

A PROPÓSITO DE LA TEORÍA DEL DELITO: ¿ES AÚN NECESARIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO MEXICANO?

ON THE SUBJECT OF CRIME THEORY: IS IT STILL NECESSARY IN THE MEXICAN ACCUSATORY SYSTEM?

Jorge RIVERO EVIA*

RESUMEN: La reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia, entre otras cosas, desterró de la Carta Magna elementos referentes a la teoría del delito. Ello conduce a razonar si la práctica probatoria sustituye ahora a la teoría en el nuevo enjuiciamiento criminal mexicano y por tanto, si se necesitan aun conocimientos de dogmática penal.

Palabras clave: Teoría del delito – Causalismo – Finalismo – Funcionalismo – Título de imputación – Orden de aprehensión – Auto de vinculación a proceso – Sistema acusatorio

ABSTRACT: The constitutional amendment of 2008 in safety and justice banished from its founding document elements related to criminal theory. This leads to question if evidentiary practice now substitutes criminal theory in the new Mexican indictment process and therefore, if knowledge about penal dogma is still needed.

Keywords: Criminal theory –cause- finalism – functionalism- imputation title – arrest warrant – criminal action- accusatory system

1. Introducción

La necesidad de perfeccionar las leyes penales y su aplicación es ineludible, la política criminal debe estar constantemente atenta a todo aquello que garantice una mejor convivencia social, sin detrimento de los derechos humanos. Esta labor es en extremo

* Doctor en derecho por la Universidad Anáhuac Mayab, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [http://anahuacmayab.mx/injure], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

ardua, tortuosa y difícil; constituye aun una asignatura pendiente en el derecho penal mexicano la correcta definición de los elementos que conforman el título de imputación.¹

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) ha incluido expresamente, en los artículos 14 y 16 cuestiones atinentes a la teoría del delito, como baremos de imputación procesal penal, perfilándose en un momento dado hacia la "Teoría final de la acción" (elementos del tipo) o hacia la "Teoría causalista" (cuerpo del delito). Asimismo, la gran reforma en materia de seguridad y justicia penal de 2008, prescindió de tales referencias a una teoría en específico. Por su parte, las técnicas de litigación oral sugieren el planteamiento de la denominada "Teoría del caso", consistente en la exposición que cada una de las partes verifica frente al juzgador, respecto de su correspondiente versión de los hechos y con base en los datos que cada una de ellas aporte al proceso.

Ello permite plantear como problema central si la denominada teoría del delito o dogmática penal ha quedado a un lado del enjuiciamiento criminal mexicano y si ha sido sustituida por una mera práctica argumentativa (oral) llamada teoría del caso. Así, nos preguntamos si: ¿podemos prescindir de la teoría del delito? ¿Carece de aplicación práctica la teoría del delito? ¿Es válido, con el afán de reducir estándares de imputación, sustituir lo teórico por lo práctico?

2. Concepto y Evolución de la Teoría del Delito

El análisis de las ciencias penales nos permite entrever la serie de materias que conforman su contenido, algunas con un carácter eminentemente dogmático y otras puramente técnicas, pero al referir su ámbito es preciso ubicar a la parte de la ciencia encargada de efectuar la tarea del análisis y sistematización de los elementos que la abarcan, siendo la teoría la encargada de aportar las explicaciones respectivas.²

La teoría del delito se ocupa de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de una acción. Se incluyen ahí no solo los delitos propiamente dichos, sino todas las acciones punibles. Si se habla de los presupuestos de la punibilidad, se piensa primero, de manera natural, en la parte especial del derecho penal, donde se hallan regulados los distintos tipos penales, como homicidio, robo, daño en propiedad ajena, fraude, etc. Sin embargo, la teoría

¹ Por "Título de imputación", entendemos el conjunto de circunstancias que exige la normatividad para que una persona sea sometida a un proceso penal. Es un status que gradualmente (conforme avanza el enjuiciamiento) asciende en cuanto a la exigencia probatoria: elementos de la investigación- datos de prueba-medios de prueba-prueba.

² Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, Serie G: Estudios doctrinales, núm. 192, 1998, p. 11.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que *son comunes a todos los hechos punibles*. Se trata, particularmente, de las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que se dividen a su vez en numerosos subconceptos, como elementos objetivos y subjetivos del tipo, presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, y elementos positivos y negativos de la culpabilidad.

Interesa entonces la cuestión acerca de en qué condiciones un hecho puede ser imputado al autor a nivel del correspondiente delito.³

Es decir, resulta conveniente referir los presupuestos de punibilidad, circunstancia que nos remite a un análisis sistemático de la ley penal, pues solo estas leyes pueden establecer los delitos y sus correspondientes penas.

La teoría del delito es muy moderada en tanto a los elementos que integran el delito, pues su análisis se centra en los hechos punibles *lato sensu*. Así, la dogmática penal identifica como componentes del delito a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. O sea, la teoría general del delito debe deducirse en la ley, o al menos, ser compatible con ella. Jescheck, refiriéndose al derecho alemán, comenta que:

(...) antes, los elementos de la estructura del delito solo fragmentariamente podían ser extraídos de la Parte General del derecho penal. Por el contrario, la nueva Parte General permite reconocer mucho más claramente la estructura del concepto del delito que le sirve de base. Así, los elementos "hecho", "hecho antijurídico" y "hecho punible", en relación con las descripciones delictivas de la Parte Especial, muestra que el objeto de la relación jurídico penal es el hecho individualizado y no la vida parasitaria o asocial del autor (...).⁴

La proyección de la teoría del delito sobre el derecho penal, específicamente sobre la ley penal, no es ni ha sido siempre la misma, pues en el transcurrir del desarrollo histórico de la sociedad, las reformas legales han incorporado nuevos conceptos surgidos a la luz de nuevas teorías.

Estas nuevas ideas, -anquilosadas en algunos casos- han trazado un gran número de direcciones teóricas en la dogmática jurídico penal, por esta razón, existen serias contradicciones y, a su vez, una confusión respecto de la definición más adecuada para

³ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*, 4a. ed., Granada, Comares, 1993, p. 175.

⁴ *Ibidem*, p. 177.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [http://anahuacmayab.mx/injure], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

conceptos de categorías fundamentales de la teoría del delito, por lo que resulta difícil en ocasiones comprender los conceptos en toda su extensión, si no son tomadas en cuenta las direcciones doctrinales de las cuales proceden.

Los diferentes momentos por los que ha atravesado la teoría del delito a nivel universal, son el producto de más de 150 años de discusión y elaboración de conceptos basados en la reflexión jurídica. La influencia europea que existió en la época colonial de los países latinoamericanos provocó, entre otras cosas, la asimilación de dichas teorías en nuestro continente, no obstante que llegaban con un retardo de al menos dos o tres décadas.⁵

Para los fines del presente trabajo, se toman en cuenta tres sistemas: el Causalista, el Finalista y el Funcionalista, con la aclaración de que la intención de este breve ensayo, no es desarrollar de manera profunda las ideas que dieron pie a esas corrientes doctrinales, pues esa tarea se la reservamos a tratados específicos de la Teoría del Delito.

2.1. El Sistema Causalista

El sistema jurídico penal llamado "Causalista", nació a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoyó en el concepto de "acción", como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito.⁶

Liszt recogió las ideas de la escuela Clásica y la Positivista y aplicando el método naturalístico, en boga a finales del siglo XIX, emprendió el estudio del Código Penal Alemán de 1871, para desprender de dicho cuerpo legislativo la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, que no es otra cosa más que el conocimiento del delito, a través del dogma, que es la ley.

Para el código punitivo germánico de 1871, el delito es la acción sancionada por las leyes penales. De esta definición legal y de las demás disposiciones de esa ley, Von Liszt realizó un análisis sistemático del derecho penal y del delito, y partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o la acción humana; por ende, su teoría fue denominada "Causalista", que comprende a toda la doctrina que acepta como punto de arranque de la teoría del delito, la explicación naturalística del acto o la acción.⁷

Para este sistema, la explicación del acto o acción humana, se fundamenta en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un

⁵ Plascencia Villanueva, Raúl, *Op. cit.*, p. 35

⁶ Véase: Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Valetta Ediciones, 2007.

