

Primera edición: septiembre de 2006
D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Av. José María Pino Suárez, Núm. 2
C.P. 06065, México D.F.

ISBN 970-712-607-8

Impreso en México
Printed in Mexico

La edición de esta obra estuvo al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO
DEBEN INCLUIRSE EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN**

SERIE
DECISIONES RELEVANTES
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

MÉXICO 2006

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Mariano Azuela Güitrón
Presidente

Primera Sala

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Presidente

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Juan N. Silva Meza
Ministro Sergio A. Valls Hernández

Segunda Sala

Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Presidenta
Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Ministro Juan Díaz Romero
Ministro Genaro David Góngora Pimentel
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Comité de Publicaciones y Promoción Educativa

Ministro Mariano Azuela Güitrón

Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

Comité Editorial

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Directora General de la Coordinación de
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Laura Verónica Camacho Squivias
Directora General de Difusión

Mtro. César de Jesús Molina Suárez
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez
Director de Análisis e Investigación Histórico Documental

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Dr. Diego Valadés Ríos
Director

Dr. José María Serna de la Garza
Secretario Académico

C.P. María Luisa Mendoza Tello
Secretaria Administrativa

Dr. Enrique Díaz-Aranda
Investigador

PRESENTACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máxima instancia jurisdiccional, último intérprete de la Constitución de la República, ha desempeñado un papel de suma importancia resolviendo los asuntos sometidos a su consideración, con las consecuentes repercusiones jurídicas, sociales, económicas y políticas. Sus resoluciones no sólo tienen efectos sobre las partes que intervienen en los asuntos de su conocimiento, sino además son de especial interés para la sociedad por la relevancia jurídica de estos fallos y los criterios que en ellos se sustentan.

Sin embargo, estas resoluciones no siempre son conocidas, ni los criterios que en ellas se sustentan son bien comprendidos. Esto se debe en parte al discurso altamente técnico en que las ejecutorias son formuladas y que su difusión se realiza a través de obras sumamente especializadas. Por ello, este Alto Tribunal ha decidido que los criterios más relevantes

sean difundidos a través de publicaciones redactadas en forma simple y llana.

Es así como se presenta la serie *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, integrada por diversos folletos sobre temas varios, abordados en las ejecutorias pronunciadas por este Máximo Tribunal, de interés para el público en general.

En el marco del Convenio de Colaboración General que tiene celebrado la Suprema Corte con la Universidad Nacional Autónoma de México para la organización y desarrollo de actividades conjuntas de investigación, acciones científicas y culturales de interés para las partes y del Convenio Específico de Colaboración para el Intercambio de Publicaciones suscrito por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, este último participará en la elaboración de estos folletos con los comentarios de sus investigadores.

Con esta serie de publicaciones, esperamos cumplir con el objetivo de que el público no especializado conozca el trabajo de este Máximo Tribunal.

*Comité de Publicaciones y Promoción Educativa
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

INTRODUCCIÓN

La justicia en materia penal es de vital importancia para mantener la armonía entre los miembros de la sociedad y dar seguridad a los gobernados contra quienes violentan el Estado de derecho al cometer un ilícito.

En el sistema jurídico mexicano la persecución de los delitos se ejerce exclusivamente por el Ministerio Público, quien, como representante de la sociedad, integra la averiguación previa donde se contienen los datos suficientes que permiten poner a los presuntos responsables de un delito a disposición de los órganos encargados de impartir justicia, a fin de someterlos al juicio respectivo y dictarles la sentencia que corresponda, sea absolutoria o condenatoria.

La Constitución Federal establece en su artículo 19 lo que se debe comprobar en la averiguación previa: "... el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado",

lo cual debe ser corroborado por el Juez competente al dictar el auto de formal prisión.

Sin embargo, diversos tribunales federales analizaron si este requisito constitucional exigía también que al emitirse dicho auto se examinaran las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, lo que originó que se emitieran criterios contradictorios sobre el tema en los amparos en revisión 1375/2000 y 463/2001, resueltos por el Quinto y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito, respectivamente. Lo anterior obligó a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a resolver en la contradicción de tesis 114/2001, conforme al proyecto presentado por el señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo.

En esta edición se exponen los elementos que tomó en cuenta la Primera Sala al emitir su resolución, derivados del análisis que hizo del artículo 19 constitucional y su evolución legislativa, así como del 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, y sobre los criterios normativos a que el juzgador debe apegarse al dictar el auto de formal prisión.

A esta publicación se incorporan dos breves apartados: uno sobre el auto de formal prisión y otro respecto a las modalidades o calificativas del delito, con la finalidad de que el lector se imponga sobre los temas de la sentencia que aquí se abordan.

Por último, y como es usual en los folletos de la Serie, se incorpora el comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de acuerdo con la colaboración establecida con nuestra Máxima Casa de Estudios.

I. EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

El auto de formal prisión tiene su fundamento legal en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo primer párrafo señala los elementos de forma y fondo que debe guardar, así como el plazo en el que debe dictarse:

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

...

