

EL CUERPO DEL DELITO EN EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

I

Entre las numerosas disposiciones del sistema constitucional mexicano destinadas a dar protección a las garantías individuales, existen dos que se traducen en restricciones a las órdenes de detención o aprehensión en el artículo 16 de la Constitución; y al auto de formal prisión en el artículo 19 del mismo ordenamiento.

No es sencillo establecer cuáles son las diferencias de fondo que entre ambas instituciones existen, con relación a los presupuestos que requieren. Pero es claro que resulta imprescindible probar el cuerpo del delito para dictar una formal prisión, única forma de poder prolongar legalmente una privación de libertad por un plazo superior a tres días.

La primera parte del párrafo primero del artículo 19 prevé que "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten".

En consecuencia, el auto de formal prisión aparece condicionado a que de la averiguación previa surja: **a)** que el cuerpo del delito esté comprobado, y **b)** que la responsabilidad del acusado sea probable. Ambos requisitos surgen también de los ordenamientos procesales de los fueros común (artículo 97, fracciones IV y V del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), y federal (artículo 161, fracciones I, III y IV del Código Federal de Procedimientos Penales).

Como consecuencia de lo expuesto, si el órgano jurisdiccional dicta un auto de formal prisión sin dar cumplimiento al precepto eludido, habrá lesionado una garantía individual del afectado, dando mérito suficiente a que pueda deducirse con éxito un recurso de amparo.

La prueba del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del imputado son por consiguiente, elementos fundamentales del auto de formal prisión; del mismo modo que en otros ordenamientos de derecho comparado, instituciones de similares efectos procesales como el auto de procesamiento o de prisión preventiva, requieren análogos presupuestos.

Nos ocuparemos aquí del primero de esos requisitos, tratando sólo la "probable responsabilidad" del acusado, sólo en la medida que resulte utilidad para precisar qué debe entenderse por cuerpo del delito.

Es evidente que la determinación de los extremos que surgen del precitado artículo 19 es tarea propia del órgano jurisdiccional, pero en la medida en que de ello depende la posibilidad de ejercer o no la acción penal, incide en forma directa sobre la actividad del Ministerio Público.

II

La doctrina dominante ha acudido al concepto de tipo para precisar el cuerpo del delito,¹ lo que ciertamente no soluciona el problema, en la medida en que como consecuencia de ello se transfieren al ámbito procesal, todos los debates que al respecto se han desarrollado en la dogmática penal.

1 Es así que una antigua jurisprudencia de la Suprema Corte² limite el concepto al conjunto de elementos objetivos o externos que pueden ser captados por los sentidos, con total abstracción de la culpabilidad. En la concepción del fallo, quedaba así excluida toda consideración sobre el dolo.

2 El sector más importante de la doctrina nacional y la jurisprudencia más reciente, hacen depender la noción de cuerpo del delito de la estructura del tipo que se investiga. Sólo cuando en ella no existen más que elementos descriptivos, coincide con la posición anterior. Pero cuando se incluyen referencias subjetivas o normativas, sostienen que en esos casos la comprobación del cuerpo del delito incluye

¹ Cfr. Jiménez Huerta, *La tipicidad*, México, 1955, p. 201; Franco Sodi, *Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, comentado*, México, 1960, p. 152; Colín Sánchez, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, 1964, p. 270; Rivera Silva, *El procedimiento penal*; 4a. ed., México, 1967, pp. 149 y ss.; García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*; 2a. ed., México, 1977, p. 350.

² *Seminario Judicial de la Federación*, t. XXVII, pp. 209, 365, 388, 1982; t. XXIX, p. 1295.

dichos elementos.³ Consiguientemente, en los casos de robo (artículo 367 del Código Penal) será preciso no sólo que quede probado el apoderamiento y que el objeto era una cosa mueble, sino además, que la misma era ajena y que la acción fue realizada sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

Por la misma razón, la prueba del cuerpo del delito de raptó (artículo 267 Código Penal) requerirá además de la acción de apoderarse de una mujer y de los medios previstos en la ley, que se acredite que el autor quería "satisfacer algún deseo erótico-sexual" o "casarse" con la víctima.

