigne a esa figura típica. Y, por ende, ajena a la materia del proceso penal. A menos que se pretenda contrariar los artículos 16 y 19 de nuestra carta fundamental. Pues esos artículos exigen, en esencia, que exista prueba del cuerpo del delito y causa probable de la responsabilidad penal y, por lo tanto, que exista prueba de los elementos del tipo penal que tengan carácter objetivo; y que haya causa probable de los subjetivos, al igual que de la culpabilidad. Para así dictar en contra del inculpado orden de aprehensión o auto de formal prisión.

Todo ello tiene una importancia práctica enorme. Porque en cada caso histórico determinado, para saber si el hecho que conocemos es o no es típico, habrá que examinar cada uno de los elementos del tipo penal del delito que se trate, para ver si el hecho que se examina se ajusta o no se ajusta a cada uno de esos elementos que —con relación a la figura típica— sean esenciales para la punibilidad del hecho. En caso afirmativo, se podrá afirmar que el hecho es típico de ese delito.

**Los elementos del tipo penal no se crean ni se reducen por decreto,
mas por seguridad jurídica la ley sí debe precisar los que son**

Ahora bien, el CPF y el CPDF no señalan expresamente cuáles son los elementos del *tipo penal*. Aunque el artículo 164 del CFPP —desde 1993 hasta 1999— sí se ocupó de precisarlos en el sentido que se les mencionó y se abundará más adelante. A esos mismos «elementos» del tipo penal se les reconoció luego por la SCJN, misma que resolvió una contradicción de tesis sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito.⁵⁶⁶ Esta resolución hizo ver que, a partir de la reforma constitucional de 1993, se abandonó el concepto del cuerpo del delito como el eje del análisis para determinar la procedencia del obsequio de una orden de aprehensión y la posterior resolución de un auto de formal prisión, sustituyéndose por los elementos del tipo penal. Nuestro máximo tribunal estipuló en la resolución citada que los elementos del tipo penal que debería acreditar el Ministerio Público para que se expidiera orden de aprehensión eran:

1. La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro.
2. La forma de intervención del sujeto activo.
3. Si la acción u omisión fue dolosa o culposa.
4. La calidad de los sujetos activo y pasivo.
5. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.
6. El objeto material.
7. Los medios utilizados.
8. Las circunstancias de tiempo, modo y ocasión.
9. Los elementos normativos.
10. Los elementos subjetivos específicos.
11. Las demás circunstancias que la ley prevea, entre las que se cuenta, entre otras, las modificativas atenuantes o agravantes.

Mas en el año de 1999 se reformaron los artículos 16 y 19 C., en los que se sustituyó la expresión "elementos del tipo penal" por la muy añeja y conocida de "cuerpo del delito". Por ende, también se reformó el artículo 164 del CFPP, sin que la reforma incluyera la enumeración de los «elementos» del tipo penal que hacía aquel artículo. La reforma de 1999 al artículo 164 en tal aspecto es explicable, por el carácter de «categoría procesal» que tenía la expresión "elementos del tipo penal", de acuerdo con el texto vigente —en esa época— de los artículos 16 y 19 C. Pero muchos podrán querer ver en las reformas de 1999 la oportunidad de argumentar que los "elementos" del tipo penal son diferentes a los que se refirió la SCJN y antes mencionó el artículo 164 del CFPP. Es más, durante el citado período de vigencia de los artículos 16 y 19 C. y del artículo 164 del CFPP —de 1993 a 1999— se arguyó que el legislador era libre de determinar qué elementos

⁵⁶⁶ Novena Época, Instancia: Primera Sala, S. J. F. y su Gaceta, Tomo: V, Febrero de 1997, Tesis 1a. IJ. 6/97, p. 197, Tesis de jurisprudencia 6/97, aprobada por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de doce de febrero de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros, presidente Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios, previo aviso a la Presidencia; misma que resolvió la contradicción de tesis 42/96, entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, 12 de febrero de 1997, unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz. **NOTA IMPORTANTE:** La precisión de cuáles son los elementos del tipo penal se contiene en la ejecutoria y no en el tenor de la tesis.

configurarían al tipo penal, aunque fueren distintos a los que señaló el artículo 168 del CFPP.⁵⁶⁹ Sin embargo, el que la ley omita enumerar los elementos del tipo penal no autoriza al legislador o incluso al intérprete de la ley penal para que puedan declarar o deducir a su conveniencia cuáles son esos elementos. El legislador no tiene facultad alguna para crear una fórmula por la que considere como elementos del tipo penal sólo a algunos de ellos, pero no a todos los que realmente lo son y que él mismo ya incluye de otro modo en la ley penal, a menos que con ello pretenda vulnerar la garantía de estricta legalidad en los delitos y las penas. Y las mismas consideraciones se deben hacer con relación a los jueces, si es que han de respetar esa garantía en el ámbito de su competencia cual es el de aplicación de la ley penal. Porque la existencia del tipo penal de todo delito tiene su razón de ser en el supuesto legal del hecho punible que daña o pone en peligro (lesivamente y de manera significativa) a uno o más bienes jurídicos. En tal supuesto legal penal de un hecho que afecta bienes jurídicos y en la adecuación del hecho concreto a aquél, descansa la garantía de legalidad en los delitos y las penas que consagra el artículo 14 constitucional. De esta manera, *la medida y el contenido del tipo penal de un delito dependerán siempre del contenido del supuesto legal de un hecho como punible que lesiona significativamente bienes jurídicos.*

Esos supuestos legales punibles se contienen o implican en las figuras típicas delictivas, mismas a las que se les llama delitos en particular que se describen en las Partes Especiales de los códigos penales y en otras leyes. Al igual que en la tentativa que se prevé en la Parte General y que se vincula con ciertas figuras típicas de la Parte Especial. Y, además, en los dispositivos «amplificadores» de ellas, como son las formas de intervención y las modalidades atenuantes y agravantes; así como también en la exigencia del daño o el peligro al bien jurídico y la previsión legal del dolo o la culpa. La conducta y hecho descritos como punibles por el legislador en la figura típica de un delito y en sus dispositivos amplificadores, junto con el dolo o la culpa y el daño o peligro de daño (lesivos) al bien jurídico, delimitan pues el marco del ámbito prohibido en el que incursiona la conducta para que pueda ser típica y deciden el contenido mínimo del «tipo penal» de ese delito en particular. Y, por tanto, todos ellos constituyen los *elementos* que integran el tipo penal de aquel delito. Todo lo que esté fuera de ese marco —ajeno a su contenido— será extraño para efectos de decidir la tipicidad del hecho. Y, por lo tanto, para su punibilidad. Mas todo lo que se halle dentro del marco legal de la figura típica de un delito, sea doloso o culposo, según corresponda por ley —o en los dispositivos legales que la amplifiquen según corresponda en cada caso— será *elemento del tipo penal* de ese delito. Por lo tanto, será *esencial* que el mismo se dé para que se pueda afirmar la tipicidad y la punibilidad de la conducta y hecho. De aquí entonces que tan «*esenciales*» son los elementos permanentes del tipo penal, como también lo pueden ser los elementos contingentes en la medida que el legislador los describa o implique de manera necesaria en la figura típica de un delito en particular o en sus modalidades atenuantes o agravantes. Lo mismo cabe decir de los llamados elementos materiales, normativos y subjetivos del tipo penal. Pues aquellos y estos se corresponden a una «clasificación» de los elementos del tipo penal. Y clasificar a los elementos de una determinada sustancia no autoriza para afirmar que esa sustancia sólo se compone de los elementos que se correspondan con sólo alguna o algunas de las categorías que integran la materia de la clasificación, pero no

⁵⁶⁹ Una postura de esa índole la sostiene José Nieves Luna Castro en su monografía *“El concepto del tipo penal en México, un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional”*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1999, en especial pp. 78 y s.s.

con todas. Eso sería un absurdo. Si el agua es H²O. Ni «H²», ni «O» pueden ser agua por sí mismos. Sino que sólo lo puede ser el resultante de la conjunción de aquellos elementos y sólo en aquella proporción. Como también sería un disparate pretender reducir el tipo penal de un delito a menos elementos que aquellos con los que realmente se integre de acuerdo con el supuesto legal del hecho punible. El carácter «esencial» de los elementos permanentes del tipo penal se da por las mismas razones fundamentales para crear legislativamente las conminaciones penales. Las que describen conductas que se realizan en determinados ámbitos de prohibición y no remedos de unas y de otros. Y porque aquellas se crean para proteger bienes jurídicos y, por tanto, prevén penas para las conductas que los dañen o pongan en peligro (lesivamente) cuando se acomodan a la materia de prohibición. La razón del carácter «esencial» de los elementos contingentes se da a su vez en la medida que esos elementos se describan o impliquen en la figura típica de un delito particular y —según el caso— en las modalidades de ese delito que agraven o atenúen la pena. Todo ello es la misma medida de su carácter «esencial», como condiciones ineludibles para considerar punible el hecho en ese estrato del análisis del mismo. O dicho en otras palabras, *la «esencialidad» de los elementos contingentes y, por lo tanto, su carácter de elementos dependerá de que se puntualicen o impliquen en la figura típica y en sus dispositivos típicos amplificadores, para con base en ellos poder atribuir punibilidad a la conducta y hechos concretos.* Y de ninguna manera tal carácter «esencial» dependerá de lo que el legislador o el juzgador llegaren a regular o decidir absurda y arbitrariamente en contra. Ni aunque fuese en una fórmula que de por sí sería contradictoria con la misma ley.

Conforme a ello, se puede afirmar que la presencia de todos los elementos permanentes del supuesto del hecho legal punible es *esencial para* la punibilidad del hecho. Pero también lo será la presencia de los elementos contingentes en la medida que se describan en la figura típico-penal del delito particular y, según el caso, en sus modalidades.

Igualmente, el carácter material, subjetivo o normativo de algún elemento del tipo penal no predetermina el que ese elemento pueda ser o no ser un elemento típico. Pues si se refiere el carácter —material, subjetivo o normativo— de un elemento del tipo, es porque ese elemento pertenece precisamente al mismo tipo penal. Y, además, todo tipo penal consta de aquellos caracteres. En efecto, es verdad, sin duda alguna, que la misma conducta y cualquier forma de intervención en el delito que la ley penal arbitra siempre tienen su manifestación "externa" o "material" con la que trascienden al mundo exterior. Como también es sin duda cierto que esas conductas que arbitra la ley siempre poseen a la vez contenido "subjetivo", cual es el conocimiento con voluntad final. Regular o interpretar en contra de ello, significa ir contra la naturaleza de las cosas. Implica cambiar arbitrariamente los objetos de regulación del Derecho Penal, cuales son las conductas humanas, para sustituirlas por un artificio de las mismas. Así mismo, todo tipo penal implica al menos un daño o un peligro que sea lesivo a un bien jurídico, el que se valora "normativamente" al igual que la imputación de aquél a la conducta. Pues la razón de que aquél exista, es precisamente el daño o el peligro lesivos al bien jurídico que se realiza a través de la conducta en cierto ámbito de prohibición y lo cual se quiere evitar a través de la conminación penal. Y tanto unos como los otros son «esenciales» para la punibilidad del hecho que se describe en el supuesto legal penal. Estas consideraciones se confirman en el artículo 17 del CPC, el cual bajo el apostillado "elementos del tipo penal «esenciales» para la punibilidad del hecho", dice: (...) *Para la*

punibilidad básica, complementada o privilegiada de la conducta o, en su caso, para agravarla o atenuarla, será «esencial» que se actualicen los elementos «permanentes» del tipo penal que corresponda. La actualización de los «contingentes» lo será en la «medida que se describan o necesariamente se impliquen» en la figura típica del delito en particular y, según el caso, en sus modalidades.⁵⁶⁰

De todo lo expuesto resulta inadmisibile el alegato —como ya se pretendió que sucediera en la contrarreforma al CPPC de 1996⁵⁶¹— en el sentido de que los elementos «contingentes» del tipo penal son prescindibles para decidir la tipicidad de un hecho. O lo que es igual, para decidir «cuál» es su tipo penal. Para de ahí sostener que el «tipo penal» se puede integrar en el mundo de relación con la mera actualización histórica de los elementos permanentes. Ello también es válido para cualquier otra postura restriccionista. Como sería la de sostener que el tipo penal se actualiza sólo con los elementos materiales u objetivos, sin que importen el dolo o la culpa para tal efecto, o bien sin que interesen los elementos subjetivos y normativos, sino sólo los materiales. En tanto que —además de lo que ya se expuso— la falsedad de esos planteamientos —como el de cualquier otro que intente restringir los elementos del tipo penal— se evidencia por las razones siguientes:

En primer lugar, el tipo penal es un marco de referencia que se da en la esfera normativa y que delimita ciertos sucesos de conductas humanas que se dan en el mundo de relación y que en la ley se reputan punibles. Más ese marco sólo cobra validez con relación a la figura típica de un delito particular y al hecho conductual que en el mundo de relación se ajuste a aquella y, en su caso, a los dispositivos que amplifiquen a la misma figura típica.

De ahí que sería absurdo hablar en dichas esferas normativas —sea sustantivas penales o procesales penales— de un tipo penal "a secas". O que se construya sólo con los elementos "permanentes". O sólo con los elementos "materiales" u "objetivos". Y sería igualmente desatinado aplicar esas concepciones al mundo fáctico o de relación, que es donde las normas se aplican. Para empezar, tan en la esfera normativa como en la fáctica, el tipo penal sólo tiene sentido con relación a la figura típica de un delito particular. El tipo penal «a secas» es afuncional e inoperable. Él carece de sustancia y de la capacidad de activarse por sí mismo. A menos que al tipo penal se le dé contenido, dimensión y sustancia con la figura típica de un delito particular. Y es que no hay tipos penales a secas. Lo que hay son tipos penales de delitos. Lo que es diferente. Es decir, el tipo penal por sí es una idea abstracta que carece de un aforo material legislativo por sí a menos que se le vincule a los elementos de los tipos penales de los delitos en particular que prevé la ley. Lo que la ley describe son tipos penales de delitos que tienen como base rectora a las figuras típicas delictivas, por las que es posible establecer de qué clase de delito se trata en virtud de su aforo descriptivo y su correlación con las normas que amplían su base típica (coparticipación y modalidades atenuantes o agravantes) o la trasforman (tipo penal culposo y tentativa punible.)

En segundo lugar, si al tipo penal de un delito se le redujese por ejemplo a los elementos permanentes arriba enunciados —o bien sólo a los materiales— aun cuando la figura típica de un delito particular contemple elementos contingentes —o, además, normativos y subjetivos específicos—, es incuestionable que se vulneraría la garantía de legalidad en los delitos y en las penas. Porque la determinación de cuáles son elementos de un tipo penal no se hace por decreto. Es decir, a través de una fórmula legal general que arbitrariamente viniera a decir que sólo cierta clase o algunos de los elementos —de los que describe o implica una figura típica de la misma ley o sus modalidades

⁵⁶⁰ Los corchetes son míos.

⁵⁶¹ Ver iniciativa de la reforma en Congreso del Estado de Coahuila, Dirección de Asuntos Parlamentarios, Palacio del Congreso, Saltillo, Coah. , México, 1996, pp. 3 y ss.

agravantes o atenuantes— tienen el carácter de tales. Ya que ello se da a la inversa. Pues sólo podrán ser elementos, los descritos o necesariamente implícitos en la figura típica, en sus dispositivos que la amplifican y, en su caso, en sus modalidades, que con relación al hecho y según el delito sean esenciales para atribuirle a la conducta —y no a un artificio de ella— la punibilidad específica que le señale la ley.

De aquí que respecto a todos los elementos que se contengan en las figuras típicas, en sus modalidades y dispositivos amplificadores, la fórmula general del tipo penal «a secas» —bien sea teórica o legal— no puede hacer más que descubrirlos y enunciarlos. Ya que ella opera como una especie de marco orientador. Pero ajustable. Cuya medida estará en función del concreto contenido de cada figura típica punible de los delitos en particular.

En tercer lugar, aun limitadas las posturas “restriccionistas” a las primeras fases del proceso penal —dígamos a la de preinstrucción e incluso a la mera orden de aprehensión— es evidente que esas posturas “restriccionistas” motivarían graves e inadmisibles afectaciones a la libertad de las personas; además de lesionar la seguridad jurídica. Esto es, si se pretendiese que se dictasen esas resoluciones sólo con base en la prueba de los llamados elementos permanentes del tipo penal «a secas» —como se pretendió con la contrarreforma al CPPC de 1996—; o sólo de los elementos objetivos —según se debe entender la expresión cuerpo del delito del actual artículo 168 del CFPP— y sin siquiera la causa probable de los elementos subjetivos.

De esta manera, dada la afuncionalidad del tipo penal «a secas»: ¿con relación a cuáles delitos se presentarían esas severas desazones de privación a la libertad de las personas y al principio de seguridad jurídica? Pensemos en casos concretos. Por ejemplo, en delitos cuyas figuras típicas contengan, además de los elementos permanentes, algunos de los contingentes, que es lo que acontece con la inmensa mayoría de las figuras típicas delictivas en particular. De ese modo, en el delito de violación sería suficiente acreditar que una persona copuló con otra ¡para mandarla aprehender! Pues en tal caso, de acuerdo con la primera postura “restriccionista” —de que el tipo penal es igual a los elementos permanentes y nada más— para pedir y para librar la orden de aprehensión sería innecesario acreditar y comprobar la “violencia” como “medio” que se empleó, porque sería un elemento contingente o mera circunstancia o modalidad inesencial para integrar al tipo penal. Lo mismo sucedería con la calidad de “mueble”, de “ajeneidad”, “sin derecho” y “sin consentimiento” respecto al apoderamiento de una cosa en el robo. O con la previa “transmisión en tenencia” y la calidad de “mueble” de la cosa en el abuso de confianza. O el estar unido en “matrimonio” y el “escándalo” o el “domicilio conyugal” en el adulterio. O la calidad de “mujer menor de 16 años” y que la cópula se obtuvo “por medio del engaño o la seducción” en el estupro en el CPC. La lista podría seguir de manera interminable en incontables delitos. Pero son suficientes esos ejemplos de muestra para evidenciar lo absurdo de las posturas “restriccionistas”. Y sus peligrosísimas consecuencias. Pues propiciarían grave inseguridad jurídica. Y más que combatir la impunidad, la favorecerían sobremedida. Además de implicar a un Estado autoritario, abusivo e irracional en la afectación de la libertad de las personas. ¿Pues de qué valdría si no fuera para lo anterior, mandar detener personas con base en esos elementos? ¿Si luego se les pusiera en libertad, al faltar la evidencia de las características que le dan al hecho su auténtica esencia punible?

