

EL CUERPO DEL DELITO *

Dr. Raúl Plascencia

Permítanme ustedes ver algunos antecedentes de la reforma constitucional.

En su momento, en el año de 1997 se presenta la entonces frágil iniciativa de reformas a la Constitución; se decía que el concepto de tipo penal estaba obstaculizando seriamente la procuración de justicia y que por ende los jueces estaban prácticamente impedidos para condenar, para sentenciar a los delincuentes en virtud de que era muy complejo acreditar todos y cada uno de los elementos del tipo penal. Y valía acotar esta fórmula, reducir los tecnicismos legales para facilitar la labor de los órganos encargados de procurar justicia. Para ello en su momento, se previó por exigencia solamente el acreditar los elementos objetivos del tipo penal y la iniciativa de reformas del artículo 16 constitucional como seguramente ustedes las recuerdan. Solamente planteaba esta posibilidad la idea de que se acotaran las exigencias de acreditación de los elementos del tipo penal, esto es, limitarnos exclusivamente a los elementos de índole

* Versión estenográfica de la conferencia pronunciada por el Dr. Raúl Plascencia en la Sala de Plenos del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, el 19 de mayo de 2000.

objetivos, dejar de lado aspectos subjetivos, aspectos normativos e indiscutiblemente aquellas cuestiones evidentemente descriptivas, lo cual se antojaba como en extremo delicado, en extremo polémico. Sería conveniente que tratándose de un fraude por engaño y siendo el engaño una cuestión eminentemente subjetiva, tuviéramos que dejarlo de lado, librar la orden de aprehensión, dictar el auto de formal prisión y entonces en el procedimiento penal determinar si hubo o no engaño. Era conveniente que tratándose del delito de, por ejemplo, hostigamiento sexual tuviéramos solamente que tomar en cuenta el reiterado hostigamiento de una persona hacia otra, independientemente del sexo y no tomar en consideración los fines lascivos, esto es, sin ese carácter sexual, que son eminentemente también de carácter subjetivo. No se logran materializar en el tipo específico de hostigamiento sexual, por lo que en el caso concreto de que se materializaran daría lugar, o bien a abusos deshonestos, o en su caso a una violación consumada o en grado de tentativa. Estas polémicas hacían entonces reflexionar a los autores de la iniciativa sobre lo peligroso de reducir los elementos del tipo penal y facilitar en exceso la actuación de la autoridad encargada de administrar justicia. Parecería que regresamos a aquellas épocas medievales, en donde bastaría una denuncia y dos testigos dignos de fe, si es que la ley los pudiera identificar y calificar y en su caso, alguien ubicar, para que se librara una orden de aprehensión y para someter a procedimiento penal a alguien; fórmula que fue precisamente superada ya en 1993, porque daba la idea de un Estado autoritario, de un Estado al que no le importaba respetar la legalidad y que lo único que quería era reprimir a la primera muestra de peligro o de peligrosidad, si es que pudiéramos llamarlo así, de un sujeto.

En 1993, en la exposición de motivos de la reforma del artículo 16 se dejó muy en claro que era conveniente cuidar la legalidad en los actos de la autoridad, y trató de dejarse muy en claro también que tratándose de la justicia penal, tratándose de la investigación de los delitos, el principio de legalidad a efecto de respetarse debería, en su caso, enfocarse hacia el análisis de la descripción legal del tipo penal, o bien, como alguien quisiera llamarlo, esta es la única manera en que el agente del ministerio público podría atribuirle a alguien ser probable responsable de la comisión de un delito. Sería cuando tuviera elementos suficientes para acreditar que un delito se ha cometido; la comisión de un delito, en su caso, no debe estar sujeta a ninguna duda, no debemos dudar en torno a qué se ha privado de la vida a alguien, en torno a qué se ha cometido una violación en contra de alguien.