3 Si por una parte García Ramírez se declara coincidente con este último de vista, aludiendo a lo que llama elementos plenarios del tipo (objetivos, subjetivos y normativos); luego agrega que un tercer punto de vista surgiría como consecuencia de las innovaciones del finalismo en general y de Adato de Ibarra en particular. El cuerpo del delito aparece así definido como el conjunto de presupuestos y elementos del delito "que están demostrados existencialmente y que no permitan, de una parte, definir exactamente el delito dado, y por otra, establecer su nota distinta respecto de otros delitos".⁴ Concluye que en esta forma el contenido de la voluntad queda incluido junto a los elementos objetivos tradicionalmente captados.⁵

III

La polémica descrita, trasciende el plano académico y se proyecta sobre la realidad cotidiana, al afectar las funciones propias del Ministerio Público y del Juez; ya que incide sobre los extremos que el primero debe probar al ejercer la acción penal contra el presunto responsable, y el segundo debe requerir para dictar un auto de formal prisión.

Las alternativas quedan así planteadas entre quienes piensan que es suficiente la prueba de la parte externa de la acción que puede captarse por los sentidos, quienes por el contrario estiman que es necesario además acreditar los restantes elementos del tipo, y quienes

* Ver especialmente Colín Sánchez, *op. cit.*, p. 274; y Rivera Silva, *op. cit.*, p. 156.

* *Cfr.* García Ramírez, *op. cit.*, p. 350.

* *Ibid.*, p. 351.

* *Ibidem.*

por último, aprecian que es preciso demostrar en todo delito intencional que el autor obró con dolo.⁷

Tal como el problema aparece planteado, es claro que decir que la comprobación del cuerpo del delito equivale a la prueba de la acción típica no aclara demasiado. Pueden estarse utilizando distintos conceptos de tipo, lo que por otra parte es consecuencia de que la dogmática penal carece de una noción única al respecto, existiendo por lo menos tres: "tipo garantía", "tipo sistemático" y "tipo del error".⁸

1 El "tipo garantía" está directamente relacionado al principio de legalidad, es consecuencia del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y comprende todos los presupuestos de la pena. Incluye no sólo todo lo que se describe en el precepto pertinente del Código Penal, sino también el dolo o la culpa, la antijuricidad, la culpabilidad y en su caso las condiciones objetivas de punibilidad.⁹

2 El concepto de "tipo sistemático" depende del sistema que se siga: a) Desde el punto de vista de la doctrina de la acción causal comprende sólo la parte exterior de la acción (elementos descriptivos) y sólo por excepción referencias valorativas (elementos normativos) o subjetivas (una particular dirección de la voluntad del autor),¹⁰ b) Para el finalismo incluye siempre además del tipo objetivo, al llamado tipo subjetivo (dolo y elementos subjetivos de lo injusto);¹¹ c) Es conveniente tener en cuenta además la opinión de Roxin quien construye la noción de "tipo total", incluyendo las circunstancias descriptivas que determinen la antijuricidad que están resumidas en forma abreviada y ocultas en los elementos del deber jurídico.¹²

⁷ Es obvio que el problema se reduce en los delitos imprudenciales, que carecen de tipo subjetivo; *cfr.* Welzel, *Derecho penal alemán; parte general*; 11a. ed.; trad. por Bustos y Yáñez, Santiago de Chile, pp. 182 y ss.; Maurach, *Tratado de derecho penal*; trad. por Córdoba Roda, Barcelona, 1962, t. II, pp. 215 y ss.

⁸ *Cfr.* Bacigalupo, *Tipo y error*, Buenos Aires, 1973, p. 70.

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Cfr.* Mezger, *Derecho penal; parte general*; trad. por Finzi, Buenos Aires, 1958, t. I, p. 135.

¹¹ *Cfr.* Welzel, *op. cit.*, p. 94; Maurach, *op. cit.*, t. I, p. 301; Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1974, pp. 46 y ss.

¹² Este autor critica la teoría de Welzel de los tipos abiertos, e incluye dentro del ámbito del tipo sistemático, los presupuestos bajo los cuales un funcionario debe actuar, las circunstancias y situaciones que fundamentan el deber de evitar el resultado en las omisiones, las distintas autoridades que están facultadas para tomar juramento y los presupuestos objetivos de una autorización. Véase Roxin, *El concepto sistemático de tipo penal*; trad. por de la Torre, Munich, p. 12. Las consecuencias sistemáticas de esta formulación, no pueden ser tratadas aquí en extensión, ni son decisivas para el objeto de estudio que se procura desarrollar en el texto.

3 El "tipo del error" se limita a aquello que es relevante para el dolo. Es la noción originariamente elaborada por Beling y que los finalistas llaman tipo objetivo. Este es el concepto más reducido desde que sólo comprende la parte exterior de la conducta, no abarcando las circunstancias justificantes, ni los especiales elementos de la anti-juricidad, ni las condiciones objetivas de punibilidad. Carece además de todo elemento referido al ánimo del autor.¹³

Este concepto de tipo restringido es el utilizado por la Suprema Corte en la jurisprudencia comentada, y que ha merecido la crítica de la doctrina nacional dominante.