⁷ Plascencia Villanueva, Raúl, *Op. cit.*, p. 10 y 11.

proceso, que origina un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación.

El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto.

Sobre la denominación que debe recibir la "acción" como elemento del delito, se han utilizado conceptos como acto, conducta, hecho, acontecimiento, etc. En lo atinente a la naturaleza del acto o acción, se plantea la discusión de la imposibilidad de unificar los conceptos de acción y de omisión en uno solo que los abarque. Otro punto de debate ha sido el que considera al acto o acción dependiente de la imputabilidad; otros lo refieren al injusto. A la par, surge la discusión a que el acto o acción es "acromático", frente a quienes otorgan a la acción un valor "cromático" o finalista.⁸

En general, puede decirse, siguiendo el pensamiento más avanzado del sistema Causalista, que la "omisión" se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal "esperado" que debía de producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (en la acción la norma es prohibitiva).

Todavía resulta más controversial el concepto de la comisión por omisión donde se afirma que se produce un resultado material a través de una omisión, de ahí que en este supuesto se violen tanto una norma imperativa como una prohibitiva.

En la teoría Causalista en el estudio del acto o acción, lo que interesa es la fase externa; la interna corresponde a otro nivel, es decir, a la culpabilidad donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo. En esa virtud, surge la figura del "cuerpo del delito", entendido como el conjunto de elementos externos de la conducta que reflejan la existencia de un hecho. De esta suerte la acción es un factor de orden naturalístico desencadenante de un resultado material; es simple y sencillamente, un proceso causal.⁹

Es Vives Antón¹⁰ –según el punto de vista de quien escribe estas líneas- quien mejor explica el concepto naturalístico de acción, que permite vincularlo a la idea del cuerpo del delito:

(...) si el delito es básicamente acción a la que se sobreañaden tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, parece claro que la acción ha de ser el género común

⁸ Es decir, con independencia del dolo o las calificativas del delito ("acromático", o sea, sin color); este criterio es la distinción clave que el Causalismo presenta frente al Finalismo, que se dice es "cromático", pues enfatiza en la "finalidad de esa acción" (dolosa o culposa). Véase: Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. Cit.*, p. 12

⁹ *Ibidem*, p. 11

¹⁰ Vives Antón, Tomás S, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 105.

del que quepa desgajar las diversas especies delictivas (...) Juega así el concepto de acción un papel semejante al de cuerpo: los sólidos, líquidos o gases son estados de la materia o, dicho en lenguaje ordinario, clases de cuerpos que se delimitan porque, como tales, presentan ciertas características específicas que, en todo caso, remiten a una condición material común (...).

Por otro lado, el segundo elemento del delito, dentro de la sistemática causalista, es la tipicidad, concepto cuya implementación debemos al jurista alemán Ernst Von Beling, a partir de 1906.

Este concepto parece arrancar del concepto de "cuerpo del delito", pero el mérito de Von Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo estatal.¹¹

De tal suerte la teoría del tipo y tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Esta teoría fue evolucionando, pues Von Beling la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. De esta forma Beling, propugnaba que además del respeto a la máxima *no hay pena sin ley*, debía consagrarse el principio *no hay delito sin tipicidad*, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuera típica; pero tal encuadramiento debería ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero puede darse el caso de que no sea antijurídica.¹²

El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad¹³, que excede el marco de la tipicidad; más aún, si tal

¹¹ (...) *El concepto de tipo fue heredado del corpus delicti, de ahí que el corpus delicti se convirtiera en tadb Bestand. La palabra tadb Bestand por primera vez apareció en el Código Penal Alemán de 1871 (...). Véase: Quintino Zepeda, Rubén, La Ciencia Penal a través de sus autores, México, Flores Editores, 2009, p. 29.*

¹² Con el siguiente ejemplo ilustra lo anterior Muñoz Conde: (...) *Del hecho de que A haya matado a B o haya dañado una cosa ajena de C, no se desprende sin más, que el comportamiento de A sea antijurídico. Ciertamente A puede haber realizado un tipo de homicidio o de daños, pero su hecho puede estar justificado, es decir, no ser antijurídico, por la concurrencia de alguna causa de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, etc. (...).* Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989., p. 49.

¹³ Por antijuridicidad debemos entender el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.

conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto corresponde a la culpabilidad.¹⁴

De esta manera se dice que tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora. Igualmente la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, pues en la tipicidad del acto no se hace referencia al dolo o a la culpa, especies de la culpabilidad, según la teoría Causalista, que constituyen el punto de diferencia con la corriente Finalista, que sitúa a la culpa en el tipo.

En ello redundan, otro de los temas más trascendentales para la teoría del tipo y que incide en forma capital en las concepciones causalistas y finalistas de la teoría del delito, esto es, los llamados elementos subjetivos del injusto.

El tipo se conforma por elementos objetivos, pero en ocasiones, en forma expresa, involucra elementos subjetivos, como cuando hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, cuando por ejemplo el tipo dice: *...al que con ánimo; ...al que con el propósito; ...al que engañando; etc.* También puede suceder que el tipo haga alusión a elementos normativos, llamados así porque el tipo consigna elementos que entrañan valores, sean jurídicos o culturales, como cuando señala: *al que sin derecho;... cosa ajena;... mala fama.*¹⁵

La existencia de los elementos subjetivos y normativos además de los objetivos, primeramente considerados, llevó a la clasificación de los tipos en normales y anormales, siendo normales aquellos que solo que contenían elementos objetivos y, anormales, los que consignaban elementos subjetivos o normativos, o ambos.

El debate sobre los elementos subjetivos del injusto parece ser aun a la fecha, terreno de múltiples discusiones y matices, de ahí que nuestro derecho penal tiende a la confusión no solo de estos elementos, sino de cuestiones acerca de la identificación del llamado "cuerpo del delito" y de los "elementos del tipo penal", problemática que como hemos visto, surge desde la concepción de la tipicidad como elemento del delito.

Por su parte como la corriente de la acción Finalista, ubicó dentro de su sistema el dolo y la culpa en el del terreno de la teoría del tipo y no de la culpabilidad, es lógico que

¹⁴ No existe en la doctrina una *communis opinio*, pues son muy diversas las concepciones acerca de la noción y límites de la culpabilidad. La concepción que ha dominado durante siglos y que aún cuenta con numerosos seguidores es la llamada "psicológica" o "naturalista", Esta se basa en un vínculo de carácter subjetivo que une el hecho con su autor en los límites respectivos del dolo o de la culpa. Véase: Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, México, Porrúa, 2000, pp.4-5.

¹⁵ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. Cit.*, p. 21

los llamados elementos subjetivos del injusto se examinaron de modo muy distinto del que lo hacían los Causalistas.¹⁶

2.2 El Sistema Finalista

Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada "teoría de la acción Finalista" que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática "Causalista".¹⁷

A partir de la década de 1930, aparecen publicados los trabajos de Welzel, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que esta es una conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad; no como explica la teoría Causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea el fin. De esta diversa concepción se van a generar múltiples consecuencias que conforman la teoría finalista de la acción.

El fundador del Finalismo explica que detrás de cada prohibición o mandato se hallan los elementales deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena debe dirigirse solo a la protección de los básicos deberes ético-sociales, como la vida, la libertad, el honor, etc. (principio de exclusividad de los medios punitivos específicos), pues extender la punición a conductas que no revistan gravedad de lesión a elementales deberes, degenera en un Estado represivo.¹⁸

La teoría Finalista de la acción, maneja los conceptos ya expuestos por la teoría Causalista, es decir, acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero tales conceptos son empleados con un esquema distinto, constituyendo un sistema que busca la solución técnica y práctica a cuestiones que la teoría Causalista no resolvía satisfactoriamente.

El punto de partida de la teoría Finalista de la acción, es como su nombre lo indica, una concepción distinta de la acción de la que maneja la teoría Causalista.