El mismo artículo, en su tercer párrafo, exige congruencia entre el delito señalado en el auto y por el cual se le seguirá el proceso al imputado y la sentencia que se dicte al concluir éste.

...

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

...

El auto de formal prisión se prevé también en los códigos de procedimientos penales, tanto locales como en el federal; en este último forma parte de la etapa de preparación del proceso o de preinstrucción, como se menciona en su artículo 1o., fracción II:

El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I.

II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

...

Este mismo ordenamiento, así como los códigos locales distinguen entre el auto de formal prisión, que se dicta cuando el delito que se imputa al acusado se sanciona con pena privativa de libertad, y el auto de sujeción a proceso, emitido cuando la pena prevista sea alternativa o no sea privativa de libertad.

Conforme a su regulación jurídica y a la opinión de Gustavo Cosacov, el auto de formal prisión puede definirse como:

... la resolución dictada por el órgano jurisdiccional, durante el curso del proceso penal, en cuya virtud se fija la calificación legal de un hecho consignado por la acusación y se atribuye a un sujeto, previamente señalado por ésta, la responsabilidad penal correspondiente, con carácter provisional y en grado de probabilidad. Al mismo tiempo, y eventualmente, se ordena la privación de la libertad del presunto responsable a título de medida cautelar.¹

De lo anterior se infiere que la naturaleza jurídica del auto de formal prisión es ser una medida cautelar que impone la privación de la libertad a un inculcado con el fin de asegurar su presencia durante el proceso penal; su finalidad no es prejuzgar los actos y la responsabilidad del indiciado, sino asegurar que éste no se sustraiga a la acción de la justicia.

Si bien es cierto que el auto de formal prisión constituye un acto judicial *per se*, necesario para dar inicio y continuidad al proceso penal, también lo es que el auto en sí, "contiene

¹ COSACOV BELAUS, Gustavo, "Auto de formal prisión", *Diccionario Jurídico* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Porrúa, México, 1998, pp. 322-324.

el tema mismo del proceso,¹² lo cual puede observarse en sus características y consecuencias:

- Dar sentido final a la averiguación previa, al definir el delito por el que se va a iniciar la instrucción procesal al indiciado.
- Fincar la probable responsabilidad del imputado.
- Abrir el proceso sumario u ordinario y dar inicio a los plazos procesales.
- Imponer la prisión preventiva al procesado.
- Identificar administrativamente al inculcado, y conocer sobre sus anteriores ingresos a prisión, conforme a la legislación procesal correspondiente.
- Suspender los derechos ciudadanos del procesado, cuando el delito merezca pena corporal según lo previsto en la fracción II del artículo 38 constitucional.

Por otra parte, los requisitos formales del auto de formal prisión son:

- Constar por escrito.
- Proceder de una autoridad judicial.
- Estar fundado y motivado.

² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, Porrúa, México, 2004, p. 337.

II. EL DELITO Y SUS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

El delito ha sido definido como:

la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal...³

De esta definición se pueden inferir las siguientes características:

- Es una acción u omisión, por tanto, debe existir una manifestación externa de la voluntad; un hacer o un no hacer. El solo pensamiento no constituye delito.
- La acción y la omisión deben ser típicas, ello es, conformarse a una descripción de la conducta delictiva hecha

³ BUNSTER, Álvaro, "Delito", *Diccionario Jurídico* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Porrúa, México, 1998, México, p.1035.

previamente por la ley. Esta descripción es lo que se conoce como tipos penales que se encuentran generalmente expresados en la parte especial de los códigos y tienen la finalidad de individualizar las conductas punibles.

- Las acciones u omisiones típicas para constituir delito, también deben ser antijurídicas, esto es, hallarse en contradicción con el derecho y no concurrir en su realización, alguna causa de justificación, o sea que en el conjunto del ordenamiento jurídico no existan preceptos que autoricen o permitan la conducta realizada, tales como la legítima defensa o el estado de necesidad.

- Finalmente, las acciones u omisiones típicas y antijurídicas para constituir delito, deben ser culpables, es decir, deben poder reprocharse personalmente a quien las ha efectuado. Para que ese reproche tenga lugar, el sujeto a quien se dirige debe ser imputable, haberse hallado en la posibilidad de comprender el carácter ilícito de su acto y haber obrado en circunstancias que hayan hecho exigible una conducta conforme a derecho.⁴

El delito no siempre tuvo estas características. En Europa, antes del siglo XVIII, los Jueces penales gozaban de un amplísimo margen de discrecionalidad para decidir qué conductas castigar y qué sanción imponer. Esta situación se revirtió a partir de que las ideas liberales, surgidas de la Revolución Francesa, impulsaron que la práctica jurídico-penal se ajustara a una legislación previamente redactada para dar mayor seguridad jurídica al ciudadano.

⁴ *Ibidem*, p. 1035.