IV

Los tres conceptos de tipo que brevemente hemos diferenciado le fueron atribuidos a Beling, aun cuando existen razones para pensar que el último es el más vinculado a su obra.

Existe acuerdo con relación a que el punto de partida de este autor fue la elaboración anterior de Binding sobre la teoría de las normas,¹⁴ a la identificación de los trabajos de Beling de los que surge la teoría del tipo,¹⁵ y a que sus ensayos respondían a la necesidad de interpretar el § 59 del Código Penal alemán de 1871.¹⁶

No obstante, se discute cuál fue el sentido principal del aporte de Beling, y más específicamente si la interpretación ulterior de su pensamiento no lo ha modificado, especialmente entre los autores hispanoamericanos.

1 La formulación de la teoría de las normas por Binding suponía la distinción de dos aspectos esenciales de la ley penal: a) El precepto que establece la pena, y b) Los elementos que determinan la sanción. Es muy conocida su afirmación según la cual el autor no obra contra

¹³ Es evidente que si el concepto de "tipo del error" está destinado a ser objeto de referencia del dolo, no puede incluirlo. En tal sentido dice Roxin que especialmente en un sistema finalista en el que el dolo pertenece al tipo, sólo es posible sostener la correspondencia del tipo del error y el sistemático "reconociendo un concepto de dolo que se refiere a sí mismo". *Cfr.* Bacigalupo, *Tipo y error* cit., p. 68; y asimismo Gallas, *La teoría del delito en el momento actual*; trad. por Córdoba Roda, Barcelona, 1959.

¹⁴ La obra de Binding en la que elabora la teoría a que se alude, fue publicada en Leipzig en 1890 y luego desarrollada en el *Tratado* publicado en la misma ciudad en 1907.

¹⁵ *Cfr.* Beling, *Esquema de derecho penal y Doctrina del delito-tipo*; trad. por Soler, que corresponden a los originales publicados en Tubingen en 1906 y 1930 respectivamente, Buenos Aires, 1944.

¹⁶ *Ibidem.*

la ley, sino que hace exactamente lo que la ley prevé. Pero esta conducta supone actuar contra la norma, la que desde un punto de vista lógico precede a la descripción legal.

En otras palabras: el autor de un hecho punible, al actuar en la forma prevista en la ley (matar a otro), viola la norma (no matar). Consecuentemente, en esta concepción lo característico del delito era el constituir una infracción a la norma.¹⁷

2. De allí parte la distinción de Beling referida a los dos aspectos que presenta una acción contraria al derecho, siendo el primero su cualidad de coincidir con la ley. La expresión "tipicidad" es entonces utilizada para aludir a la característica de la acción de poder subsumirse en la descripción legal.

La "antijuricidad", es decir la contradicción de la acción típica con el orden jurídico, depende de un segundo momento en el que se constata la inexistencia de causas de justificación. Beling separa estas dos características de la acción, independizando el juicio de educación (tipicidad) de la ausencia de justificación (antijuricidad).¹⁸

3. Es importante no olvidar que esta elaboración fue realizada para resolver problemas de interpretación propios del § 59 del Código Penal alemán de 1871, según el cual si alguien al cometer una acción punible, no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecían al "tipo" legal, o elevaban la penalidad, no le deberán ser imputadas estas circunstancias.¹⁹ De esa disposición surge, que existen algunos presupuestos de la pena que deben ser conocidos por el autor: los que pertenecen al tipo legal. Es respecto de éstos que un error del sujeto será relevante, desde que en ese caso la pena no podrá aplicarse.²⁰

Por lo contrario, aquellas circunstancias que no pertenecen al "tipo", no necesitan ser conocidas por el autor, siendo al respecto irrelevante el error. Tal es el caso de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad.

4 De allí surge que en la concepción de Beling, el tipo esté inte-

¹⁷ Cfr. Ballvé Pallise, *Función de la tipicidad en la dogmática del delito*, México, 1951, p. 21.

¹⁸ Esa concepción ha llegado hasta nuestros días, aun cuando fuertemente influida por la idea de que el tipo es además de descriptivo, indicio de antijuricidad. Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 93; Maurach, *op. cit.*, t. I, p. 186; Bacigalupo, *Líneamientos...*, cit., pp. 34 y 66.

¹⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1951, t. III, p. 659.