Esa nueva teoría, hizo del concepto de la acción (finalísticamente entendida), la base de la estructura del delito. Según ello, el actuar humano pertenece a una categoría del ser totalmente distinta a cualquier otro proceso causal. Es "ejercicio de la actividad final". Con la ayuda de su saber causal, el hombre puede, dentro de ciertos límites, dominar el acaecer y dirigir conforme a un plan su actuación para alcanzar una meta. La dirección final

¹⁶ *Ibidem*, p. 23

¹⁷ Quintino Zepeda, Rubén, *Op., cit.*, pp. 64-65.

¹⁸ Véase: Welzel, Hans, *Estudios de derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2002.

de la acción se realiza en la anticipación mental de la meta, en la elección de los medios instrumentales precisos y en la ejecución de la acción en el mundo real.¹⁹

Se asevera que la teoría Causalista redujo el concepto de acción a un proceso causal; prescindiendo por completo de la vertiente de la finalidad. Con ello desconoció la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales (pues en este caso no se podrían diferenciar los fenómenos de la naturaleza), sino procesos causales dirigidos a un fin. O sea, al Causalismo si bien le importa que el individuo haya actuado voluntariamente, no le es relevante lo que el sujeto haya querido (el contenido de su voluntad).²⁰ Y no es que el Causalismo desconociera esa afirmación del Finalismo (que toda conducta se encuentra dirigida a fines), sino que en el concepto de acción, tales fines no debían ser considerados, por estimar que pertenecían a diverso elemento del delito (la culpabilidad).

Acorde con el principio de acción de la teoría Causalista, tenemos que la *acción es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de este movimiento) que produce un resultado o cambio en el mundo exterior*. Es pues, un proceso causal, donde la "acción" es la causa del resultado, ya que como proceso causal, naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal entre la "acción" y su "resultado".

Ahora bien, para la teoría Finalista de la acción, *la acción humana es el ejercicio de una actividad finalista*. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de diversa índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de sus objetivos. Por eso, se afirma la finalidad es "vidente" y que la causalidad es "ciega".

En efecto, el legislador cuando describe una conducta de tipo penal (por ejemplo: "quien priva a otro de la vida"), no describe un simple proceso causal (también un rayo puede causar la muerte de una persona), sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.²¹

Para la teoría Finalista, la acción pasa por dos fases, una interna y una externa. En la interna, el autor se propone anticipadamente la realización de un fin. Por ejemplo: realizar

¹⁹ Jescheck, Hans Heinrich, *Op. Cit.*, p. 191.

²⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Op. Cit.*, p. 26.

²¹ *Ibidem*, p. 27.

un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren, avión). Esta selección solo puede hacerse a partir del fin. Es decir, solo cuando el autor está seguro de *qué es lo que quiere*, puede plantearse el problema de *cómo lo quiere*. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone (si, por ejemplo, elige el coche como medio de viaje y este es largo, sabe que tiene que parar para dormir, cuenta con una avería, etc.). La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita, como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.²²

En la fase externa, se presentan: a) la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal; b) el resultado previsto y el o los resultados concomitantes; y c) el nexo causal.

Es decir, una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

Una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr este, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa.

El sujeto en la teoría Finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y esta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría Causalista.

De esa manera, como indica Roxin²³, el sujeto que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenidad de las cosas o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente, en el sentido jurídico penal ya no actúa en absoluto.

Dicho en pocas palabras, en la teoría de la acción final, encontramos que el dolo y la culpa se van a ubicar, ya no en el ámbito de la culpabilidad, sino en el de la acción típica. Es decir, dejarán de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría Causalista, para constituir ahora el fin de la acción.

²² Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. Cit.*, p. 89

²³ *Ibidem*, p. 92

Cabe hacer mención especial de que la sistemática Finalista concibe a la omisión dentro del concepto de conducta humana, es decir, el concepto de acción envuelve al de omisión.

De esta manera, el Finalismo coincide en parte con el pensamiento de Von Liszt, en cuanto a que puede concebirse una conducta genérica dentro de la cual caben como subclases el hacer y el omitir (tratándose de hechos dolosos), en cuanto ambos importan compartimentos dominados por una voluntad, pero difieren en que el Finalismo señala que acción u omisión son dirigidos a un fin determinado.

Si la acción (y omisión) para que sean típicos, deben tener una finalidad, entonces, se matizan de dolo o culpa, según que la conducta se dirija a la obtención voluntaria del fin, o bien que esa voluntad del sujeto debió prever, dentro de los límites exigibles, el carácter dañoso de su omisión.

En este preciso punto, el Finalismo difiere radicalmente del sistema Causalista pues la acción (u omisión) va a dejar de ser "objetiva" y pasa a ser un concepto objetivo y subjetivo al propio tiempo. Se dice objetivo en cuanto que la voluntad se manifiesta como un movimiento corporal, o como su ausencia (acción u omisión), y subjetivo dado que la voluntad la va a dirigir en forma dolosa o culposa.

El esquema Causalista atinente a que todo lo objetivo se refiere a la acción y a la antijuridicidad, y lo subjetivo a la culpabilidad, es desechado por la teoría Finalista, por reñir con la realidad, por mostrarse incapaz, por aferrarse a esa situación de irrealidad, que le impide resolver los problemas teóricos y prácticos que esa dualidad plantea.²⁴

En el apartado anterior, se refirió a Von Beling, como quien concibió la teoría del tipo y la tipicidad que viene a ser un valioso instrumento por consagrar el principio *nullum crimen sine lege*. Sin embargo, la función descriptiva que aquel autor asignaba al tipo, pero sobre todo su carácter objetivo, defendida por el Causalismo, no es aceptada por el sistema Finalista.

Esto es en virtud de que la teoría Causalista se aferró a que el tipo queda ubicado como fase objetiva del delito, al igual que la acción; en este orden de ideas, se encontró esta teoría con el problema de los llamados elementos subjetivos y normativos del tipo.

Con el transcurso del tiempo se puso en evidencia que el tipo no solo contempla elementos objetivos; en efecto, si examinamos el tipo de homicidio²⁵, encontraremos que

²⁴ *Ibidem*, p. 95

²⁵ El artículo 368 del Código Penal del Estado de Yucatán dispone: (...) *Comete el delito de homicidio quien sin derecho priva a otro de la vida (...)*.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

en este delito, además del elemento objetivo "privación de la vida", se incluye que esta sea "sin derecho", siendo un elemento normativo.

El elemento "sin derecho" no es objetivo, ya que para serlo tendrá que ser percibido por los sentidos y tal elemento tiene connotaciones normativas no susceptibles de ser captadas por esos medios, y de ahí fue como nacieron los elementos subjetivos y normativos, quiebre fundamental de la teoría Causalista, pues se rompió el esquema de que la acción, la tipicidad y la antijuridicidad eran la fase objetiva del delito, y la culpabilidad, la subjetiva.

Es decir, para el Finalismo, el tipo está compuesto no solo de elementos objetivos, sino también subjetivos y normativos, ampliando en la esfera de la teoría del delito los conceptos que el Causalismo había desarrollado.

2.3. El Sistema Funcionalista

El derecho y sus instituciones, en particular el derecho penal y los organismos de procuración y administración de justicia, así como el aparato de seguridad pública, son funciones que responden a las exigencias de la estructura social.

Con frecuencia, podemos constatar que en nuestro campo de estudio (el derecho penal) se habla de crisis, de reformas, de nuevos modelos, es decir, del planteamiento de sistemas funcionales.

Generalmente los estudiosos de la materia punitiva no se proponen el cambio de la estructura social, se ocupan de la problemática de la función de las instituciones de procuración y administración de justicia, destacándose las reformas jurídico penales que permitan enfrentar con más eficacia al fenómeno de la criminalidad; así, se proponen cambios en la legislación penal, pero sin una visión clara de la función que deben desempeñar, no existe percepción precisa del cometido que deban llevar a cabo; por ejemplo, se piensa en combatir la delincuencia simplemente con elevar las penas a las conductas típicas, suponiendo que ello bastará para desalentar los hechos delictivos, sin atender las raíces del problema. En México se piensa que basta cambiar la ley para cambiar la realidad, abundan los ejemplos y para muestra las múltiples reformas constitucionales que a su vez, recalcan en una pléyade de adición normativa secundaria, en todas las ramas del derecho.