Dentro del afán codificador de la época se seleccionaron de entre todas las acciones consideradas hasta entonces como ilícitas, sólo algunas para ser incluidas y descritas en la ley, para las cuales se previó también una pena concreta.⁵ De esas descripciones de conductas punibles surgieron los tipos delictivos, cuyos elementos se pueden clasificar como objetivos, normativos y subjetivos.⁶

El concepto de tipo penal aparece, desde entonces, como un fenómeno complejo que cumple diversas funciones:

- a) De selección de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) De garantía, traducida en el principio *nullum crimen sine tipo*.
- c) Motivadora general, en virtud de que son exclusivamente los comportamientos previstos en el tipo penal que resulten exactamente coincidentes con éste, los que se sujetan a la consecuencia jurídica prevista en la ley.

Su denominación procede de la palabra alemana *tatbestand*, con la que se alude a un conjunto de hechos, dotándolos de una significación unitaria, aun cuando para otra parte de la doctrina sea preferible el uso del término "hecho", "encuadrabilidad", "subordinación" o "delito tipo", en lugar del vocablo "tipicidad". Para los italianos es el *fattispecie* o el *fatto*.⁷

⁵ PAVARINI, Massino, *Control y dominación*, Ed. Siglo XXI, México, 1985.

⁶ Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XVII, febrero de 2003, p. 47, tesis 1a./J. 86/2002; Registro IUS 184968.

⁷ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, "Tipo penal", *Diccionario Jurídico* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Porrúa, México, 1998. p. 3671.

Los tipos penales pueden dividirse en: básicos o simples, especiales, y complementarios. Los primeros son plenamente independientes, fundamentales; los especiales, suman a las características del tipo básico ciertas peculiaridades y, al hacerlo, dan lugar a un nuevo tipo penal; y los complementarios, en cambio, presuponen la subsistencia del tipo básico o simple al cual se incorporan ciertas circunstancias.⁸ Éstas son las denominadas calificativas, que "se dan en función del tipo y no en función del afectado por el delito".⁹

Las circunstancias modificativas del delito han sido definidas como "aquellos elementos adicionales que se contienen en los tipos penales y que según su descripción típica atenúan o agravan la conducta".¹⁰

Estas modificativas las encontramos en los tipos penales complementados y pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a) Circunstancias que califican o agravan el delito.
- b) Circunstancias atenuantes o que privilegian el delito.

Dentro de nuestra legislación, un ejemplo de tipo básico sería el homicidio, ya que es independiente de cualquier otro tipo penal, cuya descripción sirve de base a otros tipos delictivos; en cambio, el aborto, al hacer referencia típica de las características de los sujetos involucrados, constituye un tipo

⁸ Véase *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Primera Sala, Tomo XV, Segunda Parte, p. 68; Registro IUS 263607.

⁹ Véase *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, Volumen 67, p. 17; Registro IUS 235827.

¹⁰ JIMÉNEZ MARTINEZ, Javier, *Manual de derecho penal mexicano*, Edición propia, México, 2005, p. 391.

especial independiente del tipo básico, que se integra autónomamente al agregar al tipo fundamental otro requisito, que lo privilegia con una disminución de la pena, o lo agrava con su aumento.

Por otra parte, como ejemplo del tipo complementado se puede mencionar al homicidio en riña o en defensa propia; en estos casos el tipo básico subsiste, sólo que la conducta es desarrollada bajo ciertas circunstancias, las que también actúan como atenuantes al momento de aplicar la pena.

Los Tribunales Colegiados de Circuito han definido a la calificativa como "aquella circunstancia que no alterando los elementos configurativos del delito se agrega al ilícito típico y agrava la pena establecida para el mismo."¹¹

También, dichos órganos han señalado que "La calificativa no constituye una conducta autónoma sino que está estrechamente vinculada con la acción reputada delictuosa; y al operar, sólo permite agravar la pena que corresponde, pues los dispositivos que contemplan las diversas hipótesis en que se surte la calificativa del delito, remiten a las sanciones previstas en el respectivo artículo que lo tipifica".¹²

Si bien es cierto que la Primera Sala ha sostenido que las calificativas del delito, para que operen en derecho, deben encontrarse plenamente comprobadas,¹³ también lo es que

¹¹ Véase *Semanario Judicial de la Federación*, TCC, Octava Época, Tomo XIV, julio de 1994, p. 531; Registro IUS 211321.

¹² Véase *Semanario Judicial de la Federación*, TCC, Octava Época, Tomo XIV, julio de 1994, p. 480; Registro IUS 211201.

¹³ Véase *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Sexta Época, Volumen LXXIX, Segunda Parte, p. 29; Registro IUS 259670.

el hecho de que no estén acreditadas no impide la configuración del tipo básico, conforme al texto de la tesis I.3o.P.39 que a la letra dice:

Carece de base jurídica sostener que si la calificativa no queda probada en la secuela procesal, tampoco puede configurarse el tipo básico delictivo por el cual fue procesado y sentenciado el quejoso, pues deben diferenciarse los elementos esenciales o básicos del delito, de los elementos concurrentes o complementados en los que se incluyen las calificativas, toda vez que por la prelación lógica que tiene la falta de comprobación de los elementos esenciales, impide necesariamente la integración de los concurrentes, pero nunca a la inversa.¹⁴