²⁰ *Ibid.*, p. 662. Asimismo ver Bacigalupo, *Tipo y error*, cit., p. 28.

grado por circunstancias que deben ser conocidas por el autor, y como lógica consecuencia, se reduzca a elementos objetivos o materiales de la descripción que hace el texto legal.

Con anterioridad, la expresión "tipo" había sido utilizada en sentido diverso, pues alcanzaba a todos los elementos del delito.²¹ Consiguientemente, lo que hace Beling es reducir el ámbito del tipo, para resolver problemas de la teoría del error.

5 Es cierto que una consecuencia lógica de esta elaboración fue fortalecer la fisonomía de un derecho penal democrático. A la inversa, es también evidente que el concepto de tipicidad sólo tiene posibilidad de desarrollo, en un "derecho penal que se expresa en la tipificación estricta de acciones".²² Pero de allí no deriva que la función del tipo esté exclusivamente ligada al principio de legalidad.

Por una parte, se puede afirmar que el tipo-garantía no agota todos los conceptos de tipo posibles. Por otra, es necesario recordar que el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* precedió a Beling;²³ por lo que lógico es suponer, que no pudo ser ese su principal aporte.

V

La evolución ulterior del concepto de tipo sufrió influencias diversas que en parte modificaron ese punto de partida, y en buena medida obscurecieron la idea original. Pueden sintetizarse las siguientes influencias: a) El progresivo acercamiento de las nociones de tipo y anti-juricidad. Si Beling los había separado, consagrando la independencia del primero, ese proceso se fue revirtiendo como consecuencia de las proposiciones de Mayer, Hegler y Mezger; b) La reformulación de la teoría del error, para otorgar efectos exculpantes a los que recaen sobre la antijuricidad; c) La teoría de los elementos negativos del tipo; y d) Las concepciones autoritarias de la Escuela de Kiel.

²¹ Cfr. Bacigalupo, *op. ult. cit.*, pp. 28 y ss.

²² Cfr. Bacigalupo, *op. ult. cit.*, p. 28. En el mismo sentido ver el trabajo de Beling sobre "Il significato del principio *nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*", *La Giustizia Penale*, vol. XXXVII, 1931, p. 319, donde su preocupación está centrada en la protección que implica el principio contra toda extralimitación del poder estatal, lo que supone que resulta intolerable la indeterminación de los actos que el juez podía considerar punibles y las penas que podía aplicar. Cfr. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*; 2a. ed., Buenos Aires, 1969, t. II, p. 23.

²³ El principio se impone con el Iluminismo. Desde el punto de vista dogmático fue presentado por Feuerbach ligado a la prevención general. Ver *infra* VI. Pero además fue sostenido por von Liszt en el "Programa de Marburgo" en 1882. Cfr. Bacigalupo, *Tipo y error*, cit., p. 29.

Más recientemente, el reordenamiento sistemático propuesto por Welzel y su reconocimiento del tipo subjetivo, establece "el frente más adelantado del desarrollo de la teoría del tipo".²⁴

Aun cuando resulta imposible hacer un desarrollo detallado de todas estas influencias, corresponde destacar que ninguna de ellas permite extraer consecuencias de relieve para identificar la noción del cuerpo del delito.

1 La concepción de Mayer según la cual el tipo es indicio de antijuricidad abandonando la idea de neutralidad meramente descriptiva; y la posterior consideración de Mezger que lo identifica como **ratio essendi** de lo injusto,²⁵ nada anticipan sobre el sistema procesal preferible. El desarrollo que hace Colín Sánchez le hace afirmar que de aquí deriva que "de acuerdo con la tesis de Mezger, cuerpo del delito es el conjunto de elementos típicos del injusto; objetivos, subjetivos y normativos".²⁶ Debe entenderse que de todas las nociones de tipo enunciadas, dicho autor ha seleccionado la de Mezger como preferible.

Si cuando el tipo enuncia elementos normativos o subjetivos, ellos deben acreditarse para probar el cuerpo del delito es un problema que deriva de la estructura del tipo particular, y no de una determinada concepción abstracta.²⁷

2 El desarrollo de la teoría del dolo, incluyendo el conocimiento actual de la antijuricidad, para otorgar similares efectos exculpantes a los errores de tipo y de prohibición, en la forma propuesta por Binding y Nagler, seguida por Mezger y Jiménez de Asúa, y mantenida por la mayoría de la doctrina mexicana,²⁸ tampoco debe ser tenido en cuenta aquí. En primer lugar porque se trata de una concepción seriamente

²⁴ Cfr. Roxin, *op. cit.*, § I.