La primera postura “restriccionista” —que reduce el tipo penal a los elementos permanentes— se intenta defender con la afirmación de que los aquí llamados elementos contingentes, en realidad no son «elementos», sino “circunstancias” o “modalidades”. Es decir, que una “circunstancia” o “modalidad” no es “elemento”. Porque al ser una, deja de ser lo otro. Por lo tanto, según dicha postura, las “circunstancias” o “modalidades”

no forman parte del tipo penal. El sofisma es evidente. El carácter de una "circunstancia" o "modalidad" como «elemento» de un tipo penal no se da por el nombre que se le asigne a la expresión, referencia o frase legislativa de que se trate. Sino en la medida de que esa expresión, referencia o frase formen parte del supuesto legal que prevé a la conducta y hecho como punibles. *Es pues "elemento" del tipo penal, toda aquella expresión o circunstancia que se contenga o necesariamente se implique en la descripción legal de una conducta y hecho como punibles. Y sin la cual la conducta y el hecho, sean concretos y aún como supuesto legal, carecerían, ya de por sí, de la punibilidad específica que les asigna la ley.* Si ya fuese insensato decir que bastaría iniciar un proceso por parricidio si sólo se revelara la privación de la vida por otro. O hablar de robo con violencia si este último dato estuviera ausente. O de un aborto sin evidencia que el niño murió durante el embarazo. O de un infanticidio sin saber si la conducta lesiva se realizó con intervención de la madre o el padre dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento. Más aún lo sería hablar de un robo simplemente porque existió el apoderamiento de una cosa. O de una violación, por evidenciarse sólo que existió cópula entre dos personas. O que la misma cópula revelara, por sí, un adulterio. O un incesto. Dado que las restantes expresiones con las que se integran los tipos penales de dichos delitos, no serían elementos, pues se trataría de meras "circunstancias" o "modalidades" irrelevantes para integrar el tipo penal. Igual de absurdo sería sostener que alguien cometió homicidio penalmente relevante con base en su pura manifestación material o física y sin importar el dolo o la culpa para ese efecto. Como también lo sería decir que el sujeto mató con dolo o culpa, sin siquiera la causa probable de su dolo o de su culpa. Porque la ley penal no prevé como homicidio el matar a otro a secas, sino matarlo dolosa o culposamente. Porque para la ley penal no hay homicidios a secas. Para la ley penal hay homicidios dolosos o culposos.

El carácter pues de elemento del tipo penal de un delito es independiente del nombre que se le llegue a dar a la expresión, referencia o frase legislativa de que se trate. Pues si se entiende como elemento todo aquello que es esencial para integrar una sustancia determinada, sin el cual la sustancia deja de ser tal, será entonces elemento del tipo penal, toda aquella expresión, referencia o frase que forme parte del supuesto legal de la conducta y hecho como punible, o que del mismo se derive necesariamente. Y sin la cual —y sin necesidad de examinar otros estratos del delito— sería imposible considerar un hecho conductual con la punibilidad que la ley le asigna. Es decir, como punible.

Para demostrar el aserto anterior baste contrastar los elementos del tipo penal que se consignan en el artículo 16 del CPC o que señaló la SCJN, con aquellos que contienen las figuras típicas de los delitos en particular en los códigos penales. De inmediato se podrá observar que no todos los «elementos» que consigna el artículo 16 y señaló la SCJN se encuentran en todas esas figuras típicas de los delitos. Pero igualmente se advertirá que en algunas de estas (que son la mayoría) sí se encuentra alguna o más de las que en la contrarreforma de 1996 en Coahuila se pretendió llamar "circunstancias o modalidades" supuestamente ajenas al tipo penal. Y —frente a lo que se intentó en esa contrarreforma con base en la primera postura restrictivista— aquello es suficiente para determinar la "esenciabilidad" de la llamada "modalidad" o "circunstancia". Y, por ende, para integrar a ese tipo penal con el carácter de elementos del mismo. En realidad, la imagen del tipo penal «a secas» es la de un marco ajustable a la descripción legal de la conducta o hecho punible de un delito en particular. Pero como marco estará hueco, hasta que se le conecte con la descripción legal de la conducta punible de ese delito en particular. Esa descripción es la que da al marco su dimensión, sustancia y contenido exactos. Le proporciona su «esencia». Es el dibujo, la fotografía o la pintura en sí. Si se le restan, varían o

añaden expresiones a la descripción legal, el contenido de ella ya no será el mismo. El cuadro será diferente. Y sin el supuesto legal que le da su esencia punible, el cuadro dejará de ser tal. Será sólo un marco con trazos sin sentido penal alguno. Así pues, si la "tipicidad" de un hecho supone un juicio lógico de adecuación de un hecho conductual concreto a los elementos típicos penales de un delito en particular; por ende, hay que examinar cada uno de los «elementos» del tipo penal del delito que se trate, para ver si el hecho que se examina se subsume o —en su caso— no se ajusta a cada uno de esos elementos o bien con relación a aquél falta alguno de ellos.

— IV —

Clasificación de los elementos del tipo penal

Los elementos del tipo penal se pueden clasificar de diversas formas. Incluso la doctrina es profusa en esas clasificaciones de los delitos. Algunas de esas clasificaciones atienden a «todos» y otras sólo a «ciertos» elementos de los tipos penales de los delitos. Dentro de las primeras: la de elementos permanentes y contingentes; la de elementos objetivos y subjetivos; la de elementos materiales o descriptivos, normativos y subjetivos; etc. Dentro de las segundas: la de delitos dolosos y culposos; la de delitos de daño y de peligro; la de delitos de simple conducta y de resultado; la de delitos unisubjetivos y plurisubjetivos; la de delitos de sujeto neutro, de sujeto cualificado o de propia mano; etc. Arturo Zamora Jiménez da buena cuenta de ellas en su monografía "Cuerpo del delito y tipo penal".⁵⁰²

Ahora bien, lo que importa destacar es que no se debe confundir a cualquiera de las «clasificaciones» de los elementos del tipo penal, necesariamente con «todos» los elementos que deba tener el tipo penal del delito que se clasifique. Ni tampoco liarlos como los elementos en sí del tipo penal. Pues esas clasificaciones normalmente aluden a algunos pero no a todos los elementos del tipo penal o de los del tipo penal de un delito en particular. Y como clasificaciones que son, nos hablan de "clases" de los diversos elementos pero no de los elementos en sí. Pensar lo contrario sería un error serio. Las clasificaciones del tipo penal o de sus elementos en realidad no nos dicen «cuáles» son esos elementos. Sólo los "clasifican". Y en ocasiones catalogan solo a algunos de ellos pero no a todos. Por lo tanto, aquellas sistematizaciones parten de la preexistencia de unos elementos que presuponen dados, pero que no especifican, al menos en su totalidad. Ellas no nos dicen «cuáles» son esos elementos en realidad. Y el error al que nos referimos no sería grave, si no es que a veces se cree que los «elementos» del tipo penal son sólo los que refiere alguna de esas clasificaciones. O que esos elementos siempre son variables según la clasificación a la que se acuda. Pasando por alto, en este último punto, que el tipo penal como imagen rectora ideal tiene siempre los mismos elementos, unos permanentes y otros variables. O lo que no es menos importante, cuando en realidad no se tiene claro «cuáles» son los elementos del tipo penal y «cuáles» —de los que son «objeto» de «clasificación»— se comprenden dentro de cada categoría de la misma clasificación. Y todo ello tiene trascendencia, ya que a los elementos objetivos —materiales y normativos—, así como a los subjetivos del tipo penal se les toma como modelo de referencia para decidir los contenidos conceptuales del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal. Y de acuerdo con

⁵⁰² Arturo Zamora Jiménez, "Cuerpo del delito y tipo penal", tercera reimpresión, Ángel Editor, México, DF., 2001, pp. 87 a 182.

las reformas a los artículos 16 y 19 C., esas categorías procesales plantean ahora una «graduación» de la prueba respecto a los elementos del tipo penal y del delito mismo según la clasificación antes dicha. Así, para librar una orden de aprehensión y para dictar un auto de formal prisión será necesario que se demuestre — como base de la acción penal— y luego que el juez compruebe —verifique según las reglas jurídicas de valoración y eficacia de la prueba— que se dio la concreción histórica de los elementos objetivos (descriptivos o materiales y normativos) del tipo penal —como contenido del cuerpo del delito—. En tanto que la comisión dolosa —o culposa, en el CPF— y los elementos subjetivos específicos (que en el CPDF forman parte del cuerpo del delito), además de los presupuestos de la culpabilidad —ésta como elemento del delito y no ya del tipo penal— serán materia de la de la responsabilidad. Respecto de los cuales es suficiente que haya causa probable. Por ende, tiene la mayor significación de seguridad jurídica respecto a las condiciones para poder afectar la libertad de las personas, precisar «cuáles» elementos concretos se corresponden con cada una de las categorías de dicha “clasificación”. Para así poder decidir los temas sujetos a prueba. Y qué «medida» de prueba se requiere con relación a esos «elementos» para motivar y fundar las resoluciones constitucionales antes dichas en el proceso penal.

En el artículo 18 del CPC se consigna aquella «clasificación» de los elementos del tipo penal cuando prevé: “Los elementos del tipo penal, sean permanentes o contingentes, se clasifican en materiales o descriptivos, subjetivos normativos. Los elementos subjetivos son el dolo y los elementos subjetivos específicos. Estos últimos son los enunciados expresos o necesariamente implícitos en el tipo penal, que conllevan un especial conocimiento o contenido de voluntad. Los elementos normativos son el daño o el peligro al bien o bienes jurídicos, la culpa y las expresiones del tipo penal que implican un juicio de desvalor, o un especial juicio de valoración jurídica o cultural. Los demás elementos del tipo penal se consideran descriptivos o materiales”.

No resulta ocioso hacer algunas precisiones más sobre esa clasificación de los elementos del tipo penal. Mas primero hay que dejar en claro que la clasificación de los elementos del tipo penal en objetivos y subjetivos comprende a la de los materiales o descriptivos, los normativos y los subjetivos. En tanto que los elementos materiales o descriptivos y los normativos son elementos objetivos. Esto es, los elementos normativos —como los son el daño o peligro (lesivos) al bien jurídico, el nexo causal y los criterios de imputación objetiva entre el resultado y la conducta, así como los normativos específicos del tipo penal— son de carácter objetivo. Como igual son de tal carácter «objetivo» los elementos materiales o descriptivos. Cualesquiera que estos sean según el tipo penal de un delito en particular y que por ello devengan esenciales para la punibilidad del hecho que se enjuicie. Asimismo, dentro de los elementos subjetivos se comprende no solo a los de carácter subjetivo específico; sino, además, al dolo o, según la concepción dogmática, a la culpa, la cual en el CPDF y el CPPDF, al igual que en el CPC y el CPPC, se valora normativamente en la mayoría de sus elementos constitutivos y, por lo tanto, se considera elemento normativo-subjetivo, según se verá después. En tanto que la conducta específica de las figuras típicas y las formas típicas de intervención también son elementos de naturaleza “mixta”. Pues todas las conductas específicas y las formas típicas de intervención siempre conllevan una forma material u objetiva de realizarlas y, además, un contenido subjetivo doloso o, en su caso, culposo.

Si se tiene presente entonces «cuáles» son los elementos del tipo penal y las precisiones que se han hecho a las «clasificaciones» de los mismos; antes de examinar cada uno de los elementos del tipo penal sí es pertinente hacer breves consideraciones adicionales sobre la clasificación de elementos materiales, normativos

y subjetivos del tipo penal. Ello es así porque la clasificación de los elementos del tipo penal en objetivos y subjetivos; o en elementos materiales y descriptivos, normativos y subjetivos tiene especial significación: No sólo para decidir qué elementos del tipo penal de un delito en particular se corresponden con cada una de las categorías con las que se hace aquella clasificación, sino para consecuentemente saber respecto de ese delito: «cuáles» se adscriben al cuerpo del delito y «cuáles» a la responsabilidad penal como categorías procesales fundamentales de todo proceso penal en México. Por ser las que el juez siempre deberá atender para resolver acerca de la orden de aprehensión, el auto de formal prisión y la sentencia. Y debido, además, a las reformas de los artículos 16 y 19 C. con relación a aquellas categorías procesales en 1993 y en 1999. Adelanto por lo pronto y a reserva de fundamentar mi observación, que:

El contenido mínimo admisible del cuerpo del delito es la concreción histórica de los elementos objetivos del tipo penal de un delito. Y que, como categoría procesal, la responsabilidad penal es la intervención dolosa o culposa y culpable del inculpado en el hecho materia del cuerpo del delito. Para librar orden de aprehensión o dictar auto de formal prisión, respecto del cuerpo del delito debe haber prueba y con relación a la responsabilidad penal debe haber causa probable.

A. Los elementos materiales o descriptivos del tipo penal. Los elementos materiales o descriptivos del tipo penal son expresiones del supuesto legal del hecho punible, que aluden a una circunstancia perceptible por los sentidos o por la simple actividad del conocimiento. Además, tales elementos tienen una naturaleza objetiva. Todos los tipos penales contienen, sin duda, la descripción de un hecho mediante referencias expresas al comportamiento y circunstancias que le acompañan o en las que aquél se realiza. Todas ellas aparejan que en el mundo de relación se les pueda apreciar por los sentidos o por la simple actividad del conocimiento. A veces, sin que en la descripción legal se haga mención alguna al desvalor de la conducta; ni a cuestiones axiológicas o normativas en general; ni a un especial conocimiento o voluntad del agente. Ello es válido en la manifestación externa de las conductas específicas de las figuras típicas, como en la concreción material de las formas típicas de intervención por acción a las que se les sumen otras circunstancias fácticas. Los elementos materiales y/o descriptivos son, pues, de carácter objetivo. Por ejemplo, en el tipo penal de conducción de vehículos en estado indebido, se describe tan sólo la conducta de manejar un vehículo en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias análogas, datos todos estos constatables objetivamente y mediante la simple actividad del conocimiento. Al igual que las expresiones que se contienen en ciertos tipos penales de abandono de atropellados, donde se describe la acción de irse de donde está quien fue objeto del atropello por el autor. Lo mismo ocurre con el tipo penal de homicidio, pues conforme al texto de la ley, comete homicidio "el que mata a otro" (CPC), o "el que priva de la vida a otro" (CPF y CPDF), narrándose así un hecho conductual que puede ser objetivamente perceptible o apreciable en el mundo de relación.

Conviene precisar que también existen otros tipos penales más detallados y concretos. Pues amén de que en los supuestos típicos siempre se describe o implica una conducta en su aspecto externo y a veces se le suma a ella un resultado material, también se alude a las cualidades numéricas o biológicas de los sujetos, o de lugar, tiempo, medios, modo o circunstancias de ocasión —perceptibles por los sentidos o apreciables con la simple actividad del conocimiento—, en las que se ejecuta la conducta. Hay tipos penales en los que

—puntualiza Jiménez Huerta— (...) su contenido material no solamente consiste en la realización de una abstracta conducta; sino, además, en la producción de un resultado; o en la forma, con los medios o las circunstancias que la ley específicamente establece.⁵⁶³ Estas referencias a la calidad del sujeto activo, sujeto pasivo o cosa sobre los que recae la conducta y que no implican especial valoración, al igual que el resultado material y los medios de ejecución y circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, en cuanto sean perceptibles materialmente o por la simple actividad del conocimiento, también formaran filas dentro de los llamados elementos materiales o descriptivos del tipo penal. Y a veces se denominan por la doctrina y la jurisprudencia como “circunstancias” de la conducta o hecho que atañen a las situaciones fácticas que en la figura típica se mencionan. Y por supuesto, también son de carácter «objetivo» en el sentido antes dicho. En esencia, pues, son elementos materiales o descriptivos del tipo penal de un delito:

1) La conducta específica en su manifestación exterior y el resultado material o externo si es que hay referencia a éste en la figura típica. 2) En los problemas de coparticipación en el delito: la forma específica que asuma exteriormente la acción distinta a la específica del autor material a través de las restantes formas de intervención típica. 3) El objeto en la mayoría de las veces. Y, 4) Las circunstancias perceptibles por los sentidos o apreciables por el simple conocimiento que, según la figura típica de que se trate y, eventualmente, de sus modalidades, acoten a aquellos en un determinado ámbito personal, temporal, espacial, de ocasión y/o de medios comisivos.

Por ejemplo, contienen expresiones que aluden a los «medios» comisivos, entre otros, los tipos penales de motín (“empleando violencia”), violación (“por medio de la violencia física o moral”), despojo (“furtivamente o con violencia”), etc. En su turno, alude a una circunstancia de «lugar», entre otras, las expresiones “en despoblado o paraje solitario” en el asalto. Finalmente, hacen mención de un lapso «temporal», entre otras, las lesiones levisimas cuando “tardan en sanar menos de quince días”; o las leves, si “tardan en sanar más de ese tiempo”. Y en el infanticidio, en tanto es necesario que la conducta de privación de la vida del hijo ocurra “en el momento del nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes” en Coahuila.

B. Los elementos normativos del tipo penal. Los elementos típicos normativos son expresiones que se contienen o implican en el supuesto jurídico-penal que se aprecian a través de un especial juicio de valoración. La anterior definición implica que para su captación es insuficiente la tangibilidad o simple actividad del conocimiento (comprobación fáctica) como sucede con los elementos materiales o descriptivos. Mas cabe señalar que los elementos normativos descansan siempre en una circunstancia material expresa o implícita que la ley caracteriza normativamente. Ahora bien, aunque coincido con la afirmación de tratadistas tan connotados como Jiménez Huerta y Carrancá y Trujillo, en el sentido de que es indudable que las expresiones típicas cargadas de desvalor jurídico —que subrayan la antijuridicidad de la conducta— se deben considerar como elementos normativos del tipo penal.⁵⁶⁴ Vg., los términos “sin causa o motivo justificado”, “ilícitamente”, “ilegalmente”, “injustificadamente”, “indebidamente”, “sin derecho”, “contraria a la ley”, etc. Tampoco se puede desconocer que en el catálogo de figuras delictivas hay múltiples referencias que implican si no un juicio de “desvalor”, sí una especial valoración de carácter “jurídico” o “cultural”. Como así lo precisó en su tiempo el

⁵⁶³ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 39.