En el campo del derecho penal, en particular en la teoría del delito, ha surgido una sistemática denominada Funcionalista, que es una de sus principales corrientes, misma que se ocupa de la función que la política criminal debe tener en el campo del derecho punitivo.

En palabras de Friedrich Nietzsche²⁶ "por regla general, el valor o el no valor de un precepto se demuestra por el hecho de que se consiga o no se consiga el resultado propuesto, siempre y cuando se siga aquel escrupulosamente".

Jeschek y Schüler-Springorum²⁷ ven a la política criminal como una disciplina que se ocupa y preocupa de la criminalidad, del derecho penal, de las normas y de los valores.

Es decir, que el precepto o conjunto de preceptos (leyes) solo tienen valor si se consiguen las finalidades trazadas en un principio, y es mediante la política criminal como se podrá llegar a la consecución de la meta del derecho penal: la seguridad y la paz de las personas.

El Funcionalismo se puede decir que surge en 1970 con las ideas del penalista germano Claus Roxin,²⁸ quien consideró que la explicación de la llamada "teoría Finalista de la acción", si bien superaba a la explicación del sistema Causalista, tampoco era del todo satisfactoria, principalmente por que no resolvía la *función* que debía desempeñar la política criminal en el campo del derecho penal, en especial en la teoría del delito. Su teoría se caracteriza por tres aspectos:²⁹

- a) La vinculación de la dogmática penal a ciertos fines político-criminales de carácter preventivo;
- b) La responsabilidad penal entendida como la suma de la reprochabilidad, más el merecimiento y la necesidad de pena; y
- c) La teoría de la imputación objetiva como un elemento regulador del nexo causal.

Así, la imputación objetiva de un resultado presupone positivamente dos puntos: la creación de un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido y la realización de ese peligro en el hecho concreto causante del resultado.

Dicho de otro modo, para esta inclinación doctrinal, se requiere en primer lugar, que el autor haya creado un riesgo para el bien jurídico protegido (vida, libertad, propiedad, etc.), es decir, justamente con la violación de las normas penales que tienen por objeto la tutela ese valor.

²⁶ Nietzsche, Friedrich, Aurora, Biblioteca conmemorativa Nietzsche, Aurora, El Anticristo, Edición Editorial Libsa, Madrid, 2000; Coedición Edivisión, Compañía Editorial S.A., México 2000, pág. 26

²⁷ Beristáin Ipiña, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 554-555.

²⁸ Véase: Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General, t. I: Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1999.

²⁹ Quintino Zepeda, Rubén, *Op. Cit.*, p. 175.

En un segundo nivel, debe añadirse que precisamente el riesgo jurídicamente desaprobado, creado por el autor es el que se realiza en la producción concreta del resultado.

Vale la pena citar el ejemplo de Rudolphi³⁰ "... A lesiona mortalmente a B, y sin embargo, este no muere a causa de esa herida, sino que fallece camino al hospital como consecuencia de un accidente de tráfico..."

Como se advierte, "A" creó aquí antijurídicamente el riesgo para que "B" muera (primera condición de la imputación objetiva) a causa de las heridas que aquel le proporcionó. Sin embargo, este peligro no se ha realizado en la producción del resultado concreto. Más bien, se ha hecho realidad otro riesgo de un accidente mortal que está unido con todo viaje de un vehículo. Entonces, a "A" no puede imputársele objetivamente el resultado de la muerte de "B", incluso con independencia de que "A" actuó o no con dolo.

En otro orden de ideas, para Roxin, la política criminal se encuentra muy cerca de las realidades que se presentan en el seno de la sociedad, particularmente de la criminalidad, y esta disciplina debe compaginar los hechos fácticos con la teoría del delito (que se materializa en conceptualizaciones como conducta típica, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) La Política Criminal, a su juicio, se encuentra en un punto medio entre teoría y práctica.³¹

Es decir, que la política criminal se ocupa de cómo deba conformarse el derecho penal para cumplir mejor su función de proteger a la sociedad. Se conecta con las causas del delito, se ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas por el Derecho Penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable, y examina si el derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal.³²

Para la sistemática Funcionalista es de primordial importancia determinar qué función se le va a asignar a la pena como expresión fundamental de la sanción penal.

Claus Roxin, continúa exponiendo que la teoría general del delito debe ordenar los preceptos legales y los conceptos abstractos en su indudable conexión, esto es lo que llamamos *sistema* y agrega, que se debe a Von Liszt el desarrollo de la ciencia penal con las generalizaciones conceptuales del delito y la pena, apoyadas en la legislación penal.

³⁰ Rudolphi, Hans-Joachim, *Causalidad e Imputación objetiva*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1998, p. 39.

³¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Op. Cit.*, p. 169

³² Jescheck, Hans Heinrich, *Op. Cit.*, p. 18

Sin embargo, debe superarse la idea que Von Liszt concibió de una separación entre la dogmática jurídico penal (en el sentido de la teoría del delito) como un campo separado de la política criminal.

De esta suerte, la política criminal y el sistema jurídico penal, lejos de transitar por distintos caminos lo deben hacer unidos, no se puede pensar en una teoría del delito que no tenga consecuencias jurídicas, que a su vez, deben originarse en criterios y directrices político-criminales. Característica del derecho penal es la sanción, la pena; consecuencia jurídica del delito. De ahí, que para la postura Funcionalista, la dogmática penal debe estar orientada político-criminalmente por los principios rectores de una teoría de la pena.

Así pues, como criterios de la justicia en la política criminal destacan: 1) El principio de culpabilidad; 2) El principio del Estado de Derecho y; 3) El principio de humanidad.³³

El principio de culpabilidad significa que la pena criminal únicamente puede basarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho. Del principio de culpabilidad se infiere, por un lado, que la pena presupone en todo caso culpabilidad, por lo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*³⁴) y de otro, que la pena tampoco puede superar la medida de la culpabilidad (*medición de la pena respetando el máximo de la culpabilidad*). Aquí, la esencia de la culpabilidad no radica en un defecto del carácter, adquirido culpablemente por el modo de vida que se ha llevado, sino en que el autor ha cedido a la tentación en la situación concreta y de esa forma se ha hecho culpable por su actuación (*culpabilidad por hecho*).

El principio del Estado de Derecho puede verse desde dos ópticas: la formal y la material. En cuanto a la formal, cabe decir que destacan en el derecho penal aquellos elementos del principio del Estado de Derecho que deben garantizar la seguridad pública. Puesto que el derecho penal posibilita las más graves injerencias en la esfera de la libertad de los ciudadanos, admitidas por el ordenamiento jurídico, han de tomarse precauciones especiales contra su abuso. El principio de la preferencia y la reserva de la ley se encuentran por ello, más enraizados en el derecho penal que en cualquier otra parte del derecho vigente. La vinculación del juez al contenido de la ley es asimismo más estrecha que en la restante jurisprudencia: resulta inadmisibles aplicar la ley penal, en perjuicio del acusado, a un supuesto fáctico no comprendido directamente en el sentido de la misma (la denominada prohibición de la analogía).

³³ Jescheck, Hans Heinrich, *Loc. Cit.*

³⁴ Jescheck comenta que esta idea se encuentra ya en la Ley de las XII Tablas y que pertenece, por lo tanto, a la cultura europea más antigua. *Ibidem*, p. 19

En sentido material, el principio del Estado de Derecho indica cómo ha de configurarse el contenido del derecho penal para corresponderse lo más posible con la idea del Estado justo. Ahí se encuentra, en primer plano, la salvaguarda de la dignidad humana, como norma básica de todo nuestro sistema constitucional de valores. De ello se desprende para el derecho penal, con la garantía de la libertad general de actuación, su limitación a las intervenciones necesarias para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad³⁵ (principio de mínima intervención).