Por otro lado, los Tribunales Colegiados de Circuito han señalado que "la modalidad del delito es una forma de comisión del mismo, contemplada legalmente y que tiene el mismo resultado que el delito genérico, es decir, que viola el mismo bien jurídico tutelado por la norma específica, distinguiéndose ya sea por los procedimientos empleados para cometer el ilícito, por la calidad del pasivo o del activo, o del objeto materia del delito".¹⁵

Los mismos órganos han advertido la existencia de diferencias entre la modalidad y la agravante, pues mientras la primera debe entenderse como

la forma accidental y variable que caracteriza o distingue a un hecho determinado, sin alterar su esencia, es decir,

¹⁴ Véase *Semanario Judicial de la Federación*, TCC, Novena Época, Tomo IX, mayo de 1999, p. 997, tesis I.3o.P.39 P.; Registro IUS 193952.

¹⁵ Véase *Semanario Judicial de la Federación*, TCC, Octava Época, Tomo XIV, julio de 1994, p. 532; Registro IUS 211324.

que en la modalidad se surte una modificación orgánica casual de los rasgos o caracteres que constituyen el tipo, de manera tal, que al cesar los efectos jurídicos de aquellas variaciones estructurales, se extinguen también las consecuencias legales de la figura delictiva; la agravante es la circunstancia de tiempo, lugar, modo, condición y estado que acompañan a algún hecho ilícito y que suelen ser las causas que aumentan la gravedad del delito y, por consiguiente, la pena con que debe ser castigado el delincuente, sin que la extinción de esos accidentes dé por terminado el modelo ilícito, ya que únicamente determina la extensión del castigo y, aun cuando la modalidad de un determinado antisocial puede agravar o atenuar la sanción respectiva, como invariablemente sucede en la agravante, ambos conceptos (modalidad y agravante), encuentran aspectos diversos, con efectos jurídicos diferentes.¹⁶

¹⁶ Véase *Semanario Judicial de la Federación*, TCC, Séptima Época, Volumen 187-192, Sexta Parte, p. 21; Registro IUS 248810.

III. CONTRADICCIÓN DE TESIS 114/2001-PS

1. ANTECEDENTES

El 25 de octubre de 2001, el Juez Tercero Penal del Distrito Federal, quien intervino con el carácter de autoridad responsable y recurrente en los juicios de amparo en revisión 1375/2000 y 463/2001, resueltos por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado de la misma materia y circuito, respectivamente, denunció la posible contradicción entre las tesis sustentadas por esos tribunales al fallar sobre asuntos similares.

El Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó formar y registrar el expediente y dispuso que el asunto fuera remitido a la Primera Sala del Alto Tribunal. El entonces Presidente de dicha Sala, Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, recibió la denuncia y se declaró competente para resolverla después de analizar comparativamente los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de referencia, y encontrar

que ambos coinciden en analizar el contenido de los artículos 19 de la Constitución Federal y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en asuntos similares, con conclusiones contrarias, por lo que consideró que concurren los supuestos necesarios para la existencia de una contradicción de tesis, a saber:

- a) Que en la resolución de los negocios se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes;
- b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas, y
- c) Que los criterios expresados provengan del examen de los mismos elementos.¹⁷

2. ARGUMENTOS SUSTENTADOS POR EL QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

En la ejecutoria que resolvió el amparo en revisión 1375/2000, el tribunal manifestó que, conforme al texto de los artículos 19 de la Constitución Federal y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vigentes en la fecha en que se dictó la sentencia, las circunstancias modificativas del delito no deben ser incluidas en el dictado del auto de formal prisión, en virtud de que en éste sólo deben señalarse:

¹⁷ Véase *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Cuarta Sala, Tomo 58, octubre de 1992, p. 22, tesis 4a./J. 22/92; Registro IUS 207820.

el delito atribuido al inculpado; el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución de los hechos; y los demás datos que arroje la averiguación previa que sean bastantes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Las circunstancias modificativas del delito sólo serán materia de estudio hasta la sentencia definitiva.

Además, el tribunal consideró que el inculpado no queda en estado de indefensión al no conocer las circunstancias modificativas del delito, puesto que éstas serán objeto de prueba durante la instrucción del procedimiento, momento en que las partes, la defensa o el Ministerio Público estarán en aptitud de desvirtuarlas o acreditarlas, según sea el caso.

En virtud de lo anterior, dicho tribunal consideró que la tesis de jurisprudencia 6/97, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, p. 197, y sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 42/96, con el rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O LAS CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL', QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES", ha dejado de tener vigencia después de la reforma al texto del artículo 19 de la Carta Magna, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999.

En cambio, el criterio sustentado en la jurisprudencia de la Primera Sala 4/89,¹⁸ que establecía que en el auto de formal prisión no debían incluirse las circunstancias modificativas del delito, adquiere nuevamente relevancia y plena aplicación.

3. ARGUMENTOS DEL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

Al resolver el amparo en revisión 463/2001, el tribunal señaló que en el auto de formal prisión sí debe incluirse el estudio de las calificativas del delito a efecto de que el inculpado tenga la certeza de que tales elementos quedaron acreditados, y sirvan como base para su defensa con el consecuente respeto a la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 19 constitucional.