⁵⁶⁴ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 44 y ss. y Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, decimosexta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988, pp. 424 y ss

mismo Carrancá y Trujillo.⁵⁶⁵ Tal es el caso de las expresiones «jurídicas»: cosa “*mueble*”, “bien inmueble o derecho real”, “sentencia o resolución judicial de fondo”, “autoridad competente”, “título-valor”, “sociedad mercantil”, “servidor público”, “autoridad judicial”, “pariente colateral en segundo grado”, etc. Así como de especial apreciación «cultural»: como es “obsceno”, “pornográfico”, “escándalo”, “depravado”, “medio social del ofendido”, etc. Todas ellas, en cuanto aparejan un juicio especial de valoración, se pueden estimar como elementos normativos. Igual consideración merece parte de la “omisión” como forma de la conducta. Pues ella no es perceptible por los sentidos y para apreciarla como penalmente relevante hay que examinar si la acción con la que se “omite” viola un “deber jurídico de actuar”. Así, si bien es verdad que en los tipos penales de omisión expresa podría ser suficiente la simple actividad del conocimiento para saber —una vez dadas las circunstancias materiales del ámbito de prohibición— que el sujeto dejó de hacer lo que tipo penal sanciona como tal; también es cierto que no sucede lo mismo con los delitos de comisión por “omisión”. Pues si en un tipo penal de resultado, o incluso en uno de simple conducta en el que ésta se formule de manera «neutra», para que la «omisión» pueda tener relevancia penal será necesario que ella infrinja un deber jurídico de actuar de acuerdo con las fuentes que la misma ley señala para ello. Por lo tanto, en ese aspecto la omisión es un elemento normativo. Además, está la calidad normativa del «daño o peligro lesivos al bien jurídico», la calidad normativa del “nexo causal”, de la “imputación objetiva” a la conducta del resultado y de la lesividad jurídica como criterios de interpretación reductora de afanes punitivos desmedrados que se pudiesen dar sin aquellas condiciones y, asimismo, la calidad normativa de la conducta «culposa», de las cuales después me ocuparé. Es hasta los anteriores elementos —salvo la imputación objetiva y la culpa— sobre los que la doctrina nacional tradicional —y de manera implícita también la jurisprudencia— se ha pronunciado mayoritariamente como elementos normativos del tipo penal. Pues en cuanto a lo «antijurídico» del hecho —cuestión normativa por excelencia— se le ha considerado como elemento o categoría del delito aparte del tipo penal.

Por su parte, es dable tener presente que para cierto sector de la tesis finalista el tipo penal es predominantemente fáctico y subjetivo. Aquél será luego el «objeto» de valoración respecto a su carácter antijurídico. Por lo tanto, a los elementos «normativos» de desvalor del tipo penal de un delito se les coloca junto a los elementos positivos de lo injusto. Esos enfoques cambian por completo en el funcionalismo de Roxin. Pues como ya se vio —y más adelante se ampliará— Roxin estimó que por residir en la antijuridicidad la razón de ser del tipo penal, éste involucra a aquélla, por lo menos en su aspecto material. Por ende, la «antijuridicidad material» es un elemento normativo del tipo penal y no un elemento aparte de él.⁵⁶⁶ Sin embargo, como también ya se vio, el tipo penal “global” implica en realidad a la conducta típica que es antijurídica, la cual —además de la lesión jurídica como contenido de la llamada antijuridicidad material— comprende a la ofensa al Derecho por faltar causa que justifique la conducta. Y el mismo Roxin en su “Tratado” distingue entre tipo penal en sentido estricto y tipo penal global el cual también se denomina “injusto” por la doctrina a la que él se ajusta. Con lo cual también se viene a deslindar al tipo penal —con el contenido material, normativo y subjetivo del cual se ha venido hablando— del injusto, como categorías distintas sistemáticamente

⁵⁶⁵ Ídem, op. cit., p. 425.

⁵⁶⁶ Ver *Infra* CAPÍTULO QUINTO, núm. III. Además, a Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal...*, pp. 262 y ss.

hablando. Lo cual no es óbice para que el mismo daño o peligro de lesión al bien jurídico sí sean elementos normativos del tipo según ya se expuso.

B. Los elementos subjetivos del tipo penal. Los elementos subjetivos del tipo penal son el dolo y, en su caso, las expresiones que contenga el supuesto legal de un hecho punible que aludan a un especial motivo, conocimiento o contenido de voluntad. En efecto, dentro de los elementos subjetivos, se encuentran el contenido de fin y de conocimiento de toda conducta con relevancia penal. Destacan así el «dolo» y los «elementos subjetivos específicos» del tipo penal. El primero, dolo, es la voluntad y conocimiento de contenido típico. Es decir, la voluntad y el conocimiento que abarquen a los demás elementos objetivos —materiales, descriptivos y normativos— del tipo penal. Los últimos, los elementos subjetivos específicos son expresiones legales que refieren un determinado motivo, conocimiento o fin que el autor imprime a su comportamiento. De tal suerte que es cierto estado anímico, que se acompaña a ciertos actos, el que —además del «dolo» sobre los demás elementos— le da relevancia penal a la conducta. En algunas ocasiones dichas expresiones del tipo —que se caracterizan como elementos subjetivos específicos— se conectan directamente con el mismo dolo. Otras veces, las expresiones aluden a motivos o al injusto propósito o a la finalidad ilegal de la conducta y aunque por ello se les intente vincular entonces a la conciencia de licitud como elemento de la culpabilidad, de todas suertes forman parte del tipo penal y van paralelas al dolo que las ha de captar. Porque bien se puede considerar que en esos particulares tipos penales, el dolo forma fila junto a esos elementos subjetivos específicos. En el anterior orden de ideas, son elementos subjetivos específicos que se conectan con el dolo los vocablos “dolosamente”, “a sabiendas”, “con conocimiento”, “deliberadamente, etc. Mientras que son elementos subjetivos que se asocian con la conciencia de la antijuridicidad o el reproche mismo las expresiones “para tomar medidas contrarias a la ley”, “con el fin de comerciar ilícitamente con ellos”, “con el fin de causar daño”, “motivos depravados”, etc. Por otra parte, en todos los casos anteriores, el elemento subjetivo «específico» se plasma en el tipo penal en forma expresa. De tal manera que es norte y guía para el juez a efecto de evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico el acto, si es que no va acompañado del especial motivo, conocimiento o fin específico que de manera expresa consigna el legislador en el tipo penal. Así, por ejemplo, en el tipo penal del delito de injurias en las legislaciones que lo mantienen, la conducta ofensiva o de desprecio hacia otra persona debe estar presidida por el “*ánimus injuriandi*”, que es diferente al ánimo de réplica, broma u otras clases de intención que puede conllevar la conducta que devenga objetivamente ofensiva. Lo anterior se infiere de la expresión “conducta «*dolosamente*» dirigida a ofender o manifestar desprecio a otro”, que se contiene en el tipo penal en cuestión. De ahí que con elegante pluma, Rivera Silva subrayara: “no interesa —jurídicamente— el cambio que en el mundo externo se produce por la palabra malsonante, sino la mutación que se realiza con la palabra malsonante vertida con el ánimo de menospreciar”.⁹⁶⁷

Mas no en todos los casos los especiales designios con los que el sujeto actúa se tienen en cuenta de manera expresa por el legislador. Sino que se deducen —además del texto legal del tipo penal del delito en

⁹⁶⁷ Manuel Rivera Silva, “*Apuntes sobre el cuerpo del delito*”, en *Criminalia*, año XXI, N° 3, Academia Mexicana de Ciencias Penales; Editorial Porrúa, S. A., México, sep.-dic. 1968, p. 97.

particular— de la interpretación contextual del tipo penal con su entorno o marco jurídico. Esto es, el del bien o el de los bienes jurídicos que tutelan y el de los demás delitos que los afectan y que regula la misma ley. Sirvan como ejemplo los citados por González de la Vega y Jiménez Huerta y que reconoce la jurisprudencia, relativos al tipo penal del delito de atentados al pudor y al de robo. En el primero, no cualquier manoseo, palpación o tocamiento sobre el pasivo constituye un acto “erótico”, sino sólo aquellos que se encuentren presididos de una intención lasciva.⁵⁶⁸ Lo mismo ocurre con el robo, pues el “apoderamiento” de la cosa ha de ser con *ánimo de apropiación*, es decir, para disponer de ella como si se fuera su dueño sabiendo que no lo es. De no exigir esta condición subjetiva adicional para el robo, a éste no se le podría diferenciar del robo de uso en el que falta tal clase de ánimo.⁵⁶⁹ Los anteriores elementos se denominan elementos corporales de raíz subjetiva. Y entran también en juego en la configuración del tipo penal, como elementos subjetivos «específicos» de éste.

— V —

**El cuerpo del delito y la responsabilidad penal
como categorías procesales del delito en México**

El Derecho Procesal Penal es y debe ser adjetivación del Derecho Penal. De tal suerte que si de acuerdo con los artículos 14, 16 y 19 C. el cuerpo del delito y la responsabilidad penal comprobados en el procedimiento, condicionan al juzgador, en última instancia y por regla general, a dictar en juicio una sentencia de condena. Por lo tanto, no cabe menos el suponer que la suma del contenido conceptual de esas categorías procesales debe implicar la reunión de los elementos con los que el Derecho Penal define al delito. Ya Victoria Adato puntualizó al respecto: (...) El delito es igual a unión de cuerpo del delito y responsabilidad penal. Por lo tanto, si se quiere saber lo que es cuerpo del delito, solamente restaremos del delito a la responsabilidad. Si se desea saber el contenido de esta, basta sustraer del delito al cuerpo del delito y ya se tiene la responsabilidad penal. Por otra parte, si se amplía el concepto de cuerpo del delito, se restringe el de responsabilidad. Y si se restringe el concepto del cuerpo del delito (situación inversa a la anterior), se amplía el concepto de responsabilidad.⁵⁷⁰ Por su parte, Olga Islas González Mariscal y Elpidio Ramírez coinciden con ese enfoque, al señalar: (...) Para construir el concepto de cuerpo del delito es necesario, en primer lugar, situar el tema en el marco no del tipo sino del delito. En segundo lugar, y ya ubicados en el campo fenoménico del delito, es preciso anotar que el cuerpo del delito es sólo una parte del hecho constitutivo del delito. Por último para integrar el concepto ha de considerarse únicamente aquella parte consistente en presupuestos y elementos típicos del delito. Ahora bien, esta última afirmación no implica que el cuerpo del delito se configure con todos los presupuestos y elementos del delito adecuados al tipo; es decir, cuerpo del delito no es lo mismo que la total tipicidad. Aquí surge la necesidad de analizar cada presupuesto típico del delito y cada elemento típico del mismo para determinar cuáles de ellos son materia del cuerpo del delito, y cuáles, junto con la culpabilidad,

⁵⁶⁸ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. III, op. cit., pp. 222 y ss., y Francisco González De La Vega, *Derecho Penal Mexicano, Los delitos*, vigésimo segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988, pp. 355 y ss.

⁵⁶⁹ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Parte Especial*, T. IV, Antigua Librería Robredo, Editorial Libros de México, S. A., 1983, p. 40 y ss., y pp. 90 y ss.

⁵⁷⁰ Victoria Adato, “Cuerpo del delito”, *Dinámica del Derecho Mexicano*, Procuraduría General de la República, 1973, pp. 191 y 192.

dan contenido a la responsabilidad.⁵⁷¹ De esta manera, el cuerpo del delito y la responsabilidad penal, como nociones procesales unidas entre sí, se deben corresponder con el concepto del delito que tiene el Derecho Penal. Por ende, si partimos de la idea lógico-jurídica que los elementos del delito informan a las categorías multicitadas, algunos de ellos, en concreto, integrarán conceptualmente al cuerpo del delito. Y los restantes a la responsabilidad.

Por todas esas razones es indudable que se cumple con una premisa básica de seguridad jurídica al precisarse «cuáles» son los elementos del tipo penal que informan al cuerpo del delito y cuáles a la responsabilidad, al igual que cuál es el concepto de cuerpo del delito y el de responsabilidad penal, así como con relación a ésta última cuándo hay «causa probable». Pero, además, porque con ello se propicia una aplicación justa de la ley penal. Y se favorece el sano desarrollo del proceso penal evitándose causas kafkianas con el indebido desdoro de la libertad de las personas. Es pues necesario fijar con método jurídico cuál es el contenido y el alcance del «cuerpo del delito» y de la «responsabilidad penal», así como cuándo existe «causa probable» de la última y su diferencia con la noción de «prueba» en sentido estricto. Ya que esas categorías son el eje central para el desenvolvimiento de todos los procedimientos penales en nuestro país, desde la averiguación previa hasta la sentencia definitiva. El cuerpo del delito y su prueba, la responsabilidad penal y según el caso, su causa probable o prueba de ella, son nociones cuyo contenido conceptual es esencial para decidir tres resoluciones fundamentales en cualquier proceso penal: la orden de aprehensión, el auto de formal prisión y la sentencia de condena. Sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad penal se determinan la garantía de audiencia y la litis. Y sobre el contenido de aquellas categorías versan los medios de prueba, los alegatos y la sentencia.

No se exagera entonces al afirmar que el cuerpo del delito y la responsabilidad penal son el punto de conexión más trascendente entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal mexicanos. En tanto que instrumentan al delito, del campo normativo del derecho sustantivo al campo histórico y fáctico del derecho adjetivo. Resulta claro así que el mayor o menor contenido conceptual de tales categorías procesales, determina el tema a probar y la extensión de la prueba durante el procedimiento penal, así como el alcance de las garantías de audiencia y de defensa. Y delimita las facultades jurisdiccionales para declarar su existencia o su inexistencia. Y en cualquier caso todo ello tiene consecuencias para la libertad de las personas.

A. La Iniciativa de Reforma y los dictámenes del Congreso de la Unión acerca de las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1997-99. Ahora bien, la Iniciativa presidencial de 1998 para reformar los artículos 16 y 19 C., propuso que para el auto de formal prisión se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

⁵⁷¹ Olga Islas González Mariscal y Elpidio Ramírez, *“El delito en el derecho de procedimientos penales”*, *Revista Jurídica de Escuela de Derecho de la UJAT*, N° 1, 1975, pp. 92 a 93.)

La iniciativa recibió severas críticas porque proponía que se flexibilizara la exigencia de la prueba con relación a algunos elementos del tipo penal, lo que —se dijo— favorecería la arbitrariedad. García Ramírez —entre muchos otros destacados penalistas— vertió frases lapidarias y certeras en contra de aquella en su artículo: “Una reforma constitucional inquietante”,⁵⁷² las que luego reiteró en su trabajo: “La Reforma Procesal Penal en la Constitución: ¿Derecho democrático o Derecho autoritario?”.⁵⁷³ Así, el prestigiado jurisconsulto dice: (...) El proyecto proponía evidentes y preocupantes retrocesos. Se confesó, desde luego, el craso error cometido en 1993, en la reforma a los artículos 16 y 19, que muchos observadores denunciaron oportunamente. Sin embargo, en lugar de reparar esa equivocación deplorable,⁵⁷⁴ el proyecto de 1997 extremó el supuesto remedio, hasta convertirlo en una flagrante supresión de garantías. En vez de que se exigiera la acreditación de todos los elementos del tipo penal, se pasaría a requerir débiles pruebas sobre los elementos del tipo penal.⁵⁷⁵

Por su parte, las cámaras del Congreso de la Unión modificaron el texto de la Iniciativa, sustituyendo la fórmula de la Iniciativa por la que existía en la C. antes de 1993. Es decir, por la que adoptó el constituyente de 1917 en el artículo 19 C. Sin embargo, en los dictámenes se dijo que:

(...) el restablecer el concepto de “cuerpo del delito” e incorporarlo a las reformas de 1993, permitirá el equilibrio adecuado de los intereses de la sociedad de que se procure justicia, las facultades de las autoridades, los derechos de los inculcados y de las víctimas. (...) el cuerpo del delito no es un concepto nuevo en nuestro Derecho. Ha sido ampliamente estudiado y, si bien se le ha interpretado de diferentes maneras. Antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por “cuerpo del delito” se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. (...) éste es el concepto que hay que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993. Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado.

Ciertamente, las modificaciones que hizo el Congreso de la Unión, aunadas a la última acotación que hizo el dictamen de la cámara de diputados al contenido conceptual del cuerpo del delito —restringiéndolo a los elementos objetivos del tipo penal— de ningún modo superaron las críticas que antes se le hicieron a la Iniciativa presidencial de reforma a los artículos 16 y 19 que nos ocupa; es más, al adoptarse de nuevo la expresión “cuerpo del delito” se parecía abrir la puerta a criterios ya superados con relación al contenido conceptual de esas categorías procesales bien se tratara respecto de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión o de la sentencia.⁵⁷⁶

⁵⁷² Sergio García Ramírez, “Una reforma inquietante”, *Criminalia*, año LXIV, N° 1, Academia Mexicana de Ciencias Penales - Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril 1998, pp. 3 a 41.

⁵⁷³ Sergio García Ramírez, “La Reforma Procesal Penal en la Constitución: ¿Derecho democrático o Derecho autoritario?”, *Criminalia*, año LXIV, N° 3, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S. A., México, septiembre-diciembre, 1998, p. 93.

⁵⁷⁴ Debo mencionar que discrepo respetuosamente de la opinión del Dr. García Ramírez: creo que la inclusión en los artículos 16 y 19 C. en 1993-94, de la expresión “elementos del tipo penal” que sustituyó a la de «cuerpo del delito», significó un gran avance jurídico hacia el estado de derecho. Simplemente porque dio mayor certeza jurídica y canceló de tajo las persistentes interpretaciones restrictivas acerca del concepto de cuerpo del delito. Mismas que mantuvieron muchas legislaciones del país con base en la tesis jurisprudencial de que el «cuerpo del delito» se reducía a la concreción de los elementos materiales del tipo penal, en contravención del concepto más completo que se desprendía de los antecedentes mismos del artículo 19 C y la cual ya había venido elaborando la SCJN y algunas legislaciones —con inclusión de la federal— de que aquella categoría procesal incluía a todos los elementos del tipo penal y no sólo a los materiales y descriptivos. Empero, coincido con el directo y perspicaz pensador y apreciado amigo, en cuanto a sus razones, de lo que yo llamaría: impetuosa y súbita reforma sin la previa legitimación de una consulta democrática. Ese error de omisión dejó sin sustento una reforma así y a largo plazo. Como tal prontitud y falta de consulta debería evitarse en toda reforma constitucional e incluso legal. La “precipitación” de la reforma —como la califica el Dr. García Ramírez— favoreció en parte el avance del pensamiento autoritario que se pretendió filtrar en la reforma de 1998-99 a los artículos 16 y 19 C y que a la postre lo logró en la reforma a la legislación secundaria. Véase el final de este núm. en este CAPÍTULO.

⁵⁷⁵ Sergio García Ramírez, “La Reforma Procesal Penal...”, p. 85.

⁵⁷⁶ Al respecto ver en el INTRODUCCIÓN de este trabajo el núm. VI: Las aporías, las falacias y las disfunciones en la jurisprudencia.