Fundamento de la política criminal ha de ser, finalmente, el principio de humanidad. A su tenor, todas las relaciones humanas que surgen del derecho penal en su más amplio sentido deben ordenarse sobre la base de la solidaridad recíproca, de la responsabilidad social para con los reincidentes, de la libre disposición hacia la ayuda y la asistencia sociales, y de la decidida voluntad de recuperar a los delincuentes condenados. Jescheck³⁶, refiriéndose al derecho alemán, menciona: "*De ahí se infiere para la República Federal la abolición de la pena de muerte y de la castración de los delincuentes sexuales peligrosos, así como la supresión en el nuevo derecho de la pena de presidio (Zuchthausstrafe) y de las penas contra el honor*".

La tendencia represiva del derecho penal ha cedido el paso a la idea de la resocialización del delincuente. De esa manera, el principio de humanidad se ha convertido, sobre todo, en el pensamiento rector de la ejecución penal.³⁷

En este contexto, Roxin considera que en la teoría del delito se han propuesto varias sistemáticas, por ejemplo, las teorías clásicas de Von Liszt y Von Beling, que propusieron la separación de los elementos objetivos de los subjetivos del hecho como criterio diferenciador sistemático y entender lo injusto como el lado objetivo del hecho, la culpabilidad como el lado subjetivo; entonces aparece el dolo como una característica central de la culpabilidad. Pero también es posible igualmente, como lo sostiene la influyente teoría de la acción final, convertir el fenómeno de la acción humana como un proceso causal dirigido desde el fin, en fundamento de la teoría general del delito; entonces el dolo ya no pertenece a la culpabilidad, sino es un factor decisivo de la acción típica.

³⁵ Con frecuencia se piensa que la "dañosidad social del hecho", conectada al concepto de bien jurídico, debe configurar el límite para la intervención represiva del Estado.

³⁶ Jescheck, Hans Heinrich. *Op. Cit.*, p. 23

³⁷ Cómo haya de configurarse en cuanto a su contenido la resocialización en el Derecho Penal, resulta dudoso y la doctrina no se pone de acuerdo, incluso, se habla de un modelo "integrador". Véase: García Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 318-328

Los funcionalistas insisten en que los conceptos jurídicos de la parte general del derecho penal tienen que prever las consecuencias jurídicas de sus disposiciones, las que tienen que originarse en criterios directrices de política criminal.

3. La Orientación Sistemática-Penal en México

Nuestro país ha adoptado en el devenir histórico, con mayor o menor énfasis, a cada una de estas teorías, como se verá a continuación.

3.1. Primer Época. Causalismo (1857-1993).

Nótese que en primer lugar, la Constitución de 1857 no aludió a concepto sistemático alguno:

En efecto, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, contempló en los artículos 16 y 19 como título de imputación para detenciones, lo siguiente:³⁸

(...) Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata (sic) (...).

(...) Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley (sic) (...).

A su vez, el Código de Procedimientos Penales de 1894 (promulgado por Porfirio Díaz), en su artículo 104, indicaba:

(...) Todos los delitos que por este código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la

³⁸ Carbonell, Miguel; Cruz Barney, Óscar; Pérez Portilla, Karla (comp), *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa, 2004, p. 454.

clasificación que de ellos haga el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por este en su artículo 9º (...).³⁹

Por su parte, el artículo 9º, del Código Penal de 1871 (promulgado por Benito Juárez), establecía: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito".⁴⁰

Compartimos la idea de Colín Sánchez⁴¹ cuando sostiene que los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban al delito con el cuerpo del delito. Ahora bien, la Constitución de 1917, en la redacción original (hoy pluri-reformada) de los propios artículos 16 y 19, refirió:⁴²

(...) Artículo 16.- (...). No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas, por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los caso de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora ante la autoridad inmediata (sic). (...).

(...) Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquel; 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 (énfasis añadido). (...).

Como se observa, el concepto del cuerpo del delito se erigió como el título de imputación para justificar el auto de formal prisión en una Constitución mexicana desde 1917. Empero, el constituyente no definió qué era lo que se entendía por dicha entelequia.

³⁹ Díaz de León, Marco Antonio, *Historia del derecho penal y procesal penal mexicanos*, t I, México, Porrúa, 2005, p. 627.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 361.

⁴¹ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1997, p. 376.

⁴² Carbonell, Miguel, *et. al. Op. Cit.*, pp. 497-498.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [http://anahuacmayab.mx/injure], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

Peniche López⁴³ comenta que –en oposición a grandes juristas de esa época, como González Bustamante y Franco Sodi-, solamente en tratándose del auto de formal prisión y del dictado de la sentencia definitiva, se requería de la comprobación del cuerpo del delito, pues el estándar de la orden de aprehensión era mínimo, ya que bastaba la existencia de un hecho determinado susceptible de ser delito. Otro dato importante que destaca el propio autor, es que "... la Ley Orgánica del Artículo 103 de la Constitución de 1857, que para dictar una orden de aprehensión exigía la comprobación del cuerpo del delito, ya no puede ser aplicada por encontrarse derogada..."⁴⁴

Así, con independencia de que si esa exigencia redundaba o no en el dictado de la orden de aprehensión, es patente que al menos, desde el siglo XIX, al aludirse en la normatividad, al cuerpo del delito, hay evidencia de la tendencia Causalista en México en esa época.

Y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ante la indefinición normativa del concepto del cuerpo del delito, su jurisprudencia tuvo que acotarlo, estimando que por aquel debía entenderse "... el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo..."⁴⁵

3.2. Segunda Época. Finalismo (1993-1999).

Es hasta el 4 de septiembre de 1993, que entró en vigor el decreto que reformó los artículos 16, 19, 20 y 119 de la CPEUM, y de dichas reformas es digno de resaltar que se sustituyó la tendencia Causalista denotada, al apartarse de la noción de "cuerpo del delito", por el concepto Finalista de "elementos del tipo", ya que para librar una orden de aprehensión, o decretar un auto de formal prisión era necesario –además de otros requisitos de procedibilidad-, la existencia de datos que hicieran probable la responsabilidad del acusado y acreditaran los elementos del tipo penal.

Tipo delictivo y *corpus delicti*, son conceptos relacionados íntimamente; el primero se refiere a la conducta, considerada antijurídica por el legislador; y el segundo, a la realización del delito; en consecuencia, para que exista el cuerpo de un delito determinado, deberá contarse con el tipo delictivo correspondiente.⁴⁶

⁴³ Peniche López, Vicente, *Garantías y Amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007 (Serie: Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX -1929), p. 272.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 273.

⁴⁵ Tesis aislada de rubro: "CUERPO DEL DELITO.", *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CIII, p. 1897, registro 300352.

⁴⁶ Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 377

Aun cuando la expresión de "tipo" ha sido utilizada en sentidos muy diversos, dogmáticamente el tipo penal es, ante todo, *tipo de injusto*, esto es, delimitación de las características determinantes del injusto específico de cada figura delictiva.⁴⁷

El tipo legal se presenta, en ocasiones, como mera descripción de conducta, en otras, alude al resultado material, o bien, hace referencia a calidades determinadas en los sujetos, o a los medios de comisión, o a las modalidades de la conducta; puede hacer referencia, en fin, a estados de ánimo, finalidades de la acción, tendencias del sujeto, etc., de ahí la necesidad de clasificar los distintos elementos de que puede estar compuesto el tipo penal.

A partir de las citadas reformas a nuestra Carta Magna, los juzgadores quedaron obligados a precisar en sus resoluciones, relativas a órdenes de aprehensión, autos de formal prisión y sin duda sentencias, que se habían comprobado estos elementos del tipo penal.

Como consecuencia de lo anterior, los códigos penales y de procedimientos penales federales, cuyas reformas entraron en vigor a partir de 1º de febrero de 1994, también hacían referencia constante a los elementos del tipo penal.

El Causalismo y el Finalismo son parte de la evolución progresiva e infinita del derecho, implican manifestaciones perfectibles de la obra humana, estos sistemas ya son escalones de otros. La meta, un derecho perfecto, que no por ser inalcanzable, deja de ser faro que ilumina el camino del hombre y del penalista en particular.⁴⁸

Estas reformas constituyeron un paso adelante en la evolución de la teoría del delito en México, subiendo un escalón más hacia un derecho penal más justo, apoyado en la moderna criminología, que participe de una imagen compleja del suceso delictivo de acuerdo con el rol activo y dinámico que atribuye a los protagonistas del mismo (delincuente, víctima, comunidad) y la relevancia acusada de los muy diversos factores que convergen e interactúan en el "escenario" criminal.⁴⁹

Sin embargo, nuestro derecho regresó al punto de partida del Causalismo, como se expone en las líneas siguientes.