Que se ha cometido un secuestro que lesiona los intereses de alguien, el derecho de libertad de alguien, no debe ser materia de dudas de quien es responsable de ese comportamiento, por ello es que el sistema de justicia mexicano y los sistemas de justicia de todo el mundo deban tener a la probable responsabilidad del individuo en la comisión de un delito, pero de ninguna manera se debate, respecto de que si el delito se cometió o no. Sería esto una total barbaridad, sería tanto como suponer que alguien podría atribuirle a una persona la comisión de un delito sin que esté demostrado que éste se produjo; es un absurdo, máxime cuando en la comisión de delitos o en las descripciones legales se establecen elementos de muy diversa índole, subjetivos, como los hemos planteado aquí, o de índole normativos que se presentan en aquellos casos en los que la ley nos exige demostrar la calidad de servidor público de alguien. Pero no como cada uno de nosotros nos imaginamos quiénes o qué es un servidor público, sino

un servidor público tal y como la ley lo describe; un arma reservada para el uso exclusivo del ejército, pero no aquella que a alguien se le antoje que deba estar reservada, sino aquella que la ley describa como tal; un narcótico, pero no aquel que un médico o un químico considere que produce una alteración a la salud, sino el narcótico en los términos que ha sido calificado por la propia ley como se define como tal por la propia ley. Esto es, elementos de índole normativos, elementos que son calificados por la propia ley, la cual le dota de una naturaleza específica a esto; no se trata de imaginarnos lo que puede ser un servidor público o quién puede serlo, qué puede ser un arma reservada, qué puede ser un narcótico. De lo que se trata es de sujetarnos estrictamente a lo que la propia ley plantea, y preguntarnos si en el comportamiento desplegado por un sujeto se reúnen los extremos que la ley nos exige y esto no es otra cosa sino buscar el respeto del principio de legalidad, *nullum crimen, nula pena sine lege*.

Es indudable que mientras el principio de legalidad no existía dentro de las fórmulas procesales, que mientras el principio de legalidad no estaba reconocido en los sistemas jurídicos, pues es incuestionable que para nada importaba demostrar o no lo que la ley planteaba, pero una vez que se reconoce éste al máximo nivel de la Constitución, o a nivel de los tratados internacionales, y que constituye no sólo un principio general del Derecho Penal o del Derecho procesal penal sino también un Derecho Humano de toda persona, el de que la autoridad cuando actúe en su contra se ajuste plenamente a la legalidad. Porque lo que más se condena en materia de Derechos Humanos es la arbitrariedad de los servidores públicos, y la arbitrariedad generalmente se identifica con la actuación ilegal de los servidores públicos.

Cuando en 1993 se lleva al texto de la Constitución el concepto de tipo penal, resultó algo muy novedoso y muy avanzado, como lo decíamos algunos, para el sistema de justicia penal mexicano; un sistema de justicia penal que se encontraba conformado y diseñado para girar sobre un concepto que hasta entonces había sido vital para éste, el concepto de cuerpo del delito. Pero un concepto de cuerpo del delito que había logrado madurar con el paso del tiempo, que había evolucionado, que había avanzado y que distaba mucho de aquel concepto de cuerpo del delito de la Edad Media, de la época de la Colonia que solo hacía referencia a aquellas huellas o vestigios que quedaban en la víctima o en el lugar de los hechos como consecuencia del comportamiento del sujeto activo, que posteriormente los prácticos, los europeos y americanos decidieron identificar como un conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva.

En el 93 quedaba claro que esto no era suficiente para respetar el principio de legalidad y que había una demanda nacional por el respeto y observancia de la ley por parte de todos los servidores públicos, que era injustificable que un servidor público, sobre todo esos que actúan dentro del ámbito de las leyes penales, pudieran actuar al margen de la ley para atribuirle a alguien la comisión de un delito. Para ello se eligió este concepto de tipo penal, para garantizar el cumplimiento del principio de legalidad y algunos concluyeron rápidamente de la teoría finalista sobre la teoría causalista, lo cual no era otra cosa que una gran barbaridad. El tema del tipo penal o el concepto del tipo penal no es privativo de una u otra teoría penal. Sería bárbaro suponer que existen autores que defiendan la actuación de los servidores públicos al margen del principio de legalidad. Es indudable que el

concepto de tipo penal lo comparten tanto autores causalistas, como finalistas, como postfinalistas, como funcionalistas, que son precisamente las dinámicas que hoy por hoy presenta la evolución de la teoría del delito. Entonces, no era como se presentó en aquella época, en 1993. Lo más fácil fue para algunos, por su desconocimiento, suponer que como era algo nuevo y desconocido era mejor atribuírselo a alguien; una partida de descabellados a los que calificaron como finalistas. “El finalismo llegó a México”, decían algunos, porque está aquí el tipo penal, cuando este tenía que haberse respetado desde que existe una Constitución en este país.