B. Importancia del dictamen del Congreso del Estado de Coahuila como parte del Constituyente Permanente, acerca de las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1997-99. Sin embargo, parece ser que en todo ello se ha pasado por alto que en el proceso de reforma constitucional hubo un dictamen más, que, *«sin oponerse a los del Congreso de la Unión»*, al aprobar la reforma a los artículos 16 y 19 C *sí «aclaró, complementó y amplió de manera sustancial»* los dictámenes del mismo Congreso de la Unión. Ese dictamen se aprobó por unanimidad por el Pleno de la Legislatura de Coahuila —como miembro del constituyente permanente o del poder reformador de la Constitución— en el que se proponía aprobar la reforma constitucional. El dictamen se envió al Congreso de la Unión como voto del constituyente coahuilense a la reforma propuesta, para debida constancia de lo que se debía entender por «cuerpo del delito», «responsabilidad penal» y «causa probable» de ésta última. Estimo que el mencionado dictamen de la Legislatura de Coahuila acerca de la reforma a los artículos 16 y 19 C. corrigió en gran medida el inconveniente que hubiera implicado el volver a la rancia concepción del "cuerpo del delito" sin acotaciones complementarias con relación a aquella y al contenido de la "responsabilidad penal". Y mucho más importante aún —dados los términos de la reforma— porque también precisó el contenido conceptual de «causa probable» con relación a la última categoría procesal, como enseguida se verá.

1. Los contenidos conceptuales de cuerpo del delito (¿qué es cuerpo del delito?) y de la responsabilidad penal (¿qué es responsabilidad penal?) y su necesaria congruencia con el contenido conceptual del delito. En efecto, el dictamen de Coahuila puso en claro que debe haber congruencia —necesaria— entre el contenido conceptual del delito en el Derecho Penal y la suma del contenido conceptual de cuerpo del delito y la responsabilidad penal del Derecho Procesal Penal. Pues el saldo de la unión de estas dos últimas categorías procesales es el de un delito. Ni más, ni menos. Si no fuere así, se cometería el error severo —que nadie discutiría— de que con base en esas categorías procesales se iniciaran procesos y luego se condenara a los inculpados y se les impusieran penas por conductas que el código o la ley penal no consideraran como «delito», vulnerándose así la garantía de legalidad y seguridad jurídica de nuestro artículo 14 constitucional y que se reconoce por todas las naciones del mundo.

Igualmente, el dictamen señaló que si en la dogmática penal existe el consenso general que el delito es conducta típica, antijurídica y culpable. Y que si de acuerdo con los antecedentes históricos y legislativos inmediatos y mediatos del artículo 19 Constitucional, así como con la interpretación sistemática de su texto y con los criterios de la Suprema Corte de Justicia antes de 1993 y del mismo artículo 168 del CFPP a esa fechas, *el cuerpo del delito era la concreción histórica de una conducta y hecho típico.* Y que *si ahora el «cuerpo del delito» sería «un concreto hecho típico», pero acotado en su aspecto objetivo e impersonal.* Por consecuencia, *la «responsabilidad penal» se habría de nutrir entonces de los «restantes elementos típicos», además de la «culpabilidad» del acusado.* Pudiendo afirmar —dice el dictamen— que:

(...) aun como «categoría procesal», se conduce en forma «responsable»: quien interviene de manera típica con dolo o culpa y con culpabilidad; concretando, en su caso, los elementos subjetivos específicos del tipo penal y sin que le ampare causa de justificación.⁵⁷⁷

Ello implica, en primer lugar, que para los efectos de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión y no sólo en la sentencia, siempre se debe analizar el dolo o la culpa —ésta en su arranque subjetivo—, al igual que la culpabilidad, como parte de la responsabilidad penal. Con lo cual también se puso coto al sofisticado subterfugio —que se acogió en su tiempo por la jurisprudencia— de establecer “grados de la responsabilidad penal”, para arbitrariamente sostener que el dolo o culpa y la culpabilidad nada más se debían estudiar en la sentencia y que no eran materia del auto de formal prisión. Así, en el dictamen por el contrario se dijo que tales cuestiones sí debían ser materia de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión por las razones siguientes:

Primera. Porque el que en la orden de aprehensión y el auto de formal prisión se deban analizar las formas subjetivas-normativas de dolo o culpa y la culpabilidad, es ser coherente con un concepto unitario de la responsabilidad penal. Sobre el cual la Constitución ningún distingo hace. El que debe ser el mismo en la orden de aprehensión, en el auto de formal prisión y en la sentencia. Dar a la “responsabilidad penal” un contenido diverso en cada una de estas resoluciones es ser incongruente con el principio lógico de contradicción y, además, con nuestro sistema jurídico. Pues si la Constitución no restringe ese concepto y en el plano legal secundario los códigos procesales adjetivan normas sustantivas. Por lo tanto, el derecho procesal debe respetar los conceptos del derecho sustantivo que le toque adjetivar. Sin que sea admisible establecer entre ellos y en ellos recortes o divisiones artificiales que la razón repugna y que no autoriza la C.

Segunda. La doctrina causalista —y no la Constitución ni la ley— habla de “formas” o “grados” de la culpabilidad. Refiriéndose al dolo o culpa. Pero aún así éstas categorías sustantivas siempre forman parte de la responsabilidad penal como categoría procesal, sin que haya preceptos Constitucionales o legales que faculten, o de los que racionalmente se infiera que tales “grados” (sic) de responsabilidad sólo deban analizarse en la sentencia, más aún porque los mismos artículos 16 y 19 C que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, se refieren a la “responsabilidad penal” pero no establecen ninguna “graduación” de ella. Sino que dicha “graduación” la hacen de su prueba, lo cual es distinto.

Tercera. El que en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión se precise al dolo o la culpa cuando el tipo penal delictivo permita esa bifurcación para los efectos de la responsabilidad penal, no implica más que cumplir con la exigencia constitucional de que se examine si existen “datos bastantes” que hagan probable esos extremos de la responsabilidad.

Cuarta. El examinar el dolo o la culpa es exigencia de los artículos pertinentes de los códigos penales que establecen la clasificación de los delitos en dolosos y culposos. A su vez, los párrafos primero y tercero del artículo 19 C. obligan al juez en el auto de formal prisión a clasificar el delito con relación al hecho que fue

⁵⁷⁷ Dictamen que se aprobó por unanimidad por el Pleno de la LIV Legislatura del Estado, al resolver como miembro del Constituyente Permanente, la aprobación a la reforma de los artículos 16, 19, 23 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1998, p. 57

materia del ejercicio de la acción penal. De tal suerte que si se omite hacer dicha clasificación, se viola tan el primero como el tercer párrafo del artículo 19 C.

Quinta. El soslayar en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión la forma dolosa o culposa con que se cometió el delito, implicaría omitir la fundamentación de la pena aplicable al delito por el que se dictan aquellas resoluciones. La cual varía según se trate de un delito doloso o culposo. Esa omisión violaría no sólo la correspondiente garantía de fundamentación del artículo 16 C., sino la del mismo artículo 19 en su párrafo primero y la del artículo 18. En cuanto es necesario señalar “el delito por el que se dicta” el auto de formal prisión. Con la consecuencia de la prisión preventiva que sólo procede —de acuerdo con el artículo 18 de la misma C. — por delito que merezca necesariamente pena corporal.

Sexta. Si en la orden de aprehensión o en el auto de formal prisión sólo se señalara la penalidad legal aplicable, según se trate del delito doloso o culposo, pero se omitiera razonar el porqué se invoca tal fundamento legal para dictarlo, se violaría la garantía de motivación que la autoridad debe dar de sus actos de molestia y que exige el artículo 16 C. Y la que de manera específica se deduce también del propio artículo 19 C. El que, además de requerir que en el auto de formal prisión se señale el delito por el que se dicta, también preceptúa que se señalen las circunstancias de ejecución.

Séptima. La forma dolosa o culposa en que aparezca cometido el delito puede implicar diversa clasificación del delito según la cual el delito podría ser o no ser grave. Y, por ende, ser base para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la libertad provisional bajo caución. De aquí que si en la orden de aprehensión o en el auto de formal prisión se omitiera decidir sobre el dolo o culpa, a la vez se le estuviese eludiendo al acusado conocer si tiene o no tiene acceso a aquella garantía en el incidente de suspensión en el amparo.

Octava. Si se omitiera aludir en el auto de formal prisión a la forma dolosa o culposa que pudo tener la intervención de la persona acusada en la conducta o hecho constitutivos de delito, se vulneraría no solo la garantía de motivación en éste extremo, además, al inculpado se le impediría conocer la forma subjetiva de intervención en el hecho que se le atribuye. Con lo cual se le colocaría en estado de indefensión, al estar en la imposibilidad de controvertir en debida forma y con pruebas tal extremo durante el proceso.

Novena. Finalmente, el dictamen destacó que incluir el dolo o culpa y la culpabilidad dentro del análisis de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión no implica prejuzgar. Sino que apareja partir de conceptos unitarios del cuerpo del delito y de la responsabilidad. Conceptos que deben ser los mismos en la orden de aprehensión, el auto de formal prisión y la sentencia. En las dos primeras resoluciones simplemente se debe analizar si existen datos para hacer “probable” la forma típica de intervención, los elementos subjetivos específicos del tipo penal y de que el inculpado lo realizó dolosa o culposamente y en forma culpable.

Todo ello llevó a concluir a la LIV Legislatura del Congreso del Estado de Coahuila —como miembro del constituyente permanente o del poder reformador de la Constitución— que no se debe cambiar el contenido conceptual de cuerpo del delito ni el de responsabilidad en el curso del proceso penal. Lo que varía en la

Constitución es el "grado de su prueba". Y no el mal llamado "grado de responsabilidad". Identificándolo caprichosamente con las formas subjetivas de dicha responsabilidad. Para de esta forma sostener, también en forma arbitraria, que el dolo o la culpa y la culpabilidad se estudian en la sentencia, sin que sean materia de la orden de aprehensión, ni del auto de formal prisión.⁵⁷⁶

Es pues inadmisibles escindir el concepto de responsabilidad, para que tenga un contenido diferente en las dos primeras resoluciones del contenido que deba tener en la sentencia. Porque importa subrayarlo y repetirlo, en el curso del proceso no varían los conceptos o contenidos del cuerpo del delito y de la responsabilidad. Lo que varía es el «grado de la prueba» con relación a la responsabilidad penal.

El dictamen también señaló que cabe decir lo mismo de las modalidades atenuantes o agravantes. Estas deben ser materia de estudio en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión en cuanto son elementos del tipo penal que pertenecerán al cuerpo del delito o a la responsabilidad. Ello dependerá del carácter objetivo —material y/o normativo— o subjetivo de la modalidad. Es decir, para que se ubiquen en una u otra categoría procesal. Asimismo, el dictamen no pasó por alto que dichas "modalidades" se encuentran fuera de la figura típica básica y que operan como mecanismos legales que incrementan o disminuyen su punibilidad legal. Aunque el dictamen también puntualiza que aquello es insuficiente para que se les considere simples «causas de extensión de la pena», ni tampoco como meras circunstancias que «modifican» la responsabilidad penal. Pues como sucede con los dispositivos típicos amplificadores de la participación —que captan conductas de otros no contempladas en la figura típica "básica"—, las «modalidades» agravantes o atenuantes también funcionan como auténticos dispositivos legales que amplían la figura típica a la que se conectan. Pues es absurdo pensar que la pena se pueda extender o la responsabilidad ampliar (atenuada o agravadamente) si no se previeran en la ley los supuestos típicos que contemplen a las modalidades como materia que agravan la punibilidad. Estimar lo contrario aparejaría incurrir en la anomalía jurídica de extender penas y ampliar responsabilidades a situaciones atípicas.⁵⁷⁹

2. El contenido conceptual de la causa probable de responsabilidad penal. No es cuestión menos importante —e incluso quizá ahora es de mayor trascendencia por la acotación que hizo el Congreso de la Unión a la noción de lo que es cuerpo del delito—: El dilucidar y precisar de acuerdo con qué criterio se debe estimar que hay «causa probable» de la responsabilidad penal para motivar los autos que regulan los artículos 16 y 19 Constitucional. Es decir, qué pautas han de sustentar el criterio de «causa probable» y cuya acreditación es indispensable para resolver sobre la responsabilidad penal en la orden de aprehensión y el auto de formal prisión. Porque una cosa es la «responsabilidad penal» y otra muy diferente es su «causa probable». Máxime que sobre este último tópico muy poco desentrañan la jurisprudencia y la doctrina.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ Ídem. , *Dictamen.* , Saltillo, Coah. , México, 16 de diciembre de 1998, pp. 66 y 72.

⁵⁷⁹ Ídem. , *Dictamen.* , Saltillo, Coah. , México, 16 de diciembre de 1998, pp. 71 y 72.

⁵⁸⁰ No deja de ser sorprendente que todavía en obras recientes acerca de la «probable» responsabilidad penal, necesaria para fundar el auto de formal prisión, se tenga una noción tan imprecisa como equívoca de los que significa «causa "probable"» de la responsabilidad penal. Leopoldo de la Cruz Agüero en su estudio publicado por Porrúa, dice al respecto: "Del estudio de la conducta del sujeto activo y del resultado, por lógica jurídica se deduce el nexo causal (sic), dado que si en tales hechos criminales existe la imputación del ofendido en contra del inculpaado, el resultado es causa de su proceder ilícito (sic), lo que trae como consecuencia que se presume su responsabilidad en su comisión". (Leopoldo de la Cruz Agüero, *El término constitucional y la probable responsabilidad penal*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, p. 23.) A ello cabría preguntar, entre muchas otras interrogantes con relación a esas ideas: ¿Significan lo mismo «presunta» y «probable» responsabilidad? Porque en verdad toda causa probable de la responsabilidad apareja la presunción de ella. Pero igual es cierto que no toda presunción de la responsabilidad configura causa probable de la misma. ¿Qué acaso la «probable» responsabilidad se puede válidamente sustentar sólo en la imputación del ofendido? Y eso, si es que en el caso concreto existe tal imputación. ¿Y qué acaso,

En efecto, no obstante el texto del párrafo primero del propio artículo 19 C. y la profunda trascendencia que tiene el auto de formal prisión en la estructura constitucional del proceso penal, el interés social de los debidos juicios penales y lo que ello representa para la libertad personal y muchos otros bienes jurídicos del acusado, de su familia y de la comunidad: la realidad jurídica y la práctica sorprendentemente demuestran que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han omitido reglamentar y poco han precisado y analizado acabadamente sobre lo que debe entenderse por "probable" responsabilidad del acusado. Para así motivar en este aspecto el formal proceso penal.⁵⁶¹ Para confirmar la vaga noción que existe acerca de qué es causa probable de la responsabilidad penal, basta indagar en el foro y la judicatura. O incluso preguntar a los estudiantes de Derecho que han cursado la materia procesal penal: ¿Qué entienden por "probable" responsabilidad? Y muchos responderán con la verdad de perogrullo y, además, inexacta: "Cuando aquella sea presunta". O añadirán quizá —como significativo avance—: "Cuando existan datos o indicios de ella". Pero muchos otros también agregarán —a manera de robustecer su contestación— que la jurisprudencia de la SCJN resolvió que: (...) *La ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.*⁵⁶² Sin embargo, es evidente que este último criterio —amén de repetir en lo conducente el texto del artículo 19 C. — con el agregado de que "... la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras..." lejos de que despeje la cuestión planteada la oscurece. Pues sugiere que para estimar como "probable" la responsabilidad del inculcado es suficiente con que existan pruebas confusas o no claras. Dando así pauta a un amplísimo y arbitrario criterio judicial para determinar con qué condiciones se configura la causa probable de la responsabilidad. A grado tal que la añeja conseja forense referente a la orden de aprehensión, pareciera confirmarse para el auto de formal

por una "imputación" de alguien a otro es como se establecería el "nexo causal" entre la conducta y el resultado? NOTA: Respecto a la doctrina sobre «causa probable» véase el siguiente pie de página.

⁵⁶¹ Entre quienes se ocuparon de conceptualizar o dar una noción de la "probable" responsabilidad penal de acuerdo con los lineamientos de nuestro artículo 19 constitucional aparece, entre otros, González Bustamante. Quien estima que aquella implica "la existencia de datos que hagan suponer que una persona es responsable. Es decir, cuando existan indicios o sospechas que nos haga presumir racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito que se le atribuye". Cuidándose el autor de precisar su pensamiento. En cuanto añade que "la sospecha o presunción debe ser motivada racionalmente, y no fundarse en presunciones infundadas o artificios; por lo que no resulta motivado el auto de formal prisión que se funda en datos inciertos o simples conjeturas, ... pues la presunta responsabilidad penal de una persona debe fundarse, como lo establecían las viejas leyes españolas, en la existencia de pruebas semiplenas". (Juan José González Bustamante, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pp. 187 y 188.) A su vez, Rivera Silva acota que muchos autores hablan de "presunta" responsabilidad. Otros de "posible". E incluso aluden también a la "sospecha". Destacando que esta impropiedad terminológica (en tanto se aparta del vocablo "probable" utilizado por el artículo 19 constitucional) es también llevada a los códigos de procedimientos penales. Además, puntualiza que: "Entraña un superlativo error relacionar la presunta responsabilidad con la prueba presuncional o circunstancial. Ya que esta conduce a la plenitud probatoria. Lo que no exige el artículo 19 Constitucional. Por lo que lo técnico es tener presente que los vocablos "probabilidad" o "posibilidad" no indican comprobación absoluta; sino que pueda ser o existir...". "Por lo que en resumen, la probable responsabilidad penal existe cuando se presentan determinadas pruebas, por las cuales se puede suponer la responsabilidad de un sujeto." (Manuel Rivera Silva, *El Procedimiento Penal*, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pp. 187 y 188.) González Blanco expresamente se adhiere a la opinión de Rivera Silva y dice que el carácter de "presunta" se desprende "únicamente de los indicios o sospechas que arrojen los elementos que se hubieren aportado hasta el auto de formal prisión, que hagan suponer fundamente que el sujeto a quien se le atribuye el hecho delictivo le sea imputable." (Alberto González Blanco, *El Procedimiento Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, p. 104.) Por su parte, Colín Sánchez, después de afirmar que "probable" y "presunta" son términos sinónimos. Sostiene que "existe presunta responsabilidad penal cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico". (Guillermo Colín Sánchez, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1974, p. 287.) Se advierten como más precisos y estructurados que los conceptos que se reseñaron, los vertidos por Herrera Lasso y Borja Osorno. En tanto que el primero expresa que "la responsabilidad probable es un juicio de atribución provisional que solo admite formularlo cuando existan indicios positivos no desvirtuados, que permitan considerar verosímil la participación del acusado en el delito". (Eduardo Herrera Lasso y G., *Cuerpo del Delito*, *Criminalia*, año XXXIX N° 11-12, México, D. F., nov-dic., 1973, p. 62.) En su turno, el segundo puntualiza que: "los términos del artículo 19 Constitucional son inequívocos y exigen: Pluralidad de datos y que tales datos sean bastantes para hacer probable la responsabilidad del acusado". Para luego precisar que entre lo "posible" y "probable" hay una diferencia de grado. Pues lo "probable" es lo posible que tiene mas probabilidades de ser, que de no ser; porqué merece verosimilitud. Es decir, ser más creído que la opinión contraria, cuestión que en el propio artículo 19 constitucional, se resuelve como tal, cuando los datos son "bastantes", que es sinónimo de suficiente" y significa "apto" o "idóneo". (Guillermo Borja Osorno, *Derecho Procesal Penal*, Editorial José M. Cajica Jr., S.A., Puebla, Pue., México, 1969, pp. 243 y 244.)