En este sentido, comparte el criterio del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, expresado en sesión de 30 de marzo del 2001, bajo el rubro: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SE DEBEN INCLUIR LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL. A LA LUZ DE LA REFORMA DEL TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.¹⁹

Además, del análisis del contenido del referido artículo 122, concluyó que nuestra legislación penal, tanto sustantiva

¹⁸ Véase *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Primera Sala, Tomo 16-18, abril-junio de 1989, p. 59, tesis 1a./J. 4/89; Registro IUS 206240.

¹⁹ Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XIII, mayo de 2001, p. 1091, tesis 1.6o.P.18 P.; Registro IUS 189794.

como adjetiva, hace alusión a la teoría de la dogmática penal que identifica el cuerpo del delito con la tipicidad; por ello, resulta necesario para comprobar aquél, acreditar todos los elementos del tipo, esto es, los elementos objetivos, los normativos y los subjetivos, incluidas entre éstos las circunstancias agravantes que pudieran matizar el delito.

4. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

A efecto de una mejor comprensión de las normas sujetas a estudio en la ejecutoria que se analiza, se presentó la evolución del texto de los artículos 19 de la Constitución Federal y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en cada una de las reformas de las que han sido objeto.

a) *Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

El texto original en la Constitución del 5 de febrero de 1917 señalaba:

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 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, alcaides o carceleros que la ejecuten.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo mal tratamiento que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

El 3 de septiembre de 1993, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma al primer párrafo de este artículo, en la que básicamente se sustituyó el término "cuerpo del delito" por el de "elementos del tipo penal", como la materia a comprobar junto con la probable responsabilidad del sujeto al que se le imputa el delito en la emisión del auto de formal prisión, para quedar como sigue:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro

del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad.

El mismo texto tuvo una reforma seis años después, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999, con la cual se regresó al concepto anterior de cuerpo del delito, para quedar así:

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

b) Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal

El texto original publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de agosto de 1931 era el siguiente:

Artículo 122. El cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

Este texto fue reformado el 4 de enero de 1984 para quedar como sigue:

Artículo 122. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código.

En la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1994, se especificaron y ampliaron los requisitos exigidos para dictar el auto de formal prisión, al señalar:

Artículo 122. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

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

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

El contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fue de nuevo reformado el 3 de mayo de 1999 para adecuarlo a las reformas del artículo 9o. constitucional del 8 de marzo del mismo año, en los siguientes términos:

Artículo 122. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

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

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

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes

se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

c) Exposición de motivos de la reforma al artículo 19 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de marzo de 1999

Los Ministros integrantes de la Primera Sala localizaron en la exposición de motivos de la reforma, las razones por las cuales se regresó al concepto de cuerpo del delito en el texto constitucional.

Entre los argumentos expresados por los autores de la iniciativa, está el convencimiento de que en 1993 se adoptaron teorías jurídicas que tuvieron éxito en otras naciones, pero en la nuestra impusieron a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y, a esta última, mayores requisitos para dictar el auto de formal prisión, lo cual originó que por tecnicismos legales presuntos delincuentes evadieran la acción de la justicia, y que después de varios años de aplicación no se hubiera logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados, por lo que era urgente generar las condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia y revertir la poca efectividad para detener, procesar y castigar a los responsables.

La exposición de motivos expresa textualmente:

La reforma sustituyó el concepto de "cuerpo del delito" por elementos del tipo penal. Antes de 1993, para que se

librara un auto de formal prisión únicamente debían estar acreditados los elementos objetivos del delito y después de la reforma se debían acreditar todos los elementos del tipo penal: objetivos, subjetivos y normativos, así como la probable responsabilidad del indiciado.

...

La presente iniciativa propone reformar el segundo párrafo del artículo 19 para que en el libramiento de un auto de formal prisión se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal, y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

La iniciativa respeta los principios consagrados en la reforma de 1993, pero la desarrolla y perfecciona para hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia, conservando plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales.

Es importante precisar que la exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público no se reduce con la reforma, simplemente esta exigencia se cumplimenta en las etapas procesales idóneas.

La reforma permitirá que tanto a nivel federal como estatal, se adopten medidas legales que permitan dotar a los órganos encargados de procurar justicia de mayores y mejores instrumentos para combatir eficazmente a la delincuencia.

5. CONSIDERACIONES DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Sala precisó que la materia a dilucidar en el presente asunto consistía en determinar si no obstante la reforma constitucional en materia penal del 8 de marzo de 1999, en la cual el legislador nuevamente retomó el concepto de cuerpo del delito, en lugar de los elementos del tipo penal, el órgano jurisdiccional debía incluir y analizar el aspecto relativo a las calificativas del delito al momento de dictar el auto de formal prisión, o bien debía analizarlo hasta el dictado de la sentencia respectiva.

La Sala constató que en las fechas en que fueron dictadas las resoluciones que motivaron los criterios contradictorios, estaban en vigor las reformas de 1999, y que además el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, contemplaba, como ahora, la figura del cuerpo del delito al señalar:

Artículo 16...