²⁵ Cfr. Mezger, *op. cit.*, p. 145; y del mismo autor su *Tratado de derecho penal*; trad. por Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946, t. I, p. 375.

²⁶ Cfr. Colín Sánchez, *op. cit.*, pp. 273-274.

²⁷ De todos modos, si con relación a los elementos normativos Mezger propone una aproximación al tipo, no ocurre lo propio con relación a la parte interna de la acción. Los elementos subjetivos son presentados como una excepción al principio general de su sistema, que sigue aferrado a mantener la escisión de la teoría del delito en parte externa de la acción (injusto típico) e interna (culpabilidad). Cfr. Mezger, *Derecho penal (St.)*, pp. 78 y 135.

²⁸ Cfr. Mezger, *op. ult. cit.*, pp. 247 y ss.; y *Tratado...*, cit., t. II, pp. 91 y ss.; Jiménez de Asúa, *op. cit.*, t. V, p. 463. Con relación a la doctrina mexicana, cfr. Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano; parte general*; 11a. ed. revisada por Carrancá y Rivas, México, 1976, p. 322; Castellanos, *Lineamientos elementales de derecho penal; parte general*, México, 1975; Villalobos, *Derecho penal mexicano; parte general*, México, 1960.

cuestionada,²⁹ pero fundamentalmente porque toda la preocupación que deriva de esa teoría está destinada a producir efectos en materia de error. De allí no surge conclusión alguna sobre la extensión que conviene dar al cuerpo del delito.

3 La teoría de los elementos negativos del tipo tiene origen en Merkel y Frank, quienes utilizan un concepto de tipo de tal amplitud que comprende todo el ámbito del injusto. Requieren como elemento positivo que el hecho coincida con la descripción de la ley, y como elemento negativo que no esté justificado. Las causas de justificación son, para este sistema, elementos negativos del tipo.

Que esta concepción produzca efectos en materia de cuerpo del delito depende de dos circunstancias, que se la admita como correcta en primer lugar que además se la transfiera mecánicamente al ordenamiento procesal. Ambos presupuestos deben ser descartados.³⁰

4 Sobre las concepciones de la Escuela de Kiel, desarrolladas durante el nacional socialismo no he de extenderme. Tales posiciones pertenecen a uno de los períodos más lamentables de la evolución de las ideas, caracterizado por un absoluto menoscabo a todo lo que puede significar un derecho civilizado. Por otra parte, no tiene aquí la menor aplicación.

5 Con relación a la reformulación propuesta por Welzel es preciso establecer una distinción. Es evidente que la incorporación del tipo subjetivo (dolo), supone una innovación sistemática trascendente, destinada a producir efectos de la mayor importancia con relación al injusto y especialmente en materia de error.

Tales modificaciones deben ser admitidas, al menos desde nuestro punto de vista.³¹ Pero de allí no se deriva que sea prudente reformular también el concepto de cuerpo del delito, pues ello supondría que en todos los casos el auto de formal prisión deba requerir la prueba del dolo. Esta posibilidad será considerada más adelante.³²

²⁹ Cfr. Welzel, *op. cit.*, pp. 221 y ss.; Maurach, *op. cit.*, p. 247; Armin Kaufmann, "El Código Penal Argentino: artículo 34, inciso 1 y el error de prohibición", trad. por Bacigalupo, en *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Belgrano, p. 206; Bacigalupo, "Sistema del error sobre la antijuricidad en el Código Penal", en *Nuevo Pensamiento Penal*, núm. 1, 1972; Righi, "La exigibilidad como base del juicio de culpabilidad", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, núm. 1, 1977, p. 74.

³⁰ Ver la crítica a la teoría de los elementos negativos del tipo en Welzel, *op. cit.*, p. 117; y Bacigalupo, "Problemas del sistema de la teoría del delito", en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1974, p. 13.

³¹ Cfr. Righi, *op. cit.*, pp. 74-75.

³² *Infra*, VII-4.

VI

1 La noción de "tipo-garantía" desarrollada principalmente por autores españoles y latinoamericanos, implica extraer el concepto de tipo no ya del sistema del error, sino del principio de legalidad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Es evidente que este principio no puede ser identificado con un concepto de tipo que se limite a la descripción de la conducta prohibida. No sólo la tipicidad, sino todos los elementos que condicionan la pena deben estar previstos en la ley.

La garantía exige que además de la descripción del hecho; la anti-juricidad, la culpabilidad y las condiciones objetivas, estén definidas legalmente.