3.3 Tercera Época. Causalismo "afinalizado" (1999-2008).

⁴⁷ Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás S. *Derecho Penal. Parte General*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 306.

⁴⁸ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Op. Cit.*, p. 206

⁴⁹ Garcia-Pablos de Molina, Antonio, *Op. Cit.*, p. 879.

El 8 de marzo de 1999 se publicó nuevamente otra reforma a los artículos 16 y 19 de la CPEUM. La iniciativa del Ejecutivo de la Nación que culminó en esas reformas señaló en su exposición de motivos –entre otros muchos-, los siguientes:

- a) La reforma de 1993 al artículo 16 consideró teorías y escuelas de otras naciones que no corresponden al desarrollo del Derecho Penal Mexicano, al exigirse acreditar los elementos del tipo penal como uno de los requisitos para librar una orden de aprehensión.
- b) Después de 4 años de aplicarse la reforma de 1993 se ha observado que por “tecnicismos legales”, presuntos delincuentes evaden la acción de la justicia, y en 1997 de todas las averiguaciones consignadas a la autoridad judicial, solo se obsequiaron el 20% de ellas, debido al grado excesivo de “exigencia probatoria” impuesta al Ministerio Público, lo que ha provocado mayor delincuencia e impunidad.

La reforma aludida, fue objeto de análisis en consulta con grupos sociales, y al parecer se mostró rechazo por parte del foro nacional considerando que la reforma sacrificaba la seguridad jurídica del ciudadano y favorecía al aparato de procuración de justicia que había demostrado ineficiencia en la integración de las averiguaciones.⁵⁰ Es decir, la reforma suprimió en los artículos 16 y 19 el concepto de “elementos del tipo” y los sustituyó por “cuerpo del delito”. Empero, no se definió en sede constitucional, qué debía entenderse por ese concepto y ello ocasionó una confusión mayúscula, porque los códigos procesales de las entidades federativas (que en aquel tiempo aun conservaban la facultad de normar leyes de procedimiento penal) y el entonces vigente Código Federal de Procedimientos Penales no pudieron definir con concreción y unidad, qué es lo que debía entenderse por “cuerpo del delito”.

Si bien la tradición apuntaba en el sentido de que su contenido son “los elementos objetivos, externos o materiales apreciables por los sentidos” (más o menos como había entendido la SCJN) que se desprenden de la descripción típica; sucedió que las correspondientes legislaciones abarcaron un contenido más amplio.

⁵⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Op. cit., pp. 206-207.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

En efecto, veamos el siguiente cuadro comparativo entre las legislaciones procesales federal, del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) y del Estado de Yucatán (en ese entonces en vigor):

Código Federal de Procedimientos Penales	Código de Procedimientos Penales del D.F.	Código de Procedimientos en Materia Penal del Estado de Yucatán
Art. 168.-...Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera.	Art. 122.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.	Art. 255.-...Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, y se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de esos elementos por cualquier medio de prueba siempre que no sea de los prohibidos por la ley.

Como puede advertirse de este cuadro comparativo, existió cierta propensión a equiparar los conceptos del "cuerpo del delito" y "los elementos del tipo", sobre todo en la legislación del Distrito Federal que si bien no definió lo que se entendía por "cuerpo del delito", aludió a que este se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho (todos, incluidos los objetivos, subjetivos y normativos), lo cual denota la comparación aludida. En cambio, tanto en la legislación federal como en la estatal, bastaba el criterio eminentemente Causalista de comprobar los elementos objetivos o materiales, que son los mínimos y que acusan siglos de retraso intelectual.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [http://anahuacmayab.mx/injure], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

Con respecto a los elementos "normativos" que incluye en su fórmula del *corpus delicti* la ley adjetiva federal, cabe mencionar que González Quintanilla⁵¹ opina que "... el tipo se desglosa en elementos objetivos (entre los que se encuentran los normativos) y elementos subjetivos...".

Por su parte, con respecto a los "elementos normativos", Díaz y García Conlledo⁵², niega su existencia en estos términos:

(...) lo principal es que, ni estas ni otras definiciones, como las que desde la Filosofía analítica del lenguaje, distinguen entre hechos naturales y hechos institucionales o por la referencia a cualidades naturales y cualidades convencionales, satisfacen plenamente; las nuevas definiciones en realidad son reformulaciones, según creo, de la idea de la referencia a normas. Pero ninguna convence plenamente, porque en realidad no existen –o no existen apenas- elementos descriptivos o normativos puros, sino que los elementos típicos tienen componentes de ambas clases; piénsese en el tantas veces citado por la doctrina ejemplo de elemento "persona" u "otro" en el homicidio, que parece claramente descriptivo, pero sin embargo se carga de tintes normativos en tanto se plantean los límites de la vida humana (comienzo y fin), por ello, desde antiguo hay autores que propugnan incluso el abandono de la distinción (...).

De aquí se ve que no existió consenso sobre cuáles serían los elementos normativos, y ante tal circunstancia el problema se acrecentó, dado que hoy por hoy la doctrina no puede definir siquiera a los conceptos mínimos de los elementos objetivos del delito y la legislación positiva no orientó al respecto, de modo que su delimitación residió en última instancia a criterio de los tribunales federales encargados del control constitucional.

El dilema que se plantea en adoptar determinado contenido para el concepto "cuerpo del delito" radica, a nuestro modo de ver, entre la seguridad de la protección de la garantía de libertad para el individuo y la seguridad de la protección a la sociedad de las conductas que dañan o ponen en peligro bienes jurídicos. Es decir, si se opta por asignar

⁵¹ González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*, México, Porrúa, 1996, p. 275

⁵² Díaz y García Conlledo, Miguel, "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error", en Luzón Peña, Diego-Manuel y Mir Puig, Santiago (comps.), *Cuestiones actuales de la Teoría del Delito*, con motivo del seminario hispano-alemán sobre "Cuestiones básicas de la teoría del delito en la actualidad", celebrado en la Universidad de Alcalá, España, 1995, Madrid, Editorial Mc-Graw Hill, 1999, p. 65.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

al "cuerpo del delito" el tradicional contenido referido a "elementos objetivos o materiales" se pone en riesgo la garantía de libertad; si elegimos otorgar al "cuerpo del delito" la suma de los elementos objetivos, subjetivos y normativos ello redundará en mayor seguridad jurídica a quien se le impute la comisión de un delito; pero ello obligará a un mayor esfuerzo del aparato de procuración de justicia de allegarse los elementos probatorios que acrediten los elementos del tipo.

En ese sentido, la reforma constitucional de 1999, a fin de no ser retrógrada se consideró bajo la óptica de que el "nuevo" cuerpo del delito –aunque se escuche como una aseveración impropia- tuviese una perspectiva Finalista, es decir, asignándosele un contenido ampliado al referido hace más de 150 años que incluía únicamente a elementos materiales u objetivos, dado que de quedarse las cosas como se encontraban –sobre todo en nuestro Estado de Yucatán- nos veríamos frente a un estado totalitario.

También, aceptar como contenido del "cuerpo del delito" únicamente a los elementos objetivos o materiales previstos en el tipo llevaría a plantear los problemas de la tentativa, de los elementos subjetivos del tipo y del injusto, de la responsabilidad objetiva, etc., que el Finalismo ya había superado.

Por esa razón, el Poder Judicial de la Federación emitió variada jurisprudencia al respecto, llegando a la conclusión de que en México, la sistemática penal que imperaba en ese momento histórico, era ecléctica, pues si bien el ordenamiento constitucional aludía al concepto de "cuerpo del delito", la normatividad secundaria presentaba tintes finalistas.⁵³

3.4. Cuarta Época. Sistema Acusatorio (2008- fecha actual).

La CPEUM volvió a ser reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008,⁵⁴ a fin de sentar las bases de un proceso penal radicalmente diverso al que se venía practicando en la nación.