Pero el concepto de tipo penal y los elementos que se le atribuyeron en su momento, que fueron a su vez quizás más que una descripción clara de que sería el tipo penal y que serían sus elementos, decidieron incorporar algo así como un capítulo de un libro de teoría del delito, o bien de un capítulo de cuáles serían los elementos. Basta recordar que hacía referencia, por ejemplo, a que el cuerpo del delito tendría como elementos la existencia de la correspondiente acción u omisión, la lesión, o en su caso, la puesta en peligro del bien jurídico a que fue expuesto el bien jurídico protegido; la forma de intervención de los sujetos activos, la realización dolosa o culposa de la acción u omisión, así mismo las calidades del sujeto activo o bien del pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias del lugar, tiempo, modo, ocasión, los elementos normativos, los elementos descriptivos y las demás circunstancias que la ley prevea. ¡Caray, resultaba hartamente complejo! después de que habíamos estado acostumbrados a vivir con un concepto de cuerpo del delito que hacía referencia exclusivamente a un conjunto de elementos objetivos o externos que constituían la

materialidad de una figura delictiva hoy por hoy; reforman conceptos tan desconocidos para algunos como el bien jurídico protegido, como la acción dolosa o culposa sobre todo cuando algunos Códigos Penales seguían planteando la presunción de culpabilidad, salvo prueba en contrario. El término de una fórmula muy anquilosada que se encontraba ahí y que hacía referencia a que el dolo se presumía salvo prueba en contrario. Así, si un dolo se presumía salvo prueba en contrario bastaba una denuncia, bastaban dos testigos que soportaran esa denuncia, una presunción de dolo reconocida en la ley que obraba en contra del indiciado para que se gestara el procedimiento penal y la carga de la prueba se le revirtiera precisamente al indiciado. Era él quien debía demostrar su inocencia contra la presunción de dolo que existía en su contra en la propia ley. Sin embargo, el avance de la doctrina penal, el avance de las fórmulas penales permitieron dejar en el pasado aquella presunción de dolo salvo prueba en contrario; pero con motivo de la reforma del 93 y posteriormente la reforma procesal del 94 generaron múltiples dudas, porque en el sistema de educación del derecho de impartición, en nuestro país la doctrina no había avanzado sustancialmente. Hasta entonces se seguían utilizando libros muy tradicionales con ideas muy añejas. Llamábamos ideas clásicas del derecho penal y seguíamos aplicando aquí en nuestro país, fórmulas propias de la Edad Media que habían sido descubiertas entonces, y que tal pareciera que el derecho no avanzaba, sobre todo el derecho penal.

Era tan sencillo estudiar un libro de Francisco Carrara escrito hacía más de cien años y que las fórmulas podían seguir siendo válidas; parecía también muy claro que no era muy necesario actualizarse en los conocimientos jurídicos. ¿Para qué, si las ideas de Vecaria, de Carrara

siguen siendo vigentes? Qué sentido tiene actualizarse si uno ya las estudió y las ha llevado a la práctica de manera sustancial.

Pero lo sorprendente es que las ideas de estos autores no retomaban conceptos tales como la *atribuibilidad*, como *calidad del sujeto activo*, como *bien jurídico*, como *elementos normativos*. Y la gran pregunta era: ¿a qué teníamos que hacer referencia tratándose de estos elementos? De una u otra manera la reforma fue avanzando, se logró cierta maduración en la misma durante los aproximadamente seis años que estuvo vigente.