El origen doctrinario de esta noción es la concepción de Feuerbach, según la cual la pena cumple una función preventiva general al coaccionar a todos los integrantes de la sociedad.²³ Para ello es menester que tanto la pena como sus presupuestos, estén expresados en la ley antes de que se cometa el hecho punible.

2 Este concepto de tipo-garantía resulta de escasa utilidad. Si se admite que la máxima **nullum crimen, nulla poena sine lege** lo precedió,²⁴ en todo caso la expresión tipicidad no debió trascender al plano semántico.

Pero es innegable que la presentación de la teoría de la tipicidad en forma inseparable del principio de legalidad, es una realidad incorporada a nuestro medio,²⁵ y en buena medida inmodificable. Ello ha causado inevitables confusiones que son consecuencia de utilizar la misma expresión en varios sentidos distintos.

3 De todos modos, se hace necesario considerar si resulta útil exigir, a los fines de la prueba del cuerpo del delito en un auto de formal

²³ Antes de Feuerbach (*Tratado*, 1801), el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* había sido recogido en la Constitución Norteamericana de 1787 y en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Existen por cierto antecedentes anteriores, como surge de la literatura sobre este tema, que es suficientemente conocida.

²⁴ .. *Supra*, IV-5 y nota 23.

²⁵ Cfr. Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, p. 217; Porte Petit, "Importancia de la dogmática jurídica penal, México, 1954, p. 37; Núñez, "El hecho penal en la Constitución Nacional y en el Código", *Revista de Psiquiatría y Criminología*, núm. 19, 1939; y asimismo *Los elementos subjetivos del tipo penal*, 1943, pp. 4 y ss.; Soler, *Derecho penal argentino*, 1940, t. II, núm. 44; 4a. ed., 1970, t. II, núm. 44; Frías Caballero, *Temas de derecho penal*, 1970, p. 31; Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno*, Santiago, 1960; y más recientemente en *La evolución del derecho en el presente siglo*, Caracas, 1977, p. 29.

prisión, que estén acreditados todos los elementos que incluye el tipo-garantía.

La respuesta negativa no es dudosa, pues si la prueba se exigiera de todos los presupuestos de la pena, no habría posibilidad de dictar una sentencia absolutoria posterior: la responsabilidad del acusado surgiría en forma irrefutable del auto de formal prisión.

Que tal consecuencia es absurda surge no sólo de considerar la etapa procesal en que corresponde dictar dicha providencia, sino del texto expreso del artículo 19 de la Constitución Nacional. Lo único que se requiere en ese estadio es que los datos que surjan de la averiguación previa hagan "probable" la responsabilidad del acusado. El texto dice que **además** de la prueba del cuerpo del delito es preciso que se acredite que el imputado **pueda**, en medida razonable, ser responsable.

Es evidente que si la utilidad del concepto "tipo-garantía" es ciertamente dudosa en la dogmática penal, carece de toda virtualidad para una correcta interpretación del texto constitucional que comentamos.

VII

1 De cuanto llevamos dicho surgen las siguientes consecuencias: a) Definir el cuerpo del delito a partir del concepto de tipo no resuelve el problema, desde que esta expresión es utilizada en más de un sentido; b) No es razonable transferir al ámbito procesal el concepto de tipo que se estima preferible: lo correcto es utilizar aquel que resulte más operativo, teniendo en cuenta la etapa del procedimiento penal de que se trata; c) El concepto de "tipo-garantía" es el primero que debe descartarse.

2 Es preciso no olvidar los límites propios de un auto de formal prisión, cuyos efectos son provisorios y constituyen base del proceso penal.³⁶ Se trata de una resolución cuyo sustento debe ser suficiente para justificar una detención por más de tres días, pero de la que en modo alguno deben surgir pautas definitivas de responsabilidad penal.³⁷

Se trata de un auto que corresponde a la etapa instructoria y que es consecuencia de que el órgano jurisdiccional tiene acreditados ciertos elementos de un delito pero no de todos.

³⁶ Cfr. Labardini Méndez, "La acción penal y el auto de formal prisión", *Revista Mexicana de Derecho Penal*, núm. 1, 1977, p. 64.

³⁷ La institución es análoga al "Auto de procesamiento" del sistema procesal español, y al "auto de prisión preventiva" del Código de Procedimientos Penales de Argentina.

Nos dice la doctrina dominante³⁸ que se requiere que esté acreditado el tipo, pero es que este concepto cambia según el autor que se lee, o el sentido con que se usa la expresión.