⁵³ Muestra de ello es la tesis pronunciada por el entonces, el Tercer Tribunal Colegiado del XIV Circuito, de rubro: "MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL DICTADO DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN Y DE UNA FORMAL PRISIÓN, A LA LUZ DE LA REFORMA DE TREINTA DE MARZO DE DOS MIL A LOS CÓDIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN.". Tesis aislada IV.3o.7 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p.1336, registro 186521.

⁵⁴ Conforme a los artículos transitorios respectivos, el nuevo sistema de justicia, entraría gradual y paulatinamente en vigor en el Estado Mexicano, teniendo como fecha límite el 2016 para que abarcara a todo el territorio nacional. En esos 8 años de derrotero, la gran mayoría de las Entidades Federativas emitieron sus propios códigos procesales penales y otro tipo de leyes afines. No obstante, en ese periodo que podemos llamarle de "calibración", la Federación se irrogó la facultad exclusiva de legislar en materia procesal penal. Ello dio como resultado, en 2014, la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales, que es un código único en materia adjetiva penal.

El nuevo paradigma, denominado "acusatorio" presenta notas muy peculiares que transforma el ámbito competencial de las autoridades judiciales, así como la estructura de la averiguación previa (la que desaparece como tal), del proceso (con la inclusión de jueces de control y tribunales de juicio oral) y de la ejecución de las sanciones (contando con jueces de ejecución). Asimismo, entre otras cosas destaca la nueva concepción constitucional de los componentes de dos de las resoluciones más importantes en el proceso penal que dictará el Juez de Control (diverso a la autoridad que determinará la culpabilidad, denominada Tribunal de juicio oral o de enjuiciamiento); a saber, la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso, que sustituye a la "formal prisión".⁵⁵

En su actual redacción, el párrafo tercero del artículo 16 de la CPEUM, ordena:

(...) No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (...).

Por su parte, el artículo 19 de la misma Constitución establece:

(...) Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los

⁵⁵ El auto de formal prisión en los procedimientos tradicionales y el auto de vinculación a proceso en el sistema acusatorio son de naturaleza y efectos distintos, pues el primero no tiene sentido y sustento bajo el nuevo sistema de enjuiciamiento oral, de corte garantista, en el que los imputados deberán ser considerados inocentes, hasta que se dicte sentencia firme en su contra, además, cuenta con nuevas reglas procesales, ya que para dictar un auto de vinculación a proceso únicamente se requiere que los datos (no pruebas formalizadas) que fueron recabados en la carpeta de investigación establezcan el delito que se atribuye al imputado, el lugar, tiempo y las circunstancias de ejecución, y que exista la probabilidad de que él lo cometió o participó en su comisión; incluso se sustituyó la determinación de resolver sobre la libertad del imputado, pues eso, en su caso, será motivo de una medida cautelar, la que de manera independiente deberá solicitar la autoridad investigadora de los delitos; además, el Juez solo puede decretar la prisión preventiva a petición del Ministerio Público cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado está siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso; y el Juez solo podrá decretar la prisión preventiva de oficio, en los casos contemplados en el artículo 19 Constitucional (delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como en delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, y que pongan en riesgo el libre desarrollo de la personalidad y la salud).

datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (...).

En efecto, en el tema que interesa, llama la atención la sustitución de los conceptos "cuerpo del delito" y "probable responsabilidad" por los diversos de "hecho" y "probabilidad de comisión o participación".

Se dispone en la CPEUM que los puntos cardinales tanto de la orden de aprehensión, como del auto de vinculación a proceso sean:

- El hecho en sí mismo; y
- La probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Todo ello con base en "datos".

O sea, se ha vuelto a modificar el título de la imputación, prescindiendo de elementos de la teoría del delito, y aludiendo a cuestiones fácticas.

En lo atinente a la supresión del *corpus delicti*, por el concepto de *hecho*⁵⁶, debe decirse que ello guarda congruencia con la acepción constitucional que la Primera Sala de la SCJN⁵⁷, le ha dado a la palabra delito:

(...) la palabra 'delito', en el citado precepto constitucional (el 19), no significa la clasificación jurídica que de los hechos atribuidos al procesado hace la ley, sino el conjunto de actos que integran el hecho criminoso y que, por ser perjudiciales a la sociedad, son reprimidos y castigados por la autoridad pública (...).

A su vez, el CNPP⁵⁸ desarrolla dicho nuevo título de imputación penal, en los siguientes términos:

⁵⁶ Llamémosle "hecho punible".

⁵⁷ Véase ejecutoria de: MINISTERIO PÚBLICO AL INCOAR OTRA AVERIGUACIÓN POR DELITO DIVERSO AL INCULPADO ADVERTIDO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, NO INFRINGE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL. Jurisprudencia 1a./J. 15/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, Noviembre de 1995, p. 97.

⁵⁸ El Código Nacional de Procedimientos Penales (publicado en el Diario Oficial de la Federación de 5 de marzo de 2014), obedece a la diversa reforma a la CPEUM de 8 octubre de 2013, que irrogó al Congreso de la Unión, la facultad exclusiva para legislar en materia de procedimiento penal, quedando el artículo 73, fracción XXI, de la siguiente forma: (...) *El Congreso tiene facultad para expedir: (...) c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común(...).*

a. En tratándose de la emisión del citatorio, orden de comparecencia o de aprehensión. (Artículo 141), se exige:

- Denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito.
- Elaboración por parte del Ministerio Público de una carpeta de investigación.

- Anuncio del Ministerio Público al juez de control de la existencia en esa carpeta de investigación, de datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y haya la probabilidad de que el imputado lo hubiese cometido o participado en su comisión.

- Con base en ello, el juez de control podrá emitir; 1. Citatorio al imputado para la audiencia inicial; 2. Orden de comparecencia, a través de la fuerza pública, en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna, o 3. Orden de aprehensión en contra de una persona cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela.

- En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.

b. En cuanto al auto de vinculación a proceso (Artículo 316), las exigencias serán:

- La solicitud del Ministerio Público al juez de control donde formule la imputación;⁵⁹

- Que se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;

- Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y

⁵⁹ En este sistema, cabe diferenciar dos momentos claves, y diferentes en su evolución probática y argumentativa; a saber: a. La formulación de la imputación (en la audiencia inicial, ante el juez de control, quien con base en ella y otros datos, resolverá en su caso la vinculación a proceso o su contraria); y b. La formulación de la acusación (tras la fase de investigación complementaria –que se apertura con la vinculación a proceso–, en la audiencia intermedia, también ante el juez de control).

- Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

Debe destacarse que el artículo 260 del CNPP define como "antecedente de investigación", a todo registro incorporado en la carpeta de investigación que sirve de sustento para aportar datos de prueba, y por "dato de prueba", el diverso numeral 261, entiende la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Finalmente, el Tribunal de enjuiciamiento, al momento de resolver en definitiva, podrá absolver o condenar al imputado.

Si se trata de sentencia absolutoria, determinará la causa de exclusión del delito que aparezca demostrada, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad.

El artículo 405 del CNPP refiere que son causas de atipicidad: la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible.

Como causas de justificación, el mismo numeral incluye al consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

Y como causas de inculpabilidad distingue al error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta.

Asimismo, se faculta al Tribunal de enjuiciamiento también para tomar como referencia al error de prohibición vencible como atenuante, dejando subsistente la presencia del dolo, igual como ocurre en los casos de exceso de legítima defensa e imputabilidad disminuida.

En tratándose de sentencia condenatoria, el artículo 406 indica que solamente será emitido un pronunciamiento de esa índole, cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

se trate. Al dictarse sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico. Se hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica. Finalmente, se argumentará por qué al sentenciado no se le favorece por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.