Debemos pensar que ya para 1999, todos estábamos ya en un consenso de gente de que entenderíamos *tipo penal* y en su defecto, cuáles serían los elementos propios de este concepto, pero sobreviene nuevamente una reforma que toca precisamente la parte de la Constitución que se reformó en 1993, la Suprema Corte ya había emitido jurisprudencia en torno a que sería tipo penal, cuáles serían sus elementos y cuáles eran las exigencias de acreditación de todas y cada una de ellas; y nos llegaba ahora una nueva reforma, la reforma a que hacía referencia hace un momento publicada el día 8 de marzo de 1999, y que parece ser que resucitaba o que resucitó el concepto de *cuerpo del delito*. Por lo mismo, estamos ante un concepto de *cuerpo de delito* plenamente distinto de aquel de 1993. El concepto de cuerpo del delito que hoy por hoy está en la Constitución, resulta más laxo que el concepto de tipo penal que antaño estaba en la Constitución; esto supone una mayor flexibilidad o facilidad para los órganos encargados de administrar justicia, a efecto de someter a procedimiento penal a alguien o dentro de una dinámica de avance de las normas jurídicas de desarrollo constitucional. Debemos suponer una mayor complejidad en esta fórmula, de ninguna manera un regreso al pasado.

Trataré de dar respuesta a estas interrogantes. En principio, el tema del *cuerpo del delito*: ¿qué es el cuerpo del delito? Diremos algunas ideas. El *cuerpo del delito* es un concepto muy añejo, desde la Edad Media se hacía referencia al mismo. ¿Por qué? Porque cuando se diseñó un sistema de justicia penal en perjuicio de otro individuo, este concepto del *cuerpo del delito* fue gestando toda una teoría que fue el cimiento de infinidad de codificaciones penales. De hecho ya para principios del siglo XIX y para finales del mismo todos los autores procesalistas utilizaban y retomaban el concepto del *cuerpo del delito*. Pero así como existían algunos que sólo repetían las ideas medievales en términos de que consistiría exclusivamente en elementos de índole objetiva o externa, huellas materiales de la comisión de un delito, un daño exterior perceptible por los sentidos, también surgieron autores que empezaron a discutir respecto de si esto era conveniente o no y señalaban supuestos como el que aquí planteábamos si aludimos en su caso a una intención por parte del sujeto a un *animus necandi*, a una manifestación de la voluntad dañina por parte del sujeto para lesionar o poner en peligro un bien jurídico. ¿Qué relevancia tiene esto para el procedimiento penal? La gran mayoría consideraba que la relevancia debería ser mayúscula, que debería tener un impacto y que no era una discusión eminentemente doctrinal. En virtud de ello se fue dando cierto avance de las ideas del concepto de *cuerpo del delito*. Para algunos este concepto solamente podría ser utilizado como hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, esto es, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción. Así decían que un incendio era el cuerpo del delito, o en su caso, el homicidio. Acreditar que alguien había muerto era acreditar el cuerpo del delito de homicidio; en el fraude decían ellos acreditar las maquinaciones que llevó a cabo el sujeto, objetivas externas, esto era, decían ellos, el

cuerpo del delito, lo objetivo, por otra parte, algunos decían que debería buscarse el efecto material que dejaba el hecho permanente después de su perpetración, esto es el edificio incendiado, la puerta destruida, los vestigios, las huellas y no el hecho mismo.

Por otra parte, algunos otros consideraban que por cuerpo del delito debería entenderse la huella o vestigio de naturaleza real que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada, como el arma con la que se ultimó a la víctima de homicidio. Y recordemos aquellas frases o aquellos comentarios de procuradores: “Está demostrado el cuerpo del delito de homicidio con el arma que en su caso se ha asegurado en el lugar de los hechos”, “Se ha demostrado el cuerpo del delito de violación con el dictamen pericial que se le practicó a la víctima”. Estas eran manifestaciones que daban una idea del grado de avance de la teoría, además de la ley a este respecto, sin embargo, existían grandes dudas: ¿qué sucedía en aquellos delitos que no dejan huellas al momento de ser perpetrados? Esto es, esos delitos que la doctrina solió denominar como de efectos temporales como el delito de difamación, el delito de injurias. Como no dejan ninguna huella material se pretendía explicar esto sobre la base de reglas especiales de acreditación de cierto delito y sobre esta base es que en los códigos de procedimientos penales se gestaron capítulos que trataban de establecer reglas, a decir del legislador, muy claras para acreditar lo que no parecía claro al momento de que se trata de demostrar un delito. Reglas tales para acreditar la violación, fraude, falsificación de documentos, homicidio y otros tantos tipos más, que hacían parecer a un código de procedimientos penales algo así como un manual de criminalística o un manual de investigación de delitos. Le decían al Agente del Ministerio Público cuáles eran prácticamente las