⁵⁶² SCJN, Primera Sala. Tesis de Jurisp. 55. Apéndice al S. J. F. de 1985. Novena Parte. Séptima Época, p. 87. La misma Tesis se sigue sosteniendo todavía en el *Apéndice al S. J. F. de 1995*. Tomo II. Parte TCC. Tesis 425. P.: 245. AUTO DE FORMAL PRISIÓN. Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

prisión: "como un vaso de agua, no se le niegan a nadie". De aquí que el dictamen de la Legislatura del Estado de Coahuila, enfatizó que:

(...) La 'probable' responsabilidad no se sustenta en una simple presunción o deducción. Pues aunque la 'probable' responsabilidad presupone presunción, no toda presunción configura la 'probable' responsabilidad. Ya que la simple presunción se puede generar de un indicio y la presunción que se exige para la 'probable' responsabilidad es una presunción 'cualificada' por el «número» y la «calidad» de los indicios. Ello es así, porque de acuerdo con la misma Constitución a los 'datos' se les cualifica por su 'pluralidad' (al requerir aquella que haya 'datos', esto es, varios) y, además, por su 'calidad' en cuanto exige que deben ser 'bastantes'. (...) Un indicio aunque sea 'grave' es pues insuficiente para satisfacer la exigencia de «pluralidad» —datos—. Lo mismo cabe decir de un indicio 'grave' aunado a varios 'leves'; al igual que de varios indicios 'graves' pero 'discordantes' o 'contradictorios' entre sí, porque también serán insuficientes para cumplir con la condición de calificación constitucional de los mismos —"bastantes"—.⁵⁸³

En el dictamen se puso en evidencia que en algunos códigos —así como en ocasiones en el foro— se utiliza la expresión "presunta" para referirse a la responsabilidad penal en el auto de formal prisión. Pero que la indicada variación terminológica es impropia. Tanto porque se aparta del texto mismo de las normas constitucionales, como porque la palabra "presunta" induce a confusión en este caso dada su equivocidad. Ya que "presunción" es la inferencia lógica de un hecho que parte de un dato probado —de la cual participa el criterio de "probable" responsabilidad—, pero mientras que la "presunción" se puede obtener de un dato, éste es insuficiente para constituir el número cualificado de "datos bastantes" que exige la Constitución para fundar la probable responsabilidad en el auto de formal prisión. El que un "indicio" consista en una "circunstancia fáctica" o "hecho indicante" y que no se debe confundir siempre con un medio de prueba se corresponde con el entendimiento que se debe tener de la palabra "datos", si se interpreta contextual y semánticamente el propio artículo 19 C. Pues en lo conducente éste dispone que "*...en el auto de formal prisión se expresarán... el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los demás «datos»...*". Por lo que la alocución "datos" se refiere a sucesos fácticos. Como también lo son "*... el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución*". Los artículos 16 y 19 Constitucionales no aluden pues a medios de prueba. Los implican, sí. Pero si se hubiere querido utilizar la expresión "medios de prueba" o su correspondiente semántico en sentido lato, cual es la voz "prueba", así se hubiera hecho. Más aún cuando tal expresión se emplea específicamente en el párrafo segundo del apartado A del artículo 102 C. para referir la atribución del Ministerio Público de buscar y presentar «pruebas» que acrediten la responsabilidad de los inculpados. En estricto sentido pues, el dictamen de la Legislatura de Coahuila subrayó que:

(...) la pluralidad que exige el artículo 19 C. es de "indicios" —datos— y no sólo de medios de prueba. Todo dato presupone necesariamente a uno o más medios de prueba, pero no necesariamente todo medio de prueba equivale a un dato, pues con frecuencia son precisos varios medios de prueba para apenas acreditar un dato. Por otra parte, la "probable" responsabilidad exige no sólo la cualificación de los indicios por su pluralidad (datos), sino, además, por su calidad (bastantes). Con lo que el artículo 19 C. demanda que la "probable" responsabilidad se sustente en indicios —datos— graves que concuerden o concurren en señalar la identidad del inculpado, su intervención típica que sea dolosa, o culposa en su caso, así como la culpabilidad de aquel en el hecho típico penal, sin que se les oponga prueba o indicios de igual rango que no se puedan descartar —bastantes—. Esto es, con relación a cada uno de esos aspectos deber haber causa probable.⁵⁸⁴

Todo ello se confirma con el sumario repaso del texto vigente del primer párrafo del artículo 19 C. y de sus antecedentes inmediatos y mediatos constitucionales, doctrinales y legislativos en cuanto a la "probable" responsabilidad penal que justifique dictar auto de formal prisión. Pues resulta incuestionable que en el ámbito jurídico procesal penal mexicano del siglo XIX y contemporáneo a la Constitución de 1917, se tuvo siempre

⁵⁸³ *Infra*, sesión y *Dictamen* de diciembre 16 de 1996 de la LIV Legislatura de Coahuila..., pp. 82 y 83.

⁵⁸⁴ *Ibidem.*, *Dictamen.*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1996, p. 86.

una noción o concepto de lo que el artículo 19 de nuestra Constitución denominó “probable” responsabilidad penal. Ya que en progresiva evolución se vino a entender que esta debía sustentarse en “prueba semiplena” o “calificada”. En “indicios o datos suficientes o graves” de la participación delictuosa del acusado en el hecho típico penal.⁶⁶⁵ En tal línea de pensamiento, el dictamen de la Legislatura del Estado de Coahuila remarcó lo siguiente:

(...) sólo cuando exista pluralidad de indicios («datos») cualificados por su gravedad y sin que se les opongan otros de igual gravedad que no se puedan descartar («bastantes»), se podrá configurar la “probable” responsabilidad penal del inculpado y decretarse orden de aprehensión o auto de formal prisión.⁶⁶⁶

De ello se desprende que es de “grado” la diferencia específica de la causa “probable” de la responsabilidad para el efecto de motivar la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, con relación a la prueba “presuncional”, de “indicios”, “circunstancial” o “indiciaria” de dicha responsabilidad que motive una sentencia de condena. Pues para que se «compruebe» la responsabilidad es insuficiente que existan indicios “graves” que den conclusión «unívoca», ya que, además, requiere que de los indicios graves se obtenga conclusión «inequívoca» de la responsabilidad. Es decir, en la que, como tal, se descarten no solo los indicios que configuren prueba en contra o con igual rango de “probabilidad” que se aporten al caudal probatorio, sino también las hipótesis que se deriven de cualquier indicio contrario a la conclusión que se obtuvo. Pues la condena del acusado debe fundarse en prueba de su responsabilidad penal fuera de duda razonable. En otras palabras, para que exista prueba indiciaria es necesaria la «unicidad graduada» e «inequívocidad» de los indicios. En tanto que para la causa “probable” es suficiente la «unicidad graduada» de aquellos. Mas su «inequívocidad absoluta» es innecesaria. O dicho de otro modo, la prueba en sentido estricto no admite duda razonable, mientras que la causa probable sí la acepta, aunque sólo y nada más en cuanto se trate de una duda “mínima” o “media” —uno o más contra-indicios leves, un contra-indicio grave o un contra-indicio grave y otros leves que

⁶⁶⁵ Para comprender mejor el concepto “probable” responsabilidad, es conveniente atender también a los *antecedentes constitucionales y legislativos mediatos del artículo 19 constitucional* sobre dicho aspecto. En efecto, para tener una idea de lo que el Constituyente de 1917 entendía por “datos bastantes” que hicieran “probable” la responsabilidad del acusado, es ilustrativo destacar que desde el siglo pasado no pasó desapercibido que para sujetar a proceso a una persona debía existir cierta presunción cualificada que hiciera probable su responsabilidad. Pues con relación al tema nos encontramos con los siguientes antecedentes mediatos en orden de su antigüedad: PRIMER ANTECEDENTE MEDIATO. El Proyecto de reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, en su artículo 9º rezaba: “Son derechos del mexicano: IV. Que no pueda ser declarado formalmente preso sin que preceda información sumaria, de la cual resulta a lo menos semiprueba de haber cometido un delito”. SEGUNDO ANTECEDENTE MEDIATO. El primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842, en la fracción VII del artículo 7º se disponía que: Ninguno será aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser el reo de un delito que ha cometido; no será detenido mas de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención: ni más de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión”. TERCER Y CUARTO ANTECEDENTES MEDIATOS. En la fracción VIII del artículo 5º del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842; al igual que en la fracción XV del artículo 13 del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842, se lee que: “El detenido no puede ser declarado bien preso, sino porque... resulte que se cometió un delito determinado y que hay al menos una semiplena prueba para creer que el acusado lo cometió”. QUINTO ANTECEDENTE MEDIATO. El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, que se dio en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856, en su artículo 44 disponía: “La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por mas de cinco días, sin dictar un auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodia y para el cual se requiere: que este averiguado el cuerpo del delito; que haya “datos suficientes”, según las leyes para creer que el detenido es responsable...”. SEXTO Y SÉPTIMO ANTECEDENTE MEDIATO. Desde el siglo pasado, ya Beccaria esperaba que “las leyes determinarán la “clase de indicios requeridos para el encarcelamiento del detenido”. Y no obstante que el artículo 19 de la Constitución de 1857 omitió mencionar los requisitos que debía satisfacer el auto de formal prisión. Vallarta expresó en sus “Votos”, al referirse a la declaración preparatoria y el auto de formal prisión contemplados en dicha Carta Magna, que: “Bastan sospechas racionales para el arresto, (pero) se necesitan para la prisión (preventiva) pruebas semiplenas cuando menos, pruebas “calificadas”, juzgadas por el criterio judicial después de oír al acusado”. (Ignacio L. Vallarta. *Votos. Cuarta edición*, Editorial Pomúa, S.A., México, 1980, T. III, pp. 492 y 493.) En tal línea de pensamiento, los *Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880 y de 1894*, en sus artículos 235 y 233; disponían respectivamente, que la prisión formal o preventiva solo podía decretarse si además de estar comprobada la existencia de un hecho ilícito que merezca para corporal, se satisficiera el requisito de: “Que contra el inculpado existan datos suficientes, a juicio de juez, para suponerlo responsable del hecho”, y en el subsecuente: “que existan indicios graves o semiprueba, a juicio del juez, para suponerlo responsable del hecho”. OCTAVO ANTECEDENTE MEDIATO. El último antecedente mediato del artículo 19 es el que con igual número figuró en el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, interviniendo en la redacción definitiva del Proyecto de Carranza, el abogado José Natividad Macías. Variándose la frase de “...indicio, cuando menos de la culpabilidad”, por el ya conocido de “datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para... hacer probable la responsabilidad del acusado”. Con lo cual se volvió a la posición adoptada en el *CPP de 1894*. Sin que deba pasar desapercibido que también intervino Hilario Medina (otro jurista con suficientes méritos) en la Segunda Comisión dictaminadora del artículo 19 ante el Congreso Constituyente. Todos los cuales por su calidad de jurisperitos, evidentemente conocían el contenido y el alcance de las reglas consignadas en la legislación procesal para que se configurara la causa “probable” de la responsabilidad del acusado, sustentadora de un auto de formal prisión.

⁶⁶⁶ *Ibidem.*, *Dictamen*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1998, p. 88.

no se puedan descartar—, en tanto que la duda “máxima” —contraindicios graves que no se puedan descartar— excluye a la causa probable.⁵⁸⁷ También el dictamen de la Legislatura del Estado de Coahuila hizo hincapié en que:

(...) la presunción cualificada de la responsabilidad del inculpado que surja de los “datos bastantes” debe quedar jurídicamente subsistente al momento de dictar auto de formal prisión. Tanto por falta de prueba que anule o desvirtúe la pluralidad de los “indicios graves” en que se apoye; como porque no se demuestre una situación contraria (causa excluyente de delito o extintiva de la acción penal) o porque no desvanezcan los datos; o porque de haberse presentado contraindicios con el mismo rango de “probabilidad”, estos se puedan jurídicamente descartar.⁵⁸⁸

Para fundamentar la última parte de ese criterio, el dictamen señala conocer las opiniones que se inclinan en apoyar la idea de que al resolver la situación jurídica no se deben valorar las “pruebas contradictorias” pues esa ponderación corresponde a la sentencia. Y que para sostener tal aserto, se aduce lo siguiente: **1)** Que se trata tan sólo del auto de formal prisión que presupone la garantía de audiencia, pero no la valoración de cuestiones contradictorias. **2)** Que el juez tiene un tiempo limitado para resolver esta cuestión (72 horas y, en su caso, la ampliación legal.) **3)** Y, además, se sostiene, porque se olvida que aún falta la “instrucción” del proceso y que ésta tiene como finalidad controvertir las pruebas y producir la absoluta certeza en el juzgador. Sin embargo, a dichas consideraciones se hacen en el dictamen las siguientes réplicas:

Primera. En el fondo de las cosas, en su sustancia, un juez debe estar capacitado para dominar los principios legales, jurisprudenciales y lógicos de valoración de los medios de prueba. Y se pasa por alto que en los casos normales —o que deberían serlo— el juez ya se enteró antes suficientemente del contenido de la averiguación previa para dictar una orden de aprehensión. La cual también requiere que esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Segunda. Que en los supuestos de flagrancia, si el Ministerio Público consigna es que pudo reunir suficientes medios probatorios en no más de 48 horas de haber acordado la retención del inculpado para demostrar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. Por lo tanto, no debería representar un

⁵⁸⁷ Al respecto son dignas de mención las Tesis siguientes: “AUTO DE FORMAL PRISIÓN (TESTIMONIO SINGULAR.) Un testimonio singular, aún forzando su alcance jurídico, no puede, por sí solo, satisfacer las exigencias del artículo 19 constitucional, pues no es un hecho aislado, referido por una persona, lo que la ley requiere para motivar un auto de formal prisión, sino un conjunto de ellos, que integran los datos suficientes para justificar la presunta responsabilidad de un individuo, dar a un solo testimonio la fuerza y plenitud de “datos bastantes” es tanto como torcer el espíritu de la ley que aunque no requiere para motivar un auto de esa naturaleza, que haya pruebas evidentes de la responsabilidad de un inculpado, sí exige que los antecedentes que amolte la averiguación, sean suficientes, no para hacerla posible, entendiéndose por tal, la calidad de poder ser, de ser factible que sea, sino hacerla verosímil, o que se pueda probar, que es puridad lexicológica, lo que significa el adjetivo probable, empleado por la Constitución en el artículo 19 que se comenta y el cual si se analiza en su hondura filosófica, no tiene el alcance estrecho que se le ha dado frecuentemente, sino uno mayor, pues no es posible admitir que sea rigorista en su parte objetiva, al expresar que el cuerpo del delito debe quedar comprobado necesariamente; y tolerante en su parte subjetiva, en tanto sus interpretaciones han permitido en las más de las veces, el cambio del adjetivo probable por el de posible, concediendo con ello que, con una simple única, singular declaración pueda restringirse la libertad de una persona, con todas las gravísimas consecuencias que tal acto trae aparejada, en el orden moral, en el orden económico, en el orden familiar y en el orden jurídico”. (Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. S. J. F. Quinta Época. Tomo CVII, p. 2532.) “AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DATOS DE LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INCULPADO, PARA EL DICTADO DE. Si bien es cierto que, en términos de lo dispuesto por el artículo 19 constitucional, para dictar un auto de formal prisión no se requiere la comprobación plena de la responsabilidad del inculpado, en la comisión del delito que se le imputa, sino sólo datos que hagan probable dicha responsabilidad; cierto es también, que esa probable responsabilidad implica la existencia de datos que, en un examen preliminar, lleven a estimar, con un grado aproximado de certeza, la participación del inculpado en la ejecución del delito que se le imputa, que precisamente por ese grado de convicción, hagan razonable y justo someterlo, mediante el dictado del referido auto, a formal procesamiento, para que posteriormente se dicte sentencia en la que en definitiva se establezca su plena culpabilidad o, en su defecto, se le absuelva; por lo que es evidente que la sola existencia de denuncia o querrela y de declaraciones de testigos o de otros datos, no satisface los requisitos de fondo exigidos para el pronunciamiento de un auto de formal prisión, si, en un examen preliminar, se advierte que todos los datos aportados no hacen probable, en un grado de convicción superior a la posibilidad y aproximado a la certeza, la responsabilidad del inculpado en la comisión del delito que se le imputa”. Tercer Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Amparo en revisión 64/92. Margarita Ortega González. 20 de febrero de 1992, unanimidad de votos. Ponente: Ana María Yolanda Ulloa de Rebollo. Secretario: José Manuel Torres Pérez. S.J.F. Parte: IX-Mayo, p. 401.

⁵⁸⁸ Idem., Dictamen de diciembre 16 de 1998 de la LIV Legislatura de Coahuila, con relación a la reforma a los artículos 16 y 19 C... pp. 88.

obstáculo para el juez el plazo de 72 horas y su ampliación por igual término, para poder decidir sobre los medios de prueba contradictorios que se llegaren a aportar.

Tercera. De omitirse valorar pruebas contradictorias y sólo tomar en cuenta las que apoyen la acusación, se trasgrediría las garantías de audiencia y defensa probatoria que la declaración preparatoria y el término constitucional implican. Y, además, se vulneraría la igualdad procesal de las partes. Pues es claro: **1)** Que si se pasan por alto los datos de descargo que indiquen una situación opuesta a la que indican los de cargo, optándose por no dilucidar la cuestión hasta la sentencia, se hace nugatoria la garantía de defensa probatoria que la teleología del término constitucional conlleva. **2)** Y se desatiende también a la propia garantía de declaración preparatoria. Pues esta garantía y el término constitucional obedecen no sólo para cumplir una formal y escueta garantía de oír al indiciado y ni siquiera para completarla haciéndole saber del hecho concreto del que se le acusa. Sino que aparejan a la garantía de su defensa de probar en contra. Y, por ende, que los medios de prueba contraindicantes que se aporten, se valoren por el juez al resolver la situación jurídica del inculpado. De no ser así, a las garantías de audiencia y de defensa se les trastocaría en su fondo por un "te escucho pero no te oigo". En otras palabras, se harían nugatorias esas garantías individuales.