3.5 Nota marginal. El Funcionalismo en la Legislación Tabasqueña de Adolescentes.

Un aspecto del funcionalismo recaló en la legislación mexicana; a saber, la teoría de la imputación objetiva, que fue contemplada en la *Ley que establece el Sistema integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Tabasco*.⁶⁰

En efecto, el artículo 18, fracción II, de dicho cuerpo normativo, refirió como una de las causas de atipicidad, la falta de imputación objetiva del resultado típico al comportamiento del autor, en los siguientes términos:

(...) Un comportamiento lo es objetivamente imputable al autor, siempre que se pruebe que este:

- a) Creó un riesgo jurídicamente desaprobado.
- b) Que dicho riesgo jurídicamente desaprobado se concretizó en un resultado típico.
- c) Que el resultado típico pertenezca al ámbito protector de la norma de que se trate.

En este, sentido, la tipicidad del hecho se excluye cuando se prueba que el autor creó un riesgo jurídicamente permitido; o cuando se pruebe que la víctima, de

⁶⁰ Ya abrogada, toda vez que en la actualidad la CPEUM establece en el artículo 73, fracción XXI, inciso "c", como facultad exclusiva del Congreso, la de emitir normatividad en materia de justicia penal para adolescentes, para regir en la República en el orden federal y en el fuero común.

manera auto responsable, actuó a propio riesgo, de modo que se aprecie que su comportamiento estuvo fuera del ámbito protector de la norma.

El aumento de gravedad proveniente de las circunstancias particulares de la víctima no será atribuido al autor si este las desconocía al momento de su acción u omisión. Si el autor estuviese obligado a conocer las circunstancias particulares de la víctima que propiciaron el aumento de su gravedad, la imputación al autor será a título culposo...

4. Balance

Como se ha visto, a lo largo de 160 años (tomando como punto de partida 1857), nuestro país ha ido adoptando en momentos determinados teorías Causalistas, Finalistas o Funcionalistas.

Si bien, a la presente fecha, la CPEUM no se decanta por alguna de aquellas teorías, ello no significa que la dogmática penal sea inútil en el sistema acusatorio.

En efecto, se ha destacado en las líneas anteriores, que uno de los cambios más drásticos de la reforma constitucional de 2008, en virtud de la cual se incorporó el sistema acusatorio en México, fue la eliminación del concepto de "cuerpo del delito" como requisito para librar una orden de aprehensión o emitir un auto de plazo constitucional.

La reforma penal ahora exige, para que se dicten esas dos resoluciones, requisitos concernientes al proceso y al nivel probatorio exigido en cada etapa procesal.

Los criterios que desarrolla el CNPP se relacionan con la probática necesaria en cada una de esas decisiones jurisdiccionales; así como en lo atinente al dictado de una sentencia con base en un estándar de prueba que trascienda más allá de toda duda razonable. Así pues, queda claro que la intención del Constituyente Permanente, fue eliminar los criterios dogmáticos prevaletentes con la frase "cuerpo del delito" y, en su momento, "elementos del tipo penal".

El otrora diseño constitucional, centraba el debate en torno a su contenido, aludiendo a criterios derivados de la teoría del delito: ¿por cuerpo del delito se entienden los elementos objetivos? ¿Se incluyen los elementos subjetivos? ¿Qué sucede con los tipos penales que incluyen elementos subjetivos como el "ánimo de dominio en el robo"?⁶¹

⁶¹ Dondé Matute, Javier, *Crítica a la teoría del delito: Bases para su destrucción* (Artículo en línea), México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, <http://bit.ly/2kV0Npb>, Recuperado el 24 de febrero de 2017.

Es cierto cuando se asevera que la prueba y sus reglas de valoración han sustituido a la teoría del delito en la Constitución Federal y que la teoría del delito ha quedado desterrada de aquélla. No obstante preserva su relevancia.

La teoría del delito proporciona el camino lógico para la incriminación penal, que incluye la conformación de una conducta típica, antijurídica y culpable.

En la tipicidad se encuentran los elementos objetivos, entre los que se hallan los descriptivos y los normativos y, por último, los elementos subjetivos específicos o aquellos denominados como requeridos por el tipo penal.

Ahora bien, los elementos normativos involucran cierto tipo de valoración para su verificación que puede provenir de: i) un aspecto jurídico, en cuyo caso el juez debe considerar lo previsto en la ley para determinar el contenido y alcance del concepto en análisis; o, ii) un carácter cultural, en donde el juzgador habrá de remitirse a un aspecto social o cultural para determinar el contenido del elemento que se desea definir.

Así, el ejercicio de verificación, consistente en la delimitación del alcance y contenido de los elementos positivos (la suma de todos sus elementos) y negativos del delito (la existencia de alguna causa de exclusión del delito), se encuentran de la mano del derecho probatorio y de la argumentación jurídica básica, tanto al sostener la acusación y la defensa sus correspondientes teorías del caso, como cuando los órganos judiciales resuelven el dictado de sus sentencias.

Es decir, acorde con la teoría del delito que más le acomode, desde su perspectiva al Fiscal, al imputado, a la víctima o al juzgador, es que sus argumentos se expresarán en el enjuiciamiento. Por tanto, al no delimitarse constitucional o legalmente como exigencia una doctrina determinada (Causalista, Finalista o Funcionalista) el operador jurídico echará mano de aquella que le convenga a sus propios intereses, lo cual, lejos de restringir la importancia de la dogmática jurídico penal, potencia su relevancia en el actual sistema y nos obliga a todos a conocer sus contenidos.

Fuentes

Bibliográficas

BERISTÁIN IPIÑA, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

CARBONELL, Miguel, CRUZ BARNEY, Óscar; PÉREZ PORTILLA, Karla (comp), *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal. Parte General*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1997.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Historia del derecho penal y procesal penal mexicanos*, t I, México, Porrúa, 2005.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error", en Luzón Peña, Diego-Manuel y Mir Puig, Santiago (comps.), "*Cuestiones actuales de la Teoría del Delito*", con motivo del seminario hispano-alemán sobre "Cuestiones básicas de la teoría del delito en la actualidad", celebrado en la Universidad de Alcalá, España, 1995, Madrid, Editorial Mc-Graw Hill, 1999.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho penal mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*, México, Porrúa, 1996.

JESCHEK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*, 4a. ed., Granada, Comares, 1993.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

NIETZSCHE FRIEDRICH, Aurora, Biblioteca conmemorativa Nietzsche, Aurora, El Anticristo, Edición Editorial Libsa, Madrid, 2000; Coedición Edivisión, Compañía Editorial S.A., México 2000.

PENICHE LÓPEZ, Vicente, *Garantías y Amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007 (Serie: Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX -1929)

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, Serie G: Estudios doctrinales, núm. 192, 1998.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *La Ciencia Penal a través de sus autores*, México, Flores Editores, 2009.

ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, México, Porrúa, 2000.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I: *Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1999.

RIVERO EVIA, Jorge, "A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 75-107.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e Imputación objetiva*, Bogotá, Universidad del externado de Colombia, 1998.

VIVES ANTÓN, Tomás S, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Valetta Ediciones, 2007.

WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2002.

Ordenamientos legales

CPEUM (artículo 73, fracción XXI, inciso "c")

Código Penal del Estado de Yucatán (artículo 368)

Semanario Judicial de la Federación

Jurisprudencia 1a./J. 15/95, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, t. II, noviembre de 1995, p. 97, registro 200442, de rubro: "MINISTERIO PÚBLICO AL INCOAR OTRA AVERIGUACIÓN POR DELITO DIVERSO AL INCULPADO ADVERTIDO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, NO INFRINGE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL."

Tesis aislada sin número, Quinta Época, t. CIII, p. 1897, registro 300352, de rubro: "CUERPO DEL DELITO."

___IV.3o.7 P, pronunciada por el entonces, el Tercer Tribunal Colegiado del XIV Circuito, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p.1336, registro 186521, de rubro: "MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL DICTADO DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN Y DE UNA FORMAL PRISIÓN, A LA LUZ DE LA REFORMA DE TREINTA DE MARZO DE DOS MIL A LOS CÓDIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN."

Electrónicas

Dondé Matute, Javier, *Crítica a la teoría del delito: Bases para su destrucción*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, <http://bit.ly/2kV0Npb>, Recuperado el 24 de febrero de 2017.

Recepción: 16 de marzo de 2017.

Aceptación: 30 de mayo de 2017.