diligencias que debía hacer para tener por acreditado un delito, así como si fueran las únicas diligencias que pudieran llevar necesariamente a la acreditación de un delito, situación en extremo discutible, en extremo debatible. Todo esto llevó a la doctrina a seguir avanzando y entonces tratar de explicar las aplicaciones del concepto de cuerpo del delito sobre tres tendencias distintas. Decían que entonces podría hablarse de un *corpus criminis*, esto es, de un cuerpo del delito que tenía elementos a su vez, imagínense ustedes el cuerpo delito con diversos elementos pero unos serían de carácter criminal o *corpus criminis*, otros de carácter instrumental, *corpus instrumentorum*, y otros de carácter probatorio *corpus probacionem*. El *corpus criminis* sería la persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que la ley menciona como delitos; en segundo lugar, cuerpo instrumental o conjunto de instrumentos, las cosas con las cuales se cometió o intentó cometerse el hecho delictuoso, esto es, que a la autoridad no le quedaba claro que demostrar que con una arma se había cometido un homicidio no implicaba tener por acreditado el cuerpo del delito, sino simplemente tener material probatorio para poder acreditar alguno de los elementos del delito; queda por ahí el cuerpo mismo de la víctima que era precisamente parte del cuerpo del delito, posteriormente el cuerpo probatorio, el cuerpo del delito de carácter probatorio, las pistas de convicción que comprendían todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejados en la comisión del hecho delictuoso.

El cuerpo del delito había avanzado procesal y doctrinalmente en términos positivos. En las legislaciones sustancialmente ya no eran solamente elementos que tenían que ver con las huellas o vestigios del delito, tenían que ver con cuestiones que iban mucho más allá; un doctor como Manccini consideraba que el cuerpo del delito

debería tener elementos tales como: medios materiales que sirvieron para perpetrar el delito, cosas sobre las cuales se cometió, huellas dejadas por el delincuente al momento de cometer el delito, objetos cuya detentación, fabricación o venta o cuya aportación o uso constituya un delito en sí mismo, cosas que representan el precio o provecho del delito, cosas que son el producto del delito, aun de carácter indirecto y cualquier otra cosa, no el hombre viviente. A Manccini él le quedaba muy claro que ser vivo o muerto, el ser humano no podía ser considerado como cuerpo del delito, lo cual entonces planteaba una gran distancia entre las posturas doctrinales y nos permitía también dejar muy en claro que sobre el concepto de cuerpo del delito no existía solamente una postura, una tendencia, una idea doctrinal, sino que existían en todo caso diferentes ideas que hacían referencia a todo esto.

Sobre la base del concepto de cuerpo del delito empezó a desarrollarse la teoría del tipo penal que se sustenta en el concepto de cuerpo del delito. Es discutible suponer que el concepto de *tipo penal* no tenga absolutamente nada que ver con el concepto de *cuerpo del delito*, que sean conceptos antagónicos, que sean conceptos rivales o que sean conceptos, en su caso, que tengan que ver con teorías totalmente opuestas.

El origen de la teoría del tipo penal el origen del concepto de tipo penal, se sustenta precisamente en el desarrollo de la teoría del cuerpo del delito y para ello permítanme ustedes citarles unas tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1985, que ya en ese momento había permitido darle una naturaleza mucho más profunda al concepto cuerpo del delito de aquella que tenía en la Edad Media, o aquella que unos autores tenían en torno al mismo, porque sólo