3. En principio, es ajeno a la instrucción de un proceso penal todo aspecto valorativo referido a las teorías de la antijuricidad y la culpabilidad. Siguiendo la doctrina de la acción causal y con referencia a la función del juez de instrucción³⁹ decía Jiménez de Asúa que debe:

limitarse por un lado, a probar la existencia del tipo, como carácter descriptivo, y a recoger, con escrupulosa imparcialidad, todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho, y sobre la participación personal, dolosa o culposa, del procesado, absteniéndose de valorar la primera, salvo en lo que toca a los elementos normativos y subjetivos de lo injusto incluso en ciertos tipos legales, no pudiendo entrar en la segunda, que requiere un juicio de culpabilidad.⁴⁰

Las objeciones a esta concepción, planteadas a propósito de los casos en que existen pruebas irrefutables de la existencia de justificación o inculpabilidad, carecen de toda aplicación en México. El auto de formal prisión no debe ser dictado en esos casos, pese a estar probado el cuerpo del delito, pues la responsabilidad del acusado no sólo dista de ser presunta, sino que está descartada.

4 La innovación sistemática introducida por el finalismo con el consiguiente desplazamiento del dolo al ámbito del tipo⁴¹ siendo correcta⁴²

³⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, *op. cit.*, t. III, p. 806; Colín Sánchez, *op. cit.*, p. 270; Jiménez Huerta *op. cit.*, p. 201; Rivera Silva, *op. cit.*, p. 149; García Ramírez, *op. cit.*, p. 350.

³⁹ La circunstancia de que se aluda a una institución ajena al sistema procesal vigente en México como son los jueces de instrucción no mediatiza la afirmación del texto. De todos modos el proceso penal mexicano presenta a esos fines, fases análogas, ubicándose el auto de formal prisión en la etapa instructoria.

⁴⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, *op. cit.*, t. III, p. 805.

⁴¹ Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 93; asimismo *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la teoría de la acción finalista*; trad. por Cerezo Mir, Barcelona, 1964; Maurach, *op. cit.*, t. I, p. 286; Bacigalupo, *Lineamientos...*, cit., p. 34; Stratenwerth, "El problema de la naturaleza de las cosas en la teoría jurídica"; trad. por Cerezo Mir, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. VIII, núm. 19, 1964; Rodríguez Muñoz, "Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. II, 1953; y *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, 1953; Córdoba Roda. *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963.

⁴² Son consecuencia de dicho reordenamiento sistemático, entre otros, la reformulación de la fundamentación de la objetividad del injusto y la de la teoría del error. Cfr. Right, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

no es la más apropiada aquí. Obliga en todos los casos a que la prueba del dolo surja del auto de formal prisión.

Ello supondría un cierto prejuzgamiento que no se produciría en una de las etapas previas del proceso, cuando el juez no tiene siquiera agotada la investigación, y lo que es aún más trascendente, cuando no ha habido adecuado ejercicio del derecho de defensa. Cabe agregar que en esa etapa, la prueba del dolo ni es necesaria ni es sencilla, pues presentará frecuentemente dificultades insalvables.

5 Es evidente que el tipo descriptivo elaborado por Beling (tipo del error en la terminología más moderna) es el que mejor se adecua a las necesidades procesales que comentamos. Dentro de un esquema finalista, el cuerpo del delito sería el tipo objetivo, es decir la descripción de la acción prohibida.

Si el tipo concreto no tiene más que elementos descriptivos, el cuerpo del delito debe limitarse a ellos. Los elementos normativos y subjetivos sólo serán necesarios en la medida que de ellos dependa la identificación del delito por el que se dicta el auto de forma prisión.

Entre los elementos de forma⁴³ del auto de formal prisión se requiere la mención del delito que se imputa al acusado, por lo que de no probarse el ánimo del autor, será imposible distinguir un atentado al pudor de una tentativa de violación.

Pero de allí no surge, como sostiene la doctrina dominante y el propio Jiménez de Asúa, que **siempre** que el tipo esté integrado por elementos subjetivos o normativos, éstos deben acreditarse a los fines del cuerpo del delito. Ello **sólo** es necesario cuando de no probarse tal circunstancia, se derive incertidumbre sobre la calificación del hecho imputado.

VIII

El sistema que proponemos, consistente en reducir la prueba del cuerpo del delito a los elementos materiales, con la sola excepción de los casos en que de la existencia de un elemento subjetivo o normativo cambie la calificación del hecho recogido en el auto de formal prisión, es el que nos parece más compatible con los ordenamientos procesales vigentes.