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

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que si bien, en el auto de formal prisión se define el delito por el que habrá de seguirse el proceso, al encuadrarse los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal dentro de la hipótesis normativa prevista en una o varias

disposiciones legales que tipifiquen algún delito, y estimar que hay bases para imputar la comisión del delito al acusado así como su probable responsabilidad, el Juez de la causa no debe limitar su actividad al estudio de tales aspectos, sino que ha de incluir el análisis de modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito imputado, con independencia de que estas últimas deban ser objeto de prueba durante el proceso criminal correspondiente, en cuya sentencia se definirá, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, dado que es justamente en dicho proceso, donde se brinda al inculpado el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las manifestaciones que estime pertinentes.

En efecto, antes de la reforma de 1999, el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, establecía que:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste...

Con el término "elementos del tipo penal", señalado en el texto anterior, se exigía acreditar, según fuera el caso:

1. La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro.
2. La forma de intervención del sujeto activo.

3. Si la acción u omisión fue dolosa o culposa.
4. La calidad de los sujetos activo y pasivo.
5. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.
6. El objeto material.
7. Los medios utilizados.
8. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.
9. Los elementos normativos.
10. Los elementos subjetivos específicos.
11. Las demás circunstancias que la ley prevea, entre las que se cuentan precisamente las modificativas atenuantes y agravantes.²⁰

Sin embargo, a pesar de que la reforma de 1999 al texto del artículo 19 constitucional cambió la expresión elementos del tipo penal para volver al concepto de cuerpo del delito, la Primera Sala estimó que la jurisprudencia 6/97 seguía siendo aplicable, pues el cambio de expresión lingüística no

²⁰ La vigencia de esta regulación, dio lugar a la modificación de la tesis por contradicción 4/89 para ser sustituida por la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala con rubro: *AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES*, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, p. 197, tesis 1º/J. 6/97; Registro IUS 199443.

fue la única razón a la que atendió dicha jurisprudencia, ya que en su contenido también se señala, que:

...no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculpado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador.

En esta tesis existe otra base jurídica para que desde el auto de formal prisión, se estudien las calificativas del delito motivo de la acusación: la protección del derecho a la adecuada defensa en materia penal. El sujeto al conocer, con toda su amplitud, los motivos por los cuales se le habrá de seguir un proceso obtiene mayor seguridad jurídica y estará mejor preparado para su defensa y en mejor posición para desvanecer la imputación que obra en su contra.

Ahora bien, ante las prevenciones sobre el riesgo que de no acreditar durante el proceso las calificativas mencionadas en el auto de formal prisión debería dictarse una sentencia absolutoria, la Primera Sala determinó que en el supuesto de que solamente se haya acreditado el tipo fundamental o básico lo que procede es dictar una sentencia condenatoria por ese delito.

En estos casos se debe estar a lo señalado por el artículo 160, fracción XVI, de la Ley de Amparo, que a la letra dice:

ARTÍCULO 160. En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

...

XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal;

En el mismo sentido lo expresa el texto del artículo 304 Bis A del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al establecer lo siguiente:

ARTÍCULO 304 Bis A. El auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad correspondientes aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores.

Derivado de lo anterior, la Primera Sala estableció que debe incluirse el estudio de las calificativas al dictarse el auto de formal prisión, sin perjuicio de que durante el proceso se acrediten o desvirtúen éstas.

Así, el Juez de la causa, al emitir la sentencia, deberá efectuar de nuevo el análisis del grado o calificativas del delito a la luz de las pruebas presentadas durante el proceso y su opinión podrá diferir de la que tuvo al inicio.

Por tanto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que el Juez del proceso, en aras de proteger el legítimo y pleno derecho de defensa del inculpado, así como el relativo a que éste tenga íntegra certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, debe en principio, en el auto de formal prisión, establecer con precisión, además del tipo básico o fundamental del delito o delitos que se le atribuyen, las modalidades, agravantes o calificativas correlativas que le sean invocadas por el Ministerio Público, o bien, que el mismo Juez advierta.

No obstante, si con el desahogo de las pruebas en el proceso, se corrobora la existencia de calificativas distintas a las contenidas en el referido auto, podrán expresarse en la sentencia que al efecto se dicte, previa audiencia del inculpado.

Cabe puntualizar que si no se acredita en el proceso la modalidad del delito precisado en el auto de formal prisión, pero sí uno distinto de mayor penalidad, entonces corresponderá al Ministerio Público, como órgano acusador, hacerlo valer en su escrito de conclusiones; y si aconteciera lo contrario, esto es, que dicha modalidad no se acredite pero sí una de menor penalidad, entonces será el Juez quien así lo determine en su sentencia.