Cuarta. El hecho de que el término constitucional de 72 horas implica la oportunidad de que el inculpado o su defensor ofrezcan pruebas y, además, para que se valoren al resolver su situación jurídica, se deriva también del hecho de que en la reforma al artículo 19 C. se le adicionó otro párrafo para ampliar el plazo para probar "a petición del indiciado, en la forma que señale la ley... ". ¿Qué sentido tendría entonces ese plazo para probar, si de todas suertes los medios de prueba en contra habrían de ser desoídos?

Quinta. Ninguna duda cabe que la convicción plena del juzgador sólo se le exige al pronunciar sentencia y no antes. Como también ninguna incertidumbre existe que para iniciar un proceso la Constitución exige una presunción «cualificada» de la responsabilidad del inculpado. Para que de ésta manera se pueda racionalmente esperar la condena del mismo. Si fijamos la mira en procesar a cómo dé lugar. Esto es, aun cuando existan datos contradictorios igual de graves que no se puedan descartar, además de afectar en muchos casos a inocentes, lo más posible es que se facilite la impunidad en vez de combatirla. Pues nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo delito. Y tan injusto es condenar a un inocente; como absolver a un culpable cuándo se pudo haber probado su responsabilidad.

Sexta. Ya Vallarta, hace más de un siglo, al comentar la última garantía brillantemente expuso: "Alta razón filosófica, profundo y debido respeto a la libertad del hombre ha, pues, en la ley que manda oír precisa e indispensablemente al acusado antes de juzgarle bastante indiciado de un delito, para hacerle sufrir una formal e indefinida prisión; porque bien analizado el asunto, tan inicua, tan iritante es la sentencia que condena sin defensa, como el auto de prisión que fulmina sin audiencia al inculpado. Cualesquiera que sean las diferencias que existen entre esa sentencia y este auto, y yo soy el primero en reconocerlas, no puede negarse que la formal prisión, además de las molestias físicas, de los sufrimientos morales que produce; además de la restricción indefinida de la libertad que legitima; causa nota en el que la sufre, como lo dice una célebre ley española. Y suspende los derechos de ciudadanía como las nuestras lo disponen. Y basta saber que tales son

los efectos legales de ese auto, para no dudar siquiera, de que pronunciarlo sin audiencia, sobre ser una iniquidad que la justicia execra, es un atentado contra la razón; porque en ningún criterio se puede formar juicio de la responsabilidad de un acusado, sino cuando se oyen los datos de cargo y los de descargo. Imponer una pena sin defensa es un ataque brutal a los derechos del hombre; pero ataque que en nada disminuye la gravedad de la que se comete aprisionado a una persona, sin pedirle antes explicaciones de su conducta, por más criminal que esta pueda resultar y a primera vista aparecer. La Constitución, lejos de confundir la detención con la prisión, las distinguió perfectamente en sus causas y efectos, autorizó la primera, cuando haya un mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (Artículo 16.) Pero no permitió la segunda, sino cuando se pronuncie el auto motivado que la justifica (Artículo 19.) Aquella, que no puede exceder de tres días, se ordena para oír al acusado, para pedirle razón de su conducta y para declararlo bien preso, si no desvanece las sospechas que motivan la detención; y por esto la ley no concede para la primera audiencia del reo más que el término de 48 horas; al paso que para proveer el auto de prisión, se prolonga hasta tres días. Los motivos de la detención no pueden ser iguales a los de la prisión. Porque en aquella no se considera para nada a la defensa del inculcado, al paso que en esta su audiencia es elemento esencial para que el juez juzgue, si a pesar de lo que el acusado diga, hay razón, hay motivo para creerlo indiciado de determinado delito. Ya que la imperfección de las instituciones humanas no cabe garantizar la defensa aun contra la molestia de una detención de tres días, nuestra Constitución exige que tal garantía se respete, cuando la restricción de la libertad puede prolongarse por largo tiempo; exigencia que la razón apoya con toda su autoridad, puesto que para juzgar responsable de algún delito a un hombre, no basta conocer los datos que obran en su contra, sino que el criterio más vulgar requiere apreciar también los que se aleguen en su favor⁵⁸⁹.

Séptima. En el anterior orden de ideas, si la garantía de audiencia de la declaración preparatoria no debe desligarse del derecho a probar lo que el acusado alegue en su descargo. Y a que, consecuentemente, se aprecien las probanzas que aporte dentro del término constitucional, el sostener lo contrario aparejaría convertir a la garantía de audiencia en un simulacro de garantía y optar por la ruta menos gravosa para la autoridad pero más costosa para la sociedad y para las garantías de la libertad de las personas. Sin importar las gravísimas consecuencias que el auto de formal prisión trae consigo. Máxime cuando los datos en realidad no eran "bastantes". Contra lo que exige la Constitución. Dado que en el cúmulo estadístico y en la práctica cotidiana es patente que mucho antes de 1993 y no sólo entre 1993 y 1999 como al igual en la actualidad, después del auto de formal prisión en la gran mayoría de las causas penales poco o nada se ocupa la parte acusadora para aportar más medios de prueba al proceso que demuestren la responsabilidad penal del acusado —salvo en casos de excepción de mera coyuntura, la mayoría de las veces de índole política o de imagen pública—.⁵⁹⁰ Antes de concluir este punto, en el dictamen se reflexionó que quedaría tan sólo pendiente de resolver el cuestionamiento de que con la solución propuesta se olvida a la fase "probatoria" que sucede a la de "preinstrucción". En la que el Ministerio Público podrá todavía desvirtuar o desvanecer los contraindicios

⁵⁸⁹ Luis Ignacio Vallarta, *Cuestiones Constitucionales, Votos*, Tomo III, Editorial Porrúa, S.A., México, cit. en el *Dictamen*, infra. pp. 91 a 97.

⁵⁹⁰ Ídem, *Dictamen*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1998, p. 97.

que están haciendo probable la situación contraria a los que indican la existencia del tipo delictivo y la probable responsabilidad del acusado. Pero a ello el dictamen también formula las siguientes réplicas:

(...) **1)** Que el anterior argumento no invalida las garantías de audiencia y defensa que la declaración preparatoria y el término constitucional aparejan. **2)** Por otra parte, dictado el auto de libertad, el Ministerio Público no está impedido para ocuparse de promover medios de prueba conducentes a desvirtuar o desvanecer los conindicios. Es decir, que señalen una situación opuesta a la que se obtiene de los que con el mismo rango señalan la existencia concreta de la tipicidad del hecho y la responsabilidad del acusado. **3)** Y evidentemente que no, tanto más, que en cuanto a la última interrogante que en réplica se formula, se encuentra clara respuesta en los actuales códigos de procedimientos penales: pues en general disponen que tal auto de libertad por falta de elementos para procesar no impide el que por posteriores medios de prueba se actúe nuevamente en contra del inculpado. Y en tal virtud, el Ministerio Público promoverá el desahogo de nuevos medios de prueba ante el juez. Hasta reunir los requisitos necesarios, con base en los cuales solicitará de nuevo al juez dicte orden de aprehensión.⁵⁹¹

Por lo demás —añade el dictamen— (...) se ha intentado tergiversar ominosamente la naturaleza "acusatoria" del proceso penal que estableció la Constitución de 1917 para erradicar el carácter inquisitorial que prevalecía en el sistema imperante antes de su vigencia. La llamada "instrucción" no debería tener el papel fundamental de «averiguar» sobre los hechos fijados como materia del proceso en el auto de formal prisión. Ya que aquella tarea, de acuerdo con lo que expresa la propia Constitución (artículo 19), se realiza fundamentalmente en la "averiguación previa". Sin perjuicio de que se perfeccione (desahogar medios de prueba) durante la instrucción o fase probatoria. Pues así como la Constitución no tolera detener para investigar. Menos aún autoriza aprisionar e instruir un formal proceso para averiguar. Y el dictamen continúa:

(...) la "averiguación previa" es la etapa para indagar y obtener los medios de prueba del cuerpo del delito y la responsabilidad. Y cuando se dicta auto de libertad, tal etapa podrá reanudarse bajo el imperio judicial para el desahogo de pruebas que promueva el Ministerio Público. Hemos entonces de abundar: Los "datos bastantes" para acreditar el cuerpo del delito y hacer "probable" la responsabilidad se deben reunir durante la "averiguación previa". Y, por lo tanto, siempre antes de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión. Consecuentemente, el sumario o "instrucción" para indagar y recabar datos bastantes que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del inculpado, es etapa que se lleva a cabo durante la "averiguación previa". A grado tal, que en el auto de formal prisión ya deben quedar fijados los hechos y el delito. Según se colige de los párrafos primero y tercero del artículo 19 Constitucional. (...) Se debe pues insistir, que del sistema que perfila nuestra Constitución hasta el auto de formal prisión no sólo se proyecta para salvaguardar a las personas de indebidas privaciones de su libertad y de las profundas afectaciones que un proceso penal le trae aparejadas a sus otros derechos personales y patrimoniales. Y, quiérase o no, a los de su propia familia. Sino, también para garantizar a la sociedad que no se formalicen procesos penales débiles en la prueba de hechos determinados y muchas veces "indeterminados". Es decir, sólo con base en la concreción histórica del cuerpo del delito y en una «hipotética» existencia de la "probable" responsabilidad penal del acusado." En virtud de que si la acusación ya se formuló al ejercitar acción penal por un «hecho» determinado que la ley prevé como delito —artículo 16 C.—. O al menos ya se precisó la acusación en esos términos en la declaración preparatoria, al consignar con detenido en flagrancia —artículo 16 y fracción III del artículo 20 C.—. Y luego se fijó la litis al dictar formal prisión. Precisando judicialmente los hechos y los puntos de Derecho aplicables — párrafo tercero del artículo 19 C.—: Consecuentemente, la decisión jurisdiccional de dictar un auto de formal prisión apareja haber permitido en justicia una cabal audiencia y oportunidad de defensa al acusado. Para contradecir probatoriamente el hecho en que se basa la acusación y que se valore esa contraprueba. Como ahora se consagra en el segundo párrafo del artículo 19 C. De tal guisa que, si se dicta auto de formal prisión, es porque se espera llegar al plenario con cierto grado razonable de confianza de que existen motivos y argumentos bastantes para pensar que se condenará a quién se estima culpable del delito.⁵⁹²

⁵⁹¹ Ídem. , *Dictamen*. , Saltillo, Coah. , México, 16 de diciembre de 1998, p. 96

⁵⁹² Al respecto deben seguir prevaleciendo las tesis siguientes: PRUEBAS CONTRADICTORIAS O DE DESCARGO. DEBEN SER VALORADAS PORMENORIZADAMENTE EN LA ETAPA DE PREINSTRUCCIÓN. *La interpretación relacionada de las fracciones III, IV y V del artículo 20 constitucional con el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales permite afirmar el derecho que tiene el inculpado a que se le reciban pruebas en el procedimiento de preinstrucción; por consiguiente resulta lógico y jurídico que las pruebas de descargo que aporte el inculpado para desvirtuar las pruebas de cargo de la representación social, deben ser valoradas aunque se trate de pruebas contradictorias, entendiéndose como tales, las que tienen valor análogo, pues en caso de no ser valoradas dichas pruebas en la citada etapa de preinstrucción se violarían las normas que regulan la prueba, máxime que no existe fundamento legal que apoye al juez a posponer la valoración de las pruebas contradictorias hasta la sentencia definitiva, lo cual podría causarle al procesado un daño irreparable. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de las pruebas depende del momento procesal en que se aporten, pues su objetivo difiere según la etapa procesal en que se aporte, ya que tienden a demostrar diferente hipótesis legal, así en la etapa procesal de preinstrucción, la hipótesis legal a probar por parte del Ministerio Público es el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado y éste por su parte deberá ofrecer las pruebas para desvirtuar su presunta responsabilidad en la comisión del delito que se le atribuye. Una y otras pruebas deben ser analizadas por el juez circunscribiendo su valoración única y exclusivamente a la etapa de preinstrucción pues de ello dependerá si el acusado es o no sometido a proceso penal.* PRIMERA SALA. APÉNDICE DE 1995. Parte: Tomo II. Parte: SCJN. Tesis: 272. P.: 152. Octava Época: Contradicción de tesis 5/93. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo y Tribunal Colegiado en Materia Penal de dicho Circuito (antes Primero y Segundo Tribunales Colegiados del Séptimo Circuito), y Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 18 de octubre de 1993, unanimidad de cuatro votos. NOTA: Tesis 1a. /J.1/94, Gaceta número 75, p. 12; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XIII-Marzo, p. 37. PRUEBAS CONTRADICTORIAS. AUTO DE FORMAL PRISIÓN. *Tratándose del auto de formal prisión y en presencia de pruebas contradictorias, basta conque las de cargo sirvan para demostrar la existencia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del procesado para que los presupuestos de*

Finalmente, el dictamen apunta que:

(...) optar por una ruta contraria, argumentándose que es materia exclusiva de la sentencia valorar pruebas contradictorias, implicaría falta de visión contextual y teleológica de los presupuestos, el significado y las implicaciones de un formal proceso penal. Además de simulación. Pues no sólo se afectan garantías individuales, sino que en no pocas ocasiones se confunde y engaña a la comunidad con espejismos de una "probable" responsabilidad. De la que en realidad no puede racional y jurídicamente esperarse su plena demostración en los tiempos rígidos del proceso. Con lo que en nada se ayuda a la Justicia. Ni tampoco al ofendido o a las víctimas. Ni al interés social de que si existió realmente un delito: éste no debe quedar impune. Fenómeno que en la práctica se podría multiplicar. Bien porque dictándose con ligereza un auto de formal prisión, luego se llega al juicio absolviendo al acusado —por insuficiencia de prueba del delito o de su responsabilidad—. Lo que ya era evidente o presagiable desde el auto de formal prisión. Iniquidad que si no es más grave, tampoco es menor que si indebidamente se le condena. Quedando como únicos vencedores el delito y su responsable (sí es que uno y otro existieron.) Y, en todo caso, la impunidad. No el acusado. Ni el ofendido o legitimados a la reparación del daño. Ni la sociedad. Ni la ley. Ni mucho menos la Justicia.⁶⁹³

El dictamen transcrito en las partes esenciales que aquí interesan, es elocuente por sí mismo y no requiere de mayor explicación para saber con certeza que el Congreso del Estado de Coahuila —como parte del Constituyente Permanente— optó por un camino sano al señalar con claridad cuáles son los contenidos conceptuales de las «categorías procesales» del «cuerpo del delito», de la «responsabilidad penal» y de la «causa probable» de ésta última en la reforma de 1999 a los artículos 16 y 19 C. La postura coahuilense buscó así evitar una "flexibilización" irracional de los requisitos para resolver órdenes de aprehensión y dictar autos de formal prisión, al ajustarlos a límites que mantengan el rumbo del Estado Mexicano hacia un estado de derecho. Así mismo, aunque el dictamen respeta las diversas posturas dogmáticas que hay en la doctrina con relación a la concepción del delito:

Es clara la afiliación doctrinal al menos finalista en el dictamen, al separar el dolo y la culpa de la culpabilidad, lo cual no admite el causalismo, pues para él el dolo y la culpa son formas en las que se manifiesta la misma culpabilidad.

C. La regulación en el CFPP, el CPPDF y el CPPC, del cuerpo del delito, de la responsabilidad penal y de su causa probable. Las reformas a los artículos 16 y 19 C. con relación a las categorías procesales de cuerpo del delito, responsabilidad penal y causa probable se tradujeron en las correspondientes reformas a los códigos de procedimientos penales en los ámbitos federales y comunes. El artículo 168 del CFPP se reformó por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 1999, con el tenor literal siguiente en sus párrafos segundo y tercero:

(...) 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 inculcado 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 inculcado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad

A su vez, el párrafo tercero del artículo 272 del nuevo CPPC, que inició su vigencia el 1° de septiembre de 1999, dispone:

legalidad de tal mandamiento, a la luz del artículo 19 constitucional, se surtan, quedando para el momento de dictar sentencia el estudio de las pruebas de descargo. Tribunal Colegiado En Materia Penal del Séptimo Circuito. Apéndice de 1995. Parte: TCC. Tomo II, Tesis 687, p. 417.

⁶⁹³ *Dictamen* que se aprobó por unanimidad por el Pleno de la LIV Legislatura del Estado de Coahuila, —el 16 de diciembre de 1998— en la ciudad de Saltillo, al resolver como miembro integrante del Constituyente Permanente, la reforma a los artículos 16, 19, 23 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Congreso del Estado, Saltillo, Coah., p. 99. Nota: Ese dictamen se envió el mismo día al Congreso de la Unión, y en sus puntos resolutorios determina: "Se envía al Congreso de Unión para constancia de los motivos, precisiones y consideraciones por las que se aprobó la reforma constitucional propuesta a los artículos 16 y 19 C." Debo señalar que redacté el dictamen cuyas partes más importantes transcribo en este trabajo —como diputado y coordinador de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la LIV Legislatura de Coahuila—. Así como también participé en su votación aprobatoria unánime, tan por aquella Comisión, como por el Pleno de la propia LIV Legislatura. Cabe hacer notar que ningún partido político tenía mayoría en la LIV Legislatura de Coahuila; ni tampoco la tuvo en la sesión del mismo Pleno.

(...) Por cuerpo del delito se entenderá la concreción histórica de los elementos del tipo penal que sean materiales o descriptivos y normativos, con inclusión de la culpa en su caso; considerados de manera impersonal.

Por su parte, el artículo 274 del mismo CPPC señala que:

(...) 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 antijuricidad 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.

Contrasta con las anteriores la regulación que se hace en el CPPDF del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal —y más aún respecto a la "causa probable"—. En efecto, el párrafo segundo del artículo 122 del CPPDF dispone:

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

Mientras que párrafo tercero del mismo artículo 122 prevé:

(...) 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 cuerpo del delito.

Y por último, el párrafo cuarto del precitado artículo 122 preceptúa:

(...) La probable responsabilidad del inculcado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar dolo o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

Ahora bien, en primer lugar, entre el tenor del artículo 268 del CFPP, el de los artículos 272 y 274 del CPPC y el del artículo 122 del CPPDF hay variantes importantes en cuanto al contenido de las categorías procesales del cuerpo del delito y la responsabilidad penal, así como de la causa probable de la última.