1 El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que el cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos **materiales** de la infracción. Existen previsiones especiales

⁴³ Cfr. Labardini Méndez, *op. cit.*, p. 65.

respecto del homicidio (artículos 105 y siguientes); lesiones (artículos 109 y siguientes); aborto a infanticidio (artículo 112); envenenamiento (artículo 113); robo (artículo 114 y siguientes); fraude, abuso de confianza y peculado (artículo 116), robo impropio (artículo 117), incendio (artículo 118), falsedad (artículo 119 y siguientes).

En ninguno de esos casos se encuentra disposición alguna que aluda a elementos normativos o subjetivos. En el robo por ejemplo, el artículo 114 exige datos para precisar si se trata de la realización del tipo básico o si existen elementos que lo califican. La fracción I del artículo 115 limita la prueba a la acción de apoderarse y a si la misma recayó sobre una cosa mueble y ajena, "sin requerir prueba alguna de si el apoderamiento ha sido realizado sin derecho y sin consentimiento de quien puede disponer de ella con arreglo a la ley. Es evidente que de mediar prueba de que existió derecho del acusado, debe descartarse la presunta responsabilidad.

2 El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales dice que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado, cuando esté justificada la existencia de los elementos **materiales** que constituyan el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo en los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

Tampoco aquí surge referencia alguna a elementos normativos o subjetivos, cuando este Código se ocupa de las lesiones externas (artículo 169), internas (artículo 170); homicidio (artículo 171 y 172); aborto e infanticidio (artículo 173); robo (artículo 174 y 175); del tipo del artículo 36B fracción II del Código Penal (artículo 176); peculado, abuso de confianza y fraude (artículo 177); posesión de drogas (artículo 178) y ataque a las vías de comunicación (artículo 179).

3 La jurisprudencia ha interpretado extensivamente estos textos, exigiendo en todos los casos, la prueba de los elementos subjetivos y normativos del tipo, aun cuando de ello no dependa un cambio de calificación. Ello no es lo que surge del texto de la ley y tiene la desventaja de suponer una suerte de prejuzgamiento, pero es perfectamente comprensible especialmente cuando el auto de formal prisión supondrá encarcelamiento durante la secuela del juicio.

El riesgo de decretar apresuradamente una prisión preventiva no excarcelable, obliga a los jueces y al propio Ministerio Público a extremar la cautela, exigiendo mayores elementos del tipo, que los "materiales" a que aluden los textos indicados.

" Es cierto que la calidad de "ajena" de la cosa debe ser considerada un elemento normativo del tipo, pero sólo requiere una simple valoración y no preanuncia la antijuricidad. *Cfr.* Jiménez de Asúa, *op. cit.*, t. III, pp. 779-780.

Esta corriente jurisprudencial debe mantenerse mientras no exista una reformulación de los procedimientos penales. Existe en la actualidad un uso demasiado frecuente del encarcelamiento preventivo durante el proceso, lo que sumado a su excesiva prolongación, no responde a pautas de humanización ni es compatible con la presunción de inocencia que debe reconocerse, hasta que se dicte una sentencia condenatoria.

Es cierto además, que el auto de formal prisión determina para el procesado una seria estigmatización, que la absolución posterior mitiga sólo parcialmente. La única solución, o en todo caso la preferible, es la que informa la corriente jurisprudencial que comentamos.

4 Pero es preciso considerar que se paga así el precio de convertir al auto de formal prisión en una decisión demasiado trascendente, y que condiciona en exceso la resolución final. En la práctica, la absolución en muchos casos quedará reducida a la existencia de pruebas de descargo aportadas a **posteriori**.

La prueba del cuerpo del delito en particular, y el auto de formal prisión en general, deben ser entendidos en su limitado alcance, y gravitar lo menos posible sobre el **resto** del proceso. Esta es la ventaja político-criminal que surge de la fórmula restringida que proponemos.

Esta reducción de los elementos necesarios para considerar integrado el cuerpo del delito no corresponde exactamente a ninguna de las nociones de tipo que la dogmática nos proporciona.⁴⁶ Pero permite postergar la decisión sobre la mayor parte de los presupuestos de la pena hasta la sentencia, fortaleciendo la protección de las garantías constitucionales, y en especial el derecho de defensa.

Claro es que para ello es necesario que el auto de formal prisión no determine perjuicios irreparables al imputado, tanto en lo que se refiera a las restricciones de derechos que es obligado a soportar, como en la estigmatización que debe sufrir.

Esteban RIGHI

⁴⁶ De todos modos, la concepción del texto es más cercana a la formulación de Beling sobre el tipo, que la sostenida por la doctrina dominante.