IV. TESIS DERIVADA DE LA RESOLUCIÓN

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que en este caso sí existe contradicción de tesis entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Quinto en Materia Penal del Primer Circuito y, con base en los argumentos expuestos, emitió la tesis de jurisprudencia 1a./J. 13/2003 publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVII, abril de 2003, página 9, de rubro y texto siguiente:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EN ÉL DEBEN INCLUIRSE LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO, SIN PERJUICIO DE QUE TAMBIÉN SE EXAMINEN EN LA SENTENCIA QUE AL EFECTO SE DICTE.— El primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, establece que: "Ninguna

detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado". Ahora bien, del análisis de tal precepto constitucional, se concluye, que para que el inculpado tenga certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, la autoridad judicial, al dictar un auto de formal prisión, no debe limitar su actividad al estudio de los aspectos relacionados con el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sino que debe analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas, con independencia de que estas últimas deban ser objeto de prueba durante el proceso criminal correspondiente, en cuya sentencia se defina, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, en virtud de que es justamente en dicho proceso donde se brinda al inculpado el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las manifestaciones que estime pertinentes. Lo anterior no es obstáculo para que el Juez de la causa, al dictar su sentencia, efectúe el análisis del grado o calificativas del delito e, incluso, por virtud de ello, la misma pueda diferir del que fue materia en el proceso, al encontrar material probatorio que lo lleve a esa conclusión.

V. CONCLUSIONES

1. En la doctrina, el delito se define como la acción u omisión típica, antijurídica y culpable descrita por la ley, bajo la amenaza de imponer una pena o sanción a quien se ubique en el hecho descrito en la norma.

2. Las circunstancias modificativas del delito son aquellos elementos adicionales que contienen los tipos penales por los cuales se puede atenuar o agravar el delito señalado.

3. Los artículos 19 de la Carta Magna y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, han tenido diversas reformas que esencialmente se refieren al cambio de los términos jurídicos "cuerpo del delito" y "elementos del tipo penal".

4. La última reforma al artículo 19 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de

1999, regresó a la primera denominación del cuerpo del delito pues al pretenderse acreditar los elementos del tipo penal en el auto de formal prisión, provocó la obstaculización de la persecución de los delitos por tecnicismos jurídicos, como lo señala la exposición de motivos de dicha reforma.

5. La contradicción de tesis 114/2001, materia de este folleto, se generó a partir de lo siguiente:

a) El Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al analizar los artículos 19 de la Carta Magna y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el amparo en revisión 1375/2000, consideró que las circunstancias modificativas del delito no deben ser incluidas al dictarse el auto de formal prisión, en virtud de que éstas serán materia de estudio hasta la sentencia definitiva.

El mismo tribunal consideró que el inculpado no queda en estado de indefensión por no conocer las circunstancias modificativas del delito al momento de dictarse el auto de formal prisión, puesto que las mismas serán objeto de prueba durante la instrucción del procedimiento, momento en que las partes, la defensa o el Ministerio Público estarán en aptitud de desvirtuarlas o acreditarlas, según sea el caso.

b) El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 463/2001, señaló que el auto de formal prisión sí debe incluir el estudio de las calificativas del delito a efecto de que el inculpado tenga la certeza de que tales elementos quedaron acreditados, y sirvan como base para su defensa con

el consecuente respeto a la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 19 constitucional.

Además, del análisis del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el tribunal concluyó que en nuestra legislación penal, conforme a la teoría de la dogmática penal que identifica el cuerpo del delito con la tipicidad, resulta necesario para comprobar aquél acreditar todos los elementos del tipo, esto es, los elementos objetivos, los normativos y los subjetivos, incluidas entre éstos las circunstancias agravantes que pudieran matizar el delito.

6. La Primera Sala, al analizar los criterios contendientes, consideró que la materia a dilucidar consistía en determinar si no obstante la reforma constitucional en materia penal del 8 de marzo de 1999, en la cual el legislador nuevamente retomó el concepto de cuerpo del delito, el órgano jurisdiccional debería incluir y analizar el aspecto relativo a las calificativas del delito al momento de dictar el auto de formal prisión, o bien hacerlo hasta el momento de dictar la sentencia respectiva.

7. En su resolución, la Sala referida concluyó que el Juez del proceso, en aras de proteger el derecho de defensa del inculpado, así como que éste tenga certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, debe establecer en el auto de formal prisión, además del tipo básico o fundamental del delito o delitos que se le atribuyen, las modalidades, agravantes o calificativas correlativas que le sean invocadas por el Ministerio Público, o bien, que el mismo Juez advierta, considerando que de no acreditarse en el proceso la moda-

lidad del delito precisado en el auto de formal prisión pero sí uno distinto de mayor penalidad, entonces corresponderá al Ministerio Público, como órgano acusador, hacerlo valer en su escrito de conclusiones; y en caso contrario, esto es que dicha modalidad no se acredite, pero sí una de menor penalidad, entonces será el Juez quien lo determine en su sentencia.

VI. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

¿SE DEBEN ANALIZAR LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL O EN LA SENTENCIA?

Dr. Enrique Díaz-Aranda²¹

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema en torno al momento procedimental en que se deben analizar las calificativas y las circunstancias modificativas del delito ha dado lugar a dos criterios encontrados, a saber: el primero sostiene que deben considerarse al dictar el auto de término constitucional y el segundo señala que se deben analizar y valorar hasta la sentencia. En este sentido, la importancia de un criterio u otro radica en el otorgamiento o negación de la libertad provisional del consignado por un delito en el que concurrieron calificativas o circunstancias modificativas.