se trataba de elementos de carácter objetivo o de carácter material, y la citaré de manera textual: “Demostrar la existencia del cuerpo del delito en todo caso es demostrar todos sus elementos constitutivos tal y como lo define la ley”. El concepto de cuerpo de delito era remitido precisamente a la ley, la ley sería la que habría de dotarnos de los elementos que tendrían que acreditarse, “principio de legalidad” indiscutiblemente al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente cuando en la resolución de la autoridad no se cita el precepto legal cuya infracción se imputa al acusado, no existe entonces una base firme para precisar si ha quedado legalmente comprobado el delito que se le atribuye toda vez que precisamente es el precepto que se estima violado, el que debe determinar cuáles son los elementos que constituyan el delito. Veán ustedes, leeré nuevamente esta parte es el precepto que se estima violado el que debe determinar cuáles son los elementos que constituyen el delito, tesis de la quinta época del año de 1985. Para entonces ya la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación había avanzado y había ido mucho más allá de aquella primera idea o primer acercamiento en torno al concepto “el cuerpo del delito”, que sólo refería que el cuerpo del delito debería entenderse como un conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva, descrita concretamente por la ley penal. La idea misma que se empezó a gestar en la primera parte del siglo XX, pero ya que en la segunda parte de ese siglo, ya casi a finales del mismo, presentaba un avance sustancial y esto es claro, la jurisprudencia también fue cambiando, avanzando.

El maestro Víctor Manuel Martínez señalaba hace un momento el cambio del criterio en torno a leyes federales y tratados internacionales. Con el cambio de

criterio en la Suprema Corte, también tratándose del concepto de cuerpo del delito, se dieron varios cambios de criterio, el último, el que precisamente nos parece a varios dio entrada a la reforma de 1993, fue precisamente este último. Si ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación había sentado jurisprudencia de que el cuerpo del delito debía estar íntimamente vinculado con el principio de legalidad y que el cuerpo del delito estaba sujeto a todos y cada uno de los elementos descritos en la propia ley, entonces ya para ese momento el concepto de cuerpo del delito se había asimilado más al de tipo penal como lo describía la doctrina, que el concepto de cuerpo del delito, hasta donde pudo evolucionar hasta principios de la segunda mitad del siglo XX. Debo decirles que hoy por hoy, en la teoría moderna del delito, en la teoría procesal moderna, ya el concepto de cuerpo del delito ha desaparecido. No es extraño que ustedes en lugar de encontrar el concepto de cuerpo de delito encuentren referencia a tal como el tipo subjetivo doloso, o el tipo subjetivo culposo, de omisión o bien de acción, referencias de estas características, la doctrina mucho más allá, en su caso, de lo que la ley ha avanzado, en su caso. Un ejemplo que siempre pongo para explicar esto, es el avance de la tecnología en materia de automóviles. Así como a principios de siglo se utilizó una tecnología en materia de carburadores hoy ya en el siglo XXI, en el año 2000, hablamos de una tecnología en donde el carburador ya no es pieza fundamental en un vehículo, donde hay inyectores de gasolina electrónicos, ya ni siquiera mecánicos con chips. Así también dentro de la teoría del delito se han dado avances sustanciales que permiten distinguir claramente entre aquello que era vigente en algún momento de la historia y lo que hoy por hoy es lo moderno, lo actual. Hay leyes que han adoptado fórmulas modernas porque a decir de los legisladores que son los que tienen

la responsabilidad de elaborarlas, estas fórmulas modernas permiten hacer accesible el ideal de justicia con una mayor facilidad. Habrá otros que consideren que son otros los tipos de fórmulas las que para una sociedad determinada permiten, en todo caso, llegar a la justicia penal con una mayor facilidad, pero esta decisión es meramente del legislador. El tema de la doctrina sigue avanzando y de ninguna manera supondríamos que pudiera estar supeditada a una decisión de carácter legislativo.

¿Cómo es que se proyecta la reforma de 1999 en materia del cuerpo del delito? Con un cambio constitucional de estas características se genera una buena cantidad de complicaciones, entre otras, la necesidad de reformar para adecuar el contenido de las leyes procesales, tal y como sucedió en el estado de Zacatecas, como sucedió en la legislación procesal federal; hay necesidad de generar también una nueva jurisprudencia que en términos de su naturaleza permita desentrañar el alcance y significación de los conceptos que están en la propia ley. No podríamos suponer que como hemos ya regresado al concepto del cuerpo del delito, entonces tomemos aquella jurisprudencia del siglo pasado y apliquemos así, como si hoy por hoy fuera aplicable.