1. Respecto al cuerpo del delito: Mientras que el CPPC incluye en el cuerpo del delito a los elementos "normativos" sin distinción, dentro de los cuales está la lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido: los CFPP y CPPDF parecen pasar por alto tal elemento normativo del tipo penal de carácter permanente, aunque no siempre está expreso sino con frecuencia se halla implícito en el tipo penal. Sin embargo, se puede interpretar que aquél elemento está sobrentendido en la expresión "...elementos «objetivos»..." del 168 del CFPP y del 122 del CPPDF. Asimismo, el CPPDF y el CPPC consideran a la culpa como parte del cuerpo del delito, por estimarla un elemento normativo. Y, por lo tanto, sobre las circunstancias fácticas que le dan origen debe haber prueba, sin que sea suficiente la «causa probable» de ella. Empero, la situación no debiera ser distinta en el CFPP, pues los elementos normativos que integren al tipo penal culposo, por tener un carácter «objetivo» son parte del cuerpo del delito de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 168 del CFPP. De

aquí que la previsión del párrafo tercero del mismo artículo al igual que la del párrafo tercero del artículo 122 del CPPDF, en el sentido de que dentro de la causa probable de la responsabilidad penal se debe examinar “*la comisión culposa (...) del delito*”, se deba entender referida tan sólo a la intervención específica del inculpaado y al aspecto «subjetivo» de su culpa, cual es el que en la comisión del delito, la dirección y meta de la voluntad del inculpaado hayan sido discrepantes del resultado, para así excluir al dolo. Por su parte, el artículo 122 del CPPDF no sólo incluye a los elementos normativos expresos como parte del cuerpo del delito, sino plausiblemente también involucra a los subjetivos de tal índole que llegue a contener el tipo penal delictivo de que se trate.

De todo ello también se sigue que debe quedar desterrado el antiguo error —y en el cual todavía se incurre— de confundir al cuerpo del delito con el instrumento con el que se cometa el delito o con el objeto —cosa o persona— sobre los que recae la conducta típica o bien con los rastros, huellas o reliquias que pueda dejar la conducta delictuosa, pues tales evidencias físicas podrán ser útiles para demostrar el cuerpo del delito, pero de ninguna forma constituyen su contenido conceptual moderno, ni siquiera en su acepción más restringida como realización objetiva-material del tipo penal en un momento histórico determinado. Actualmente Miguel Ángel Mancera Espinoza opina lo contrario⁵⁰⁴, quien en un estudio reciente hace un buen recuento de las diversas acepciones que ha tenido y tiene el tipo penal en la doctrina, pero de las cuales difícilmente se puede encontrar el asidero para sostener una opinión así, ni siquiera con base en los antecedentes legislativos históricos del siglo XIX y principios del siglo XX respecto a la C. de 1917 ni en los criterios de la SCJN, como se verá más adelante.

2. Respecto a la probable responsabilidad penal. El legislador federal secundario omitió incluir dentro de la “responsabilidad penal” a los elementos subjetivos «específicos» del tipo penal. (A los que tampoco se refiere en la noción del cuerpo del delito.) Y dejó así una laguna reprochable. La que al menos sería deseable se remedie por la judicatura, tan del orden penal federal como la de amparo en su caso, atendiendo a los motivos y razones de los dictámenes que emitieron el Congreso de la Unión y la Legislatura de Coahuila para aprobar la reforma a los artículos 16 y 19 C. Por otra parte, si bien es cierto que los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF parecieran no incluir a la culpabilidad como materia de la responsabilidad como categoría procesal, sino sólo al dolo o la culpa, también lo es que aquel extremo sí lo implican dichos artículos. Así se obtiene de la interpretación en sentido contrario del párrafo tercero del artículo 168 del CFPP y del párrafo cuarto del artículo 122 del CPPDF, cuando el primero se refiere a que “*no exista acreditada a favor del indiciado alguna... excluyente de culpabilidad*” y el segundo alude, asimismo, a “*...que no esté acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito*”.⁵⁰⁵ Lo que, además, indica que el «dolo» y la «culpa» son nociones distintas a la de «culpabilidad», apuntando así a un examen y valoración del delito diferente al de las

⁵⁰⁴ Miguel Ángel Mancera Espinoza, “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?”, Academia Mexicana de Ciencias Penales, *Criminalia*, año LXIV, N° 2, mayo-agosto, Editorial Porrúa, S.A., México, DF., 1998, pp. 3 a 14.

⁵⁰⁵ Las comillas son mías.

tradicionales tesis causalistas. Situación esta que ha destacado con elocuencia y razones muy amplias y sólidas Enrique Díaz Aranda en múltiples estudios y trabajos al respecto.⁵⁹⁶

Aún así las formulas de los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF permiten indebidamente al Ministerio Público no acreditar —y eximen al juez el que verifique— los datos con los que se deba estimar «culpable» al indiciado, pues aquella formula legal sólo se refiere a que no esté acreditada causa de inculpabilidad. Asimismo, desatienden la exigencia constitucional de que haya causa probable de la misma que se base en datos bastantes, pues el artículo 19 C. exige que la responsabilidad sea “probable” por soportarse en “datos bastantes”, lo cual no es lo mismo que “...medios de prueba de los que se deduzca...”. Igualmente, el CFPP al referirse a la manifestación material de la responsabilidad penal alude a la expresión genérica de “participación” del inculpado, expresión que aunque es de uso común en la práctica forense e incluso en la doctrina, no deja de ser amplia y equívoca. Implica mayor seguridad jurídica la locución “una o más formas típicas de intervención” que emplea el artículo 274 del CPPC, la que no deja duda alguna de qué es lo que el Ministerio Público debe acreditar y precisar —así como el juez verificar— como componente de la «probable» responsabilidad penal del inculpado —tan en su aforo material, como subjetivo y normativo—, esto es, la o las formas «específicas» de intervención típica en el delito que probablemente asumió el inculpado en el hecho y que sean coincidentes con las que prevé la ley penal (artículos 13 del CPF, 22 del CPDF y 20 a 22 del CPC), en vez de una genérica “participación” del inculpado. Contrasta con la regulación anterior, el artículo 122 del CPPDF, pues deja dentro de la materia de la responsabilidad penal sólo “...el obrar doloso o culposo en el delito...” y con ello, correctamente a mi juicio, incluye congruentemente dentro de los elementos objetivos del tipo penal —a acreditarse como parte del cuerpo del delito— la forma externa o material de intervención del inculpado.

Ahora bien, al incluir la reforma del artículo 168 del CFPP, al dolo, la culpa y la culpabilidad como contenidos de la responsabilidad penal, se enriqueció legislativamente el contenido de esa categoría procesal, con relación al que tenía antes de 1993. Esta versión se refería tan sólo a la “participación” del inculpado, la cual antes dio pie en cierta medida a la perniciosa jurisprudencia de que en ese momento procesal no cabía examinar el dolo o la culpa —menos aún la culpabilidad— pues ello sólo era materia de la sentencia.⁵⁹⁷

D. Reflexiones adicionales y propuestas acerca de la regulación vigente en el CFPP, el CPPDF y el CPPC con relación al cuerpo del delito y la causa probable de responsabilidad penal.

1. Con relación al cuerpo del delito. No se debe pasar por alto que podría ser cuestionable que el CFPP y el CPPC incluyan dentro de la responsabilidad penal a la “participación” o “intervención” del inculpado respecto a su aforo material u objetivo. (Pues todas las “formas de intervención” tienen una manifestación externa o material y otra subjetiva.) Ya que el aspecto material u objetivo de la intervención del inculpado, por ser de ese

⁵⁹⁶ Enrique Díaz Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001; “Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?”, en *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, en coautoría con Enrique Gimgemat Ordeig, Christian Jäger y Claus Roxin; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001 y *Dolo, Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S. A., México, 2001, pp. 163 y ss.

⁵⁹⁷ Ver *INTRODUCCIÓN*, núm. VI: Las aporías, las falacias y las disfunciones en la jurisprudencia:

carácter debería pertenecer al «*corpus delicti*» si se entiende que éste es la concreción histórica del conjunto de elementos objetivos o externos del tipo penal. En tal aspecto es indiscutible que el legislador del Distrito Federal asumió una postura más acorde con los ideales de un estado de derecho. Lo anterior sin que se desconozca el criterio que al respecto sustentó la SCJN antes de 1993, en el cual siempre consideró que el cuerpo del delito era una cuestión impersonal y que la «participación» del inculpado era tema de la responsabilidad penal. A ese criterio aludió el dictamen del Congreso de la Unión. Pero sin que tampoco se desatienda otra importante consideración que hizo el Constituyente por parte de la Legislatura Coahuilense con relación a la estimación «impersonal» del cuerpo del delito. En su dictamen señaló:

(...) No es odioso, sino pertinente y necesario subrayar, que la pretendida "despersonalización" del cuerpo del delito es de por sí una ficción y ella encuentra su excepción en los casos en que era ya imposible antes de 1993 y será de nuevo imposible a partir de 1999. Ya que la "personalización" se enzarza necesariamente al cuerpo del delito cuando en la concreción histórica del tipo delictivo, por la configuración de éste con elementos subjetivos, implica referir necesariamente la conducta legalmente descrita a persona determinada como su autor y, por ende, individualizarlo procesalmente en el ámbito de la prueba. Es decir, a quien precisamente haya llevado a cabo la concreción histórica del tipo penal en su aspecto externo. (...) La "personalización" del cuerpo del delito se impone por vía adicional, cuando el tipo penal hace referencia a una específica calidad, condición o relación personal del autor. Porque entonces es preciso, al verificar esos extremos como parte del cuerpo del delito, atender al sujeto que en lo particular llevó a cabo la conducta descrita en el tipo penal. Así sucederá normalmente, cuando se trate de indagar la condición de "cónyuge" en el adulterio y en la bigamia. El carácter de "administrador", "juez", "abogado o patrono litigante", en los delitos de administración fraudulenta, prevaricación o asistencia dual contradictoria. Lo mismo que la de "servidor público", en el peculado, cohecho, negociación incompatible, etc. (...) En todos esos casos, ejemplificativamente enunciados, no se puede negar que la ley penal establezca un carácter "personalizado" al injusto. Es decir, al tipo penal. Y que como figura procesal, dentro del cuerpo del delito es igualmente personal. A grado tal que por esta vía también se confirma que el cuerpo del delito no se puede contemplar de ordinario como una cuestión "impersonal". Es decir, sin ligar a quien en lo particular llevó a cabo la conducta típica, lo que se debe acreditar al menos como parte de los elementos objetivos o externos del tipo penal.⁵⁹⁸

Dicha situación es válida por igual respecto a los elementos subjetivos específicos del tipo, en tanto ellos también personalizan al cuerpo del delito, como ya se reconoce ahora en la tesis siguiente:

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 determinaciones.⁵⁹⁹

Y la necesaria personalización del cuerpo del delito para nada es incompatible con la idea de un sólo tipo penal que rige básicamente para todos los que hayan intervenido típicamente en el delito. Pues es inadmisibles que en aras de esa personalización se pueda sostener —como parece ser que se estimó por algunos durante la vigencia de la reforma de 1993-99 a los artículos 16 y 19 C.— que habría tantos tipos y delitos como intervinientes hubo en un delito. Eso es desconocer el carácter accesorio que tienen las conductas ajenas al autor que realiza los elementos del tipo penal y que, por lo tanto, no hay tantos tipos penales ni delitos como sea el número de quienes intervengan típicamente en un delito, sino que hay un solo tipo penal delictivo —y un solo delito— al cual varios concurren en su comisión y que tal postura la sostienen no solo el causalismo sino

⁵⁹⁸ Ídem., *Dictamen*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1998, pp. 62 y 63.

⁵⁹⁹ S. J. F. Materia: Penal. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Clave: I.6o.P., Núm.: 20 P. Amparo en revisión 1956/2000. 28 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano.

también el finalismo como la mayoría de las tesis funcionalistas. Y porque no es solo mucho más sensato sino, además, ajustado a Derecho y a los fines del proceso, que se considere a los supuestos legales de las formas típicas de intervención como elementos accesorios del tipo. Esto es, sujetos a la realización del tipo por el o los autores y que, por tanto, a los supuestos legales de las demás formas conductuales se les estime como dispositivos amplificadores del tipo al cual concurren —y, por consecuencia, como parte del cuerpo del delito— a que se les aprecie como meras causas de extensión de la responsabilidad o de la pena, toda vez que es un contrasentido que se puedan ampliar responsabilidades y penas a conductas atípicas.⁶⁰⁰ En tal sentido se apunta ahora la posición de la Academia Mexicana de Ciencias Penales en su “Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno”, al sostener que: (...) La base del procedimiento penal reside en la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Aquél comprende todos los elementos recogidos en la descripción legal. Es inaceptable que se formulen consignaciones sin acreditar alguno de los elementos del cuerpo del delito.⁶⁰¹ De aquí que en tal contexto:

El legislador secundario —al menos el federal y el de Coahuila— bien pudo —y debería aún— incluir dentro del cuerpo del delito a las formas típicas de intervención en su forma externa, tal como así se desprende que se hizo en el artículo 122 del CPPDF. E incluso, nada impide al legislador secundario incluir dentro del cuerpo del delito a todos los elementos subjetivos del tipo penal —esto es, no sólo a los subjetivos específicos como se hace en el artículo 122 del CPPDF, sino, además, al dolo—, dejando a la culpabilidad como materia exclusiva de la responsabilidad penal.

Es más, aún admitiendo que lo anterior no se implicase en los vigentes artículos 16 y 19 C reformados, recuérdese que el artículo 1° C. prohíbe restringir, pero de ningún modo impide ampliar las garantías. Y todo ello no sería en lo absoluto novedoso. Porque es bien cierto que gran parte de los códigos procesales penales de la república siguieron en su tiempo los moldes normativos de los códigos de procedimientos penales de la Federación y del Distrito Federal (artículos 168 y 122, respectivamente), en tanto que esos códigos disponían que el cuerpo del delito se satisfacía con “la comprobación de los elementos materiales de la infracción”. Es decir, preceptuaban que aquél se estructuraba sólo mediante el cambio que sufre el mundo exterior como consecuencia de una conducta punible prevista en la ley. Con lo que para decidir la existencia del cuerpo del delito no importaban los elementos subjetivos y normativos del tipo penal. Pero también es verdad por igual que desde 10 años antes de la reforma constitucional de 1993 y a 15 años de la reforma de 1999, el 14 de diciembre de 1983 se reformaron el CFPP y el CPPDF —reformándose en el mismo sentido un número considerable de códigos procedimentales de la república entre los que se cuenta Coahuila—, en los que ya resultó indudable que el legislador identificó al cuerpo del delito con la concreción histórica de todos los elementos del tipo penal. Pues aquellos artículos 168 y 122 literalmente dispusieron que: “*Se tendrá por acreditado el cuerpo del delito cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal*”. En el mismo orden de ideas, es igualmente cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación defendió la idea de que el cuerpo del delito era lo mero externo, objetivo o material de la infracción penal. Pero igual lo es que aún desde mucho antes de 1983 la doctrina de nuestro máximo tribunal empezó a aceptar a los elementos “subjetivos” como integrantes del

⁶⁰⁰ Ver al respecto los números I y IV-A-1-a, del Capítulo Décimo Tercero.

⁶⁰¹ Academia Mexicana de Ciencias Penales, “Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno”, *Criminalista*, op. cit. p. 27.

“corpus delicti” en orden a algunos ilícitos penales, como en la difamación y las injurias.⁶⁰² Y también es verdad que desde antes de 1983 hay ejecutorias en las que ya francamente se identifica al corpus delicti con el tipo penal en su plenitud. Según se advierte de las tesis siguientes:

CUERPO DEL DELITO. Siendo la comprobación del cuerpo del delito la base del proceso penal, no estando acreditados en forma alguna los elementos constitutivos del tipo delictivo, no puede declararse la responsabilidad penal.⁶⁰³

CUERPO DEL DELITO. La comprobación del cuerpo del delito es la base del proceso, por lo tanto, no estando acreditados la totalidad de los elementos constitutivos del tipo delictivo, pero ni siquiera la modalidad del mismo, no puede declararse la responsabilidad jurídica penal.⁶⁰⁴

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. Comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente.⁶⁰⁵

En el campo de la doctrina mexicana, también encontramos una arrolladora mayoría de reconocidos juristas que se resolvieron y pronuncian, de una u otra forma, por la identificación del cuerpo del delito con el tipo penal y la tipicidad. Entre otros, podemos mencionar a Guillermo Colín Sánchez, quien asimila la corporeidad de la infracción con el tipo penal.⁶⁰⁶ Suscribiéndose en similar trinchera Mariano Jiménez Huerta.⁶⁰⁷ Por su parte, Rivera Silva habló del delito real que encuadra en el delito legal (tipo penal).⁶⁰⁸ En su turno, identifican decididamente al corpus delicti con la tipicidad: Franco Sodi; Francisco Acuña Griego; Eduardo Herrera Lasso y G; Porte y Pérez Peña; Enrique Díaz Aranda, Olga Islas y Elpidio Ramírez.⁶⁰⁹

Los antecedentes históricos de la expresión “cuerpo del delito” que se consignó en el artículo 19 de la Constitución en 1917, son iguales de elocuentes. En efecto, en mayo 15 de 1856, la expresión cuerpo del delito alcanza por primera vez rango constitucional en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana. El que en su artículo 44 estableció al respecto:

(...) 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 a su custodio, y para el cual se requiere que esté averiguado el cuerpo del delito y que haya datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable; y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere.

Con relación a este proyecto y la noción del cuerpo del delito, Herrera Lasso apuntó:

(...) aún cuando hayan disminuido la importancia del artículo transcrito, la incompleta vigencia del Estatuto y la negativa implícita de los Constituyentes de 1856 a incluir el concepto en la entonces próxima Constitución; lo cierto es que en él se aprecian ya con nitidez las exigencias probatorias que fueron base de nuestro moderno artículo 19. Certeza del cuerpo del delito y al menos duda positiva de la responsabilidad.⁶¹⁰

⁶⁰² S. J. F., Sexta Época, Segunda Parte, Tomo XVII, pág. 685.

⁶⁰³ S. J. F., Boletín, Primera Sala, 1960, pág. 629.

⁶⁰⁴ S. J. F., Boletín, Primera Sala, 1959, pág. 141.

⁶⁰⁵ Apéndice al S. J. F., 1985, Segunda Parte, Primera Sala, pág. 184.

⁶⁰⁶ Guillermo Colín Sánchez, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1964, pág. 275.