Si la jurisprudencia tiene como naturaleza ser una interpretación judicial de cierto precepto legal, es indiscutible que su aplicabilidad y no vigencia está supeditada precisamente a la vigencia del precepto legal que interpreta si ese precepto legal se modifica, cambia, desaparece. Quiere esto decir que se requiere de una nueva interpretación, así que los Tribunales Colegiados de la Suprema Corte tendrán la última palabra a ese respecto, y habrá que ver si deciden, una vez que se gesticione esta jurisprudencia, mantener un criterio que a mi entender

sería absurdo. Como que hemos regresado a aquella jurisprudencia de principios del siglo pasado o a una fórmula de carácter medieval. Para aclarar esto les diré lo siguiente: la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales nos da una idea de cuerpo de delito mucho más allá del concepto de cuerpo del delito que existió en nuestro país allá en 1993, lo cual permite suponer entonces que estamos en buena medida ante un concepto distinto y permítanme demostrarles esto: el nuevo artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales reformado a partir de la publicación del 18 de mayo de 1999 tiene una redacción que define al cuerpo del delito en los términos siguientes: “Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiere”. Esto quiere decir, entonces, que el moderno concepto de cuerpo del delito dentro de la esfera federal supone no solo elementos de índole objetiva externa o material sino también elementos de índole normativa y la ley es muy precisa a este respecto: ¿cuáles elementos de carácter normativo? Pues el calificativo de servidor público, de narcótico, de arma de fuego reservada y otros tantos más que existen y que se precisa ser demostrado en las leyes procesales y penales. Pero miren ustedes, ¿desaparece el concepto de tipo penal del sistema de justicia penal? Pues no, para efectos federales no desaparece, sino que hoy por hoy ahí se mantienen y ¿por qué? Porque no es un tema que pueda desaparecer en virtud de que el tipo penal lo que busca es el respeto del principio de legalidad, el respeto de la garantía de legalidad; sacrificarlo sería tanto como suponer que se le da entrada a la arbitrariedad por parte de la autoridad.

Pero miren ustedes, el Código Penal Federal se reforma también el 18 de mayo de 1999 y establece lo siguiente: “El delito se excluye cuando se demuestra la inexistencia de algunos de los elementos que integran la descripción típica del delito que se trate”. Otro problema que tenemos ya no está en su caso definido en la Ley Procesal Federal, que es tipo penal, ni cuáles son sus elementos, pero el Código Penal Federal en su artículo 15 fracción II, señala que el delito se excluye cuando faltan algunos de los elementos del tipo penal. ¿Cuáles serán estos? Pues tendríamos que establecer que el tipo penal es un concepto muy explicado, que hoy por hoy no se discute en términos doctrinales cuáles son sus elementos, que no son otros sino aquellos que estaban en el 172 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas, 168 Federal y que por consecuencia, siguen teniendo relevancia para efectos de la justicia penal. De igual manera se reforma el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales y queda con una redacción en los términos siguientes: en cuanto aparezca de la averiguación que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indicado en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de la realización de la conducta y los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea. Esto quiere decir que el agente del Ministerio Público sigue obligado a acreditar los elementos subjetivos, pero del cuerpo del delito. ¿Cuáles son estos? Situación compleja, tendríamos que retomar algunas de las ideas de distinguidos procesalistas mexicanos como es el caso de Colín Sánchez, que para él ya en la década de los ochenta cuerpo del delito y tipo penal eran exactamente lo mismo; o bien, la fórmula que utilizó en 1994 el legislador del

estado de Hidalgo, en donde en un tercer artículo transitorio de la reforma, que se dio como consecuencia de los cambios constitucionales, decía más o menos así: “Para efectos de la legislación penal del Estado de Hidalgo, por tipo penal se entiende cuerpo del delito”.

Así de sencillo, la reforma del legislador hidalguense, a la postre resultó ser la más sabia de todas, porque ese artículo transitorio demostró su propia transitoriedad porque solamente tuvo vigencia durante cinco años y a partir de esta nueva reforma constitucional podrá decirse que ese transitorio ha dejado de surtir efectos, y el código que seguía conservando el término cuerpo del delito se presenta sin ninguna modificación. Situación interesante en materia de reformas penales, sin embargo, es indudable que el nuevo concepto de cuerpo del delito desde la perspectiva federal no es el mismo que el concepto de cuerpo del delito que teníamos en 1993. Actualmente, en términos del 168 del Código Adjetivo Penal federal, tiene elementos de índole objetivo, externo y normativo, y en términos del 134 del mismo ordenamiento penal tiene elementos a su vez de índole subjetivo. El gran problema, la gran discusión en materia del concepto de tipo penal desde la perspectiva legal, era el relativo a los elementos subjetivos, y en ocasiones decía el Agente del Ministerio Público, o algunos otros: “Acaso se requiere acreditar el dolo”. Por supuesto, acaso se requiere acreditar la culpa indiscutiblemente. Decían: “Desde que desapareció la presunción de dolo salvo prueba en contrario, entonces el agente del Ministerio Público tiene una carga probatoria a su cargo, y esta carga probatoria en materia de elementos subjetivos se refleja específicamente en dolo, culpa, imputabilidad, voluntabilidad, así es que no basta, como decía el Agente del Ministerio Público antes de la reforma de 1993, y como estaba acostumbrado, con consignarle

hechos al juez para que éste los valore y que sea él quien nos diga si procede o no. Debe consignar una averiguación previa en donde esté acreditado el cuerpo del delito con todos y cada uno de sus elementos, elementos que derivan de la descripción legal y que posibilitaron el respeto de la garantía de legalidad. Suponer lo contrario sería tanto como pretender sacrificar la legalidad en beneficio de una actuación por parte de la procuración de justicia.

La misma situación se presenta con la reforma del artículo 19 de la Constitución. Ustedes saben que el artículo 16 y 19 de la Constitución funcionan como brazos articulados de una misma política criminal, esto es, que se establece una serie de exigencias por una parte para librar la orden de aprehensión y por otra para dictar el auto de sujeción a proceso, de formal prisión o de libertad absoluta, o de libertad por falta de elementos. La reforma de 1999 sitúa en un mismo plano la exigencia de elementos por acreditar, tanto para la orden de aprehensión como para el auto de formal prisión, situación en extremo discutible porque a algunos nos parecía que en 1999 y desde 1997 en que se presentó la iniciativa de reformas ante el Senado de la República, que no era factible reformar la Constitución, o incluso ni siquiera tocarla y reformar los códigos de procedimientos penales, para ir haciendo más exigente la intensidad del material probatorio, trátese de la consignación, de la orden de aprehensión, del auto de formal prisión, o en su defecto, de la sentencia condenatoria, y que sí sería válido ir exigiendo una mayor fuerza probatoria en el material que existiera en manos del juez. Pero la reforma no giró hacia allá sino hacia un rumbo desconocido o que por lo menos la sitúa en un plano muy similar a como nos encontrábamos antes del 8 de marzo de 1999, lo que nos permite a algunos concluir que los cambios no tuvieron

un fondo, sino que fueron meramente de fórmula o de formas procesales. Para algunos era más cómodo trabajar con un cuerpo del delito que conocían, que trabajar con un tipo penal que podríamos llamar llanamente, cuerpo del delito o tipo penal. La idea es que el concepto de cuerpo del delito está inmerso en la Constitución y en la legislación procesal federal no es el mismo que el cuerpo del delito que estaba inmerso allá en 1993.

Y con esto terminaría señalando lo siguiente: concepto de cuerpo del delito y la pretensión de denominar tipo a un supuesto de hecho es algo que ha caído en desuso en términos doctrinales. Cada día son menos las legislaciones del mundo que utilizan el concepto de cuerpo del delito, por eso llama mucho la atención cuando se da la reforma constitucional en nuestro país que rescata un concepto que ya era anacrónico para la teoría del delito y para la teoría procesal penal universal. Por otra parte, les diría que la vigencia a un estado democrático de derecho plantea la moderación y selección escrupulosa del control punitivo a cargo del Estado, a fin de orientar éste de una manera adecuada. No se trata de gobernar con el Código Penal, no se trata de reprimir para garantizar una supuesta justicia, sino de moderar la intervención del Estado por encima de todo respetando las garantías y derechos de los gobernados.