⁶⁰⁷ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, op. cit., pp. 30 y ss.

⁶⁰⁸ Manuel Rivera Silva, op. cit., pp. 161 y 162.

⁶⁰⁹ Ver *El Cuerpo del Delito y la Teoría de la Tipicidad*, *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S.A., Año VIII, N° 7, marzo 1° de 1942, pp. 392 y 394. Además, Enrique Díaz-Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001. Aunque cabe señalar que en esa obra y más precisamente en su libro *Dolo, Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S. A., México, 2001, pp. 163 y ss., Díaz-Aranda respeta ahora las distinciones del constituyente de 1999 respecto al contenido de cuerpo del delito y responsabilidad penal.

⁶¹⁰ Eduardo Herrera y Lasso, *El cuerpo del delito*, *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S.A., Año XXXIX, N° 11-12, México, DF, nov- dic., 1973, pág. 488.

El segundo y directo antecedente del artículo 19 Constitucional de 1917 con relación al cuerpo del delito, lo conforma el Proyecto de Reforma Constitucional de 1916, de la Secretaría de Justicia. El que en lo conducente estableció:

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

La importancia de este segundo antecedente por lo que toca al cuerpo del delito se pone también de relieve por Herrera Lasso. Pues el autor del Proyecto fue el abogado Fernando Lizardi. Quien poco después llegó a Constituyente. Ya que en la discusión relativa a aquél Proyecto y en cuanto al cuerpo del delito, objetó su concepto José Diego Fernández. Quien no consideraba *"requisito indispensable para el auto de formal prisión la comprobación del cuerpo del delito"*. Pues creía que... [S]ospechas vehementes bastaban para fundarlo. A lo que Lizardi replicó: *[Q]ue es un principio aceptado por toda la teoría, en toda la jurisprudencia de Derecho Penal, que no se puede proceder siquiera a la detención, ni menos a la formal prisión de un individuo, mientras no esté comprobada la existencia de un hecho delictuoso. Y comprobar el hecho delictuoso es comprobar el cuerpo del delito.*⁶¹¹ Dicho Proyecto se aprobó internamente por la Comisión con cuatro votos contra uno. Y en su esencia aparece luego en el Proyecto de Constitución que presentó Carranza el 1° de diciembre de 1916. En su redacción definitiva intervino el abogado José Natividad Macías. Y el texto pasó en diciembre 22 de 1916 a la consideración de la Asamblea Constituyente, acompañado con el Dictamen de la Comisión. La Comisión se Integró por Francisco J. Múgica, Alberto Román, L. G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga. Quienes en el Dictamen sugirieron solo *"una enmienda de estilo en la primera parte del párrafo segundo del artículo, para hacer más claro el concepto"*.⁶¹² Pero los párrafos primero y tercero permanecieron sin cambio. Aprobándose sin discusión y por unanimidad de 165 votos en la fecha indicada. En el dictamen correspondiente se expresó que: (...) El artículo 19 del Proyecto de Constitución es idéntico, substancialmente, al de la Constitución de 1857; pero en el proyecto se precisan los requisitos mediante los cuales debe dictarse el auto de formal prisión; así es que la garantía queda mejor definida y asegurada".⁶¹³ La precisión de los requisitos mediante los que quedó mejor asegurada la garantía del auto de formal prisión y que no incluía el artículo 19 de la Constitución de 1857, corresponde, específicamente, a que en el auto de formal prisión se debían expresar: (...) *El delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad penal del acusado.*

Ahora bien, conociendo la autoría de Lizardi, quién a la postre fue constituyente. Así como el antecedente histórico inmediato de la innovación textual que se hizo al artículo 19 Constitucional en su primer párrafo, respecto al cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal. Al igual que los conceptos vertidos por el mismo Lizardi en cuanto al propio cuerpo del delito, identificándolo con la "existencia de un hecho delictuoso". Teniendo presente, además, que en la redacción definitiva del texto del artículo 19 que se presentó a la asamblea constituyente, intervino el destacado abogado José Natividad Macías. Al igual que en la Comisión lo

⁶¹¹ Idem.

⁶¹² XLVI Legislatura del Congreso de la Unión, *Derechos del Pueblo Mexicano*, Tomo IV, Cámara de Diputados, México, 1967, pp. 190 y 191.

⁶¹³ Idem.

hizo Hilario Medina. Juristas todos ellos. Y por último, que como juristas es incuestionable que hayan fijado su atención en la evolución del concepto del cuerpo del delito del Código de Procedimientos Penales, que en 1880 requería “*la probación del hecho o de la omisión que la ley reputara como delito*” y la que luego tuvo el artículo 104 del código de 1894, que estableció “*comprobar la existencia de todos los elementos del delito, teniendo siempre implícita la presunción del dolo*”; para finalmente en 1909, disponer que “*para comprobar el cuerpo del delito se debía justificar los elementos del hecho delictuoso*”. (Fórmula igual en lo esencial a la que estableció el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales desde diez años antes de 1993. Pues aquél disponía: (...) *Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificaran comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal.*) No cabe menos el que concluir entonces que en la Constitución de 1917 se equiparó el cuerpo del delito con la concreción histórica de los elementos de un tipo penal. O como lo dijo Lizardi —con simpleza y pulcritud—: *cuerpo del delito es igual a la existencia de un hecho delictuoso*. Lo que se ponía ya de manifiesto en el contexto del propio primer párrafo del artículo 19 constitucional de 1917. Y el cual no pudieron eludir las reformas de 1998-99 al mismo artículo 19 C.: en cuanto que el juez, en el auto de formal prisión debe expresar: (...) *el delito que se impute al acusado y los elementos que lo constituyen: Esfera normativa. Y (...) lugar, tiempo y circunstancias de ejecución: Esfera fenoménica e histórica.*

En el anterior orden de ideas, si el original artículo 19 Constitucional de 1917 exigía que al dictar un auto de formal prisión se exprese el delito que se impute al acusado y los elementos que lo constituyen. Debla evitarse ver a esa exigencia como mero formulismo de mencionar, en abstracto, los elementos del delito en general. Es decir, la conducta típica, antijurídica y culpable. Sino la de precisar los elementos del tipo penal del delito que en particular que se ha de examinar jurisdiccionalmente. A efecto de constatar su existencia en el mundo de relación. Y obviamente que el artículo 19 C. no se refería a los elementos del delito considerado dogmáticamente en su aspecto sustantivo. Pues el delito informa procesalmente no solo al cuerpo del delito, sino, además, a la responsabilidad penal. Por lo tanto, se deduce que el precepto de nuestra carta fundamental aludía a los elementos del tipo penal de un delito. Así pensó también Herrera Lasso, al razonar que de acuerdo al artículo 19 C.: (...) la entidad delito consta de tres partes: a. Un concepto de derecho positivo: “el delito que se impute al acusado y los elementos que constituyen aquel”. O sea, el tipo penal. b. Un juicio de atribución provisional. Que es, obviamente, la “responsabilidad probable”. c) Elementos de hecho: “lugar, tiempo, circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa”. De las tres partes anotadas, la única precisa, por su rigidez, es el tipo penal. En consecuencia, con él habrá que confrontar los hechos y circunstancias para que operen las garantías de libertad contenidas en el precepto. En consecuencia, podemos afirmar que el cuerpo del delito es el conjunto de elementos del hecho comprendidos en los términos ejecución y sus circunstancias, en cuanto cumplen el tipo penal.⁶¹⁴

En síntesis, tanto del análisis histórico y lógico jurídico del original artículo 19 C., como del derecho secundario antes de la reforma a los artículos 16 y 19 C. de 1993 y antes del artículo 19 C. de 1917; amén de lo que se

⁶¹⁴ Eduardo Herrera y Lasso, El Cuerpo del delito, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S.A., Año XXXIX, N° 11-12, nov-dic. , México, DF.1973, p. 490.

sostuvo en diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia antes de 1993 y por la gran mayoría de los tratadistas que se ocuparon del tema:

Antes de la reforma a los artículos 16 y 19 C. de 1999, el cuerpo del delito se integraba a través de una concreta conducta o hechos típicos históricamente delimitados. O dicho de otro modo, Implicaban una misma idea conceptual el cuerpo del delito y una concreta conducta o hecho que reuniese todos los elementos del tipo penal de un delito. Sin olvidar que, en estricta puridad, el cuerpo del delito es la concreción histórica del tipo penal de un delito. Y la tipicidad es el juicio que se forja acerca de su existencia.

Fue la reforma a los artículos 16 y 19 C. de 1999 —con base en los motivos del dictamen del poder reformador de la Constitución— que realmente permitió restringir el contenido de aquella categoría conceptual. Retrocediendo así —con una sola frase— más de una centuria en un concepto cuyo contenido jurídico se vino enriqueciendo durante más de cien años de experiencias doctrinales y judiciales mexicanas. Más sin que nada impida al legislador secundario para que amplíe la garantía haciendo acorde el contenido del cuerpo del delito con todos los elementos del tipo penal. Lo cual, además, permite más seguridad jurídica y, lo que es igual o más importante, garantiza mejor que no se inicien procesos con pruebas débiles acerca de la intervención dolosa o culposa del inculpado que a la postre den pie a la impunidad y todo ello a costa de las libertades individuales.

2. Con relación a la «causa probable» de responsabilidad penal. Mientras no se retome la idea originaria constitucional y que subyace en el texto vigente del artículo 19, vuelve a tener suma trascendencia el contenido conceptual de lo que es la «causa probable» de la intervención o participación del inculpado como parte de la responsabilidad penal. Esto es, en cuanto respecta a la categoría procesal de la responsabilidad penal, por la que se debe examinar siempre si hay «datos bastantes» que indiquen que precisamente el inculpado a través de alguna de las formas típicas de intervención admisibles —y que se determine de manera concreta— participó en el hecho con dolo o culpa y culpablemente. Tal como se precisó en el dictamen de la LIV Legislatura de Coahuila como parte del Constituyente Permanente y de acuerdo con lo que se aprobó la reforma de 1999 a los artículos 16 y 19 C. Sin que en ningún otro dictamen del Constituyente Permanente se opongá a ese entendimiento. El que se envió al Congreso de la Unión para que formara parte de los motivos y razones de lo que se consideró que se debía entender como «causa probable» de la responsabilidad penal en la reforma de los artículos 16 y 19 C. Porque la «causa probable» de la responsabilidad penal no se sustenta tan sólo en una simple "deducción" que se obtiene de los medios de prueba existentes acerca de "la participación dolosa o culposa del inculpado" —como ahora lo señala e implica el párrafo tercero de los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF—. Los que ni siquiera hacen referencia a la expresión "datos bastantes" que emplea el artículo 19 C. Más aún, cuando también omiten señalar que esos «datos bastantes» deben consistir en "indicios graves" que sean "concordantes o concurrentes" y "sin conraindicios de igual gravedad, a menos que se puedan descartar". El tenor de los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF al omitir la exigencia constitucional de "datos bastantes" —y sustituirla por la de "medios de prueba de los que se deduzca"— respecto a la causa probable de responsabilidad, dan pie a que con base en cualquier medio de prueba y con cualquier clase de indicio o indicios se pueda sustentar dicha causa "probable" de la responsabilidad penal. Y eso está muy lejos de lo que señala de manera expresa el mismo artículo 19 C. en cuanto que la "probable" responsabilidad del inculpado se debe apoyar en "datos bastantes".

La «causa probable» —de acuerdo al dictamen de la Legislatura de Coahuila, como miembro del Constituyente permanente, así como de la expresión «datos bastantes» del artículo 19 C. — se basa en una presunción cualificada por el número y la calidad de indicios que se obtienen de los medios de prueba, los que deben ser graves, concurrentes o concordantes y sin conraindicios de igual rango a menos que se puedan descartar. Tal como lo dice

el último párrafo del artículo 274 del CPPC con el tenor literal siguiente: Existirán datos bastantes —para que la responsabilidad sea «probable»— sólo cuando haya indicios graves que concurren o concuerden sobre el tema a demostrar; sin contraindicios de igual eficacia, a menos que se puedan descartar.

La incorrecta reglamentación en los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF de la «causa probable» de la responsabilidad penal del inculpado (que prevé el artículo 19 C.), sí aparejó entonces una “flexibilización indebida” de los requisitos para librar ordenes de aprehensión y dictar autos de formal prisión que da margen al autoritarismo estatal. A lo que se opuso expresamente el Constituyente Permanente por las razones y consecuencias indeseables que se expusieron con amplitud. En tal sentido, es clara la aporía entre el desideratum constitucional y la norma legal secundaria. Porque con la amplia y vaga fórmula del párrafo tercero de los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF acerca de la «causa probable» de la responsabilidad penal, se hace ineficaz aquella garantía de la carta fundamental. En ese aspecto, sí es incuestionable que con la reforma a los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF se volvió al pasado con un gatopardismo trasnochado. Pues la reforma constitucional a los artículos 16 y 19 C. de 1993 exigió la prueba de la intervención y del dolo o culpa del inculpado. Y si en la reforma de 1999 se trató de aliviar la carga de la prueba respecto a tales extremos y para tales momentos procesales —orden de aprehensión y auto de formal prisión— *sí quedó de sobra en claro que la flexibilización de la prueba de ningún modo debía llegar a los extremos que ahora facilitan los artículos 168-párrafo-tercero del CFPP y 122 del CPPDF para una interpretación laxa y desvinculada del tenor y espíritu del artículo 19 C. que exige sustentar la probable responsabilidad en “datos bastantes”*. Más todavía cuando el párrafo segundo del artículo 135 del CFPP dispone que: *“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 subjetivos del tipo”*. Esto es, aunque desde la averiguación previa o dentro del plazo constitucional se llegare a demostrar que no hubo delito por inexistencia de elementos subjetivos del tipo penal: ¡el Ministerio Público tendrá que consignar y el juez iniciar un proceso penal sin que pueda estimar la prueba de la excluyente al resolver sobre la petición de la orden de aprehensión ni tampoco al definir la situación jurídica, sino que tendrá que dictar tal orden de aprehensión y el auto de formal prisión! Pero entonces, ¿cómo sería posible en esos casos fundar en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión la categoría de la probable responsabilidad respecto al dolo o a un elemento subjetivo específico?, pues si ya hay prueba que demuestra que falta el dolo o algún elemento subjetivo específico del tipo penal ¡es imposible que a la vez pueda haber datos bastantes que sí los hagan probables! En tal aspecto es indudable el carácter absurdo y anticonstitucional del párrafo segundo del artículo 135 del CFPP.

Para comprender aún mejor lo que se dice, concluyo con otras consideraciones del mismo dictamen del Congreso de Coahuila como miembro del Constituyente Permanente o del Poder Reformador de la C. en las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1999. Las que tienen íntima relación con el porqué es necesario que el proceso penal se inicie con bases firmes, de las que quepa esperar razonablemente que se pueda llegar al juicio y obtener una sentencia favorable a las pretensiones de la acción penal:

(...) En no pocas ocasiones, se ha caído en la seductora tentación de iniciar procesos penales con pruebas insuficientes y pedir el enjuiciamiento penal, aunque racional y jurídicamente no se puede esperar la condena del responsable. Además de lo injusto de un

medio que así se instrumenta, se genera sólo una ilusión de combatir la impunidad. Y con ello lo que en realidad se asegura es el éxito de esa impunidad. Porque después el espejismo de justicia se desvanece con la absolución del acusado. Y al final queda la arbitrariedad como única vencedora. No así las víctimas u ofendidos. Ni la sociedad. Ni la Constitución. (...) Ninguna duda cabe que la convicción plena del juzgador sólo se le exige al pronunciar sentencia y no antes. Como también ninguna duda existe que la Constitución exige una presunción «cualificada» de la responsabilidad. Para que, de ésta manera, se pueda racionalmente esperar la condena del inculcado. Pues el fin no es procesar al inculcado. El fin es la justa imposición de las penas, previo el establecimiento de la verdad en el debido proceso penal. Para lograr el fin está el medio: que es el debido proceso legal que se inicie y siga en contra de quién razonablemente se espera obtener su condena, porque ya desde antes de ejercitar la acción el Ministerio Público —al cual se le conceden amplísimas facultades en la C. y en las leyes para averiguar los delitos— debió averiguar exhaustivamente y probar el cuerpo del delito y obtener los datos bastantes de la probable responsabilidad penal del inculcado. (...) Pero si fijamos la mira en procesar a cómo dé lugar. Sin contar con un principio confiable de la verdad histórica del hecho y de la intervención delictuosa del inculcado, mismo que se obtenga durante la averiguación previa: además de afectar en muchos casos a personas inocentes, lo más posible es que facilitemos la impunidad en vez de combatirla. Pues los tiempos dentro del proceso penal juegan a favor del inculcado ya que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo delito. Y tan injusto es condenar a un inocente; como igual lo es absolver a un culpable cuando se pudo haber probado su responsabilidad. (...) Más aún, si por ligereza o interpretación irracional de los fines constitucionales del encausamiento penal, se inician procesos con base en elementos de prueba deleznable. Pues ello lo único que apuraría sería una “probable” consumación de la impunidad. Y, en cualquier caso, a la injusticia. Es preciso pues, evitar caer en espejismos de justicia. No se trata entonces sólo de iniciar más procesos penales. Se trata de iniciarlos con bases razonables de la verdad histórica y de concluirlos exitosamente, previo el debido proceso penal estructurado de acuerdo con los límites garantizadores de nuestra Constitución.⁶¹⁶

Es conducente ahora sí, ver cada uno de los elementos del tipo penal. El método para examinarlos en el Derecho Mexicano se impone por virtud de la exigencia constitucional de las categorías procesales del cuerpo del delito y responsabilidad penal que prevén los artículos 16 y 19 C y la regulación que hacen de ellas el CFPP, el CPPDF y el CPPC. Esto es, para adentrarnos primero a su aspecto objetivo, tan a los elementos materiales o descriptivos, como a los normativos del tipo penal. A los primeros es posible englobar con el nombre de tipo penal objetivo. Para enseguida y en capítulos aparte ver el dolo o culpa como elementos subjetivos o subjetivos-normativos del tipo penal. Conformando así el dolo al llamado tipo subjetivo. Mientras que la esencia de la culpa es primordialmente material-normativa, sin dejar de tener perfil subjetivo.

⁶¹⁶ *Dictamen* que se aprobó por unanimidad por el Pleno de la LIV Legislatura del Estado, al resolver como miembro del Constituyente Permanente o del Poder Reformador de la Constitución, la aprobación a la reforma de los artículos 16, 19, 23 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza, Poder Legislativo, Dirección de Asuntos Legislativos y Parlamentarios, Saltillo, Coahuila, México, 16 de diciembre de 1998, p 25.