Para iniciar nuestro análisis debemos determinar qué se entiende por calificativas y circunstancias modificativas del

²¹ Doctor en derecho penal por la UCM, Doctor en derecho por la UNAM, Profesor honoris causa por la UAT; página web: www.enriquediazaranda.com

delito, sobre todo porque suelen utilizarse como sinónimos y mezclarlas con las circunstancias atenuantes y agravantes.²²

2. CONCEPTOS PRELIMINARES

Para tener claro las posibles diferencias entre los vocablos modificativa, calificativa, agravante y atenuante, es conveniente acudir al *Diccionario de la Lengua Española* para conocer su significado. Así, una modificativa es un

adj. Que modifica o sirve para modificar", [al paso que modificar proviene] "(Del lat. Modificare) tr. p. us. Limitar, determinar o restringir las cosas a cierto estado en que se singularicen y distinguan unas de otras. U. t. c. prnl. // 2. p. us. Reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia. U. t. c. prnl. // 3. Transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes// 4. Fil. Dar un nuevo modo de existir a la sustancia material. U. t. en sentido moral.

Mientras que la palabra calificativa es un

adj. Que califica// 2. Gram. V. adjetivo calificativo" [y calificar] "(Del b. lat. Qualificare) tr. Apreciar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa// 2. Expresar o declarar este juicio// 3. Juzgar el grado de suficiencia o la insuficiencia de los conocimientos demostrados por un alumno u opositor en un examen o ejercicio// 4. fig. Ennoblecere, ilustrar, acreditar una persona o cosa// 5. prnl. Fig. Probar alguien legalmente su nobleza.

²² Así, por ejemplo, Cfr. CASTRO GARCÍA, Alfredo, *Ensayo sobre las calificativas en los delitos de lesiones y homicidio*, México, s.e., 1951, p. 15 a 16; Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal...* p. 405 y Moreno Rodríguez, Rogelio, "circunstancias agravantes y atenuantes", en *Diccionario de Ciencias Penales...*

Como se puede apreciar de este primer análisis, no es lo mismo modificar que calificar, pues lo primero es sinónimo de reformar, cambiar, variar, rectificar, etcétera,²³ la esencia de algo, mientras que cuando se califica algo se mantiene dicha esencia y sólo se especifica o matiza, de ahí que los sinónimos de calificar son: cualificar, tener por, conceptuar, llamar, bautizar, considerar, tildar o adjetivar.²⁴

Por otra parte, una agravante es

p.a. de agravar. Que agrava. U. t. c. s. //2. adj. V. circunstancia agravante. U.t . c. s." y agravar: "(Del lat. *Aggravare*, de *gravare*, gravar) tr. Aumentar el peso de alguna cosa, hacer que sea más pesada// 2. Oprimir con agravamiento o tributos // 3. Hacer alguna cosa más grave o molesta de lo que era. U. t. c. prnl. Agravarse la enfermedad. // 4. Ponderar una cosa por interés u otro fin particular que resulte o parezca más grave. El letrado acusador agravaba el delito. [Mientras que el significado de atenuante es]: p. a. Que atenúa // 2. adj. V. circunstancia atenuante, [mientras que atenuar proviene] "(Del lat. *Attenuare*) tr. poner tenue, sutil o delgada alguna cosa// 2. fig. minorar o disminuir alguna cosa U.t.c. prnl.

De lo anterior resulta fácil deducir que las agravantes o atenuantes sólo aumentan o disminuyen las calidades de la esencia pero no pueden transformarla para cambiarla por otra sustancia.²⁵ Por ende, las agravantes y atenuantes sólo

²³ También: mudar, alterar, corregir, restringir, enmendar, moderar, templar. Cfr. *Diccionario de sinónimos...*

²⁴ Cfr. *Diccionario de sinónimos...*

²⁵ Cfr. DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal*, 2ª ed., T. I, México, Ed. Porrúa, 1989, pp. 169, 294, 295 y 405.

son especies del vocablo "calificativa" porque definen con exactitud a la esencia y deben distinguirse de la "modificativa", que implicaría cambiarla o transformarla.

Si aplicamos todo lo anterior a la teoría del delito, tendríamos que decir que las calificativas son aquellas circunstancias que agravan o disminuyen la gravedad del tipo básico,²⁶ mientras que las circunstancias modificativas transforman el título de imputación del hecho, provocando la reubicación de la conducta en un tipo distinto al originalmente establecido en el juicio de tipicidad.

Conforme a lo antes establecido, cuando existen circunstancias calificativas el tipo se ve agravado o atenuado. Así, por ejemplo, el tipo básico del robo (art. 367 CPF) se puede agravar por cometerse en pandilla (art. 164 bis CPF) o cuando la violación (art. 265 CPF) es tumultuaria (art. 266 bis CPF), dichas calificativas de agravación de la conducta tendrán como consecuencia la elevación de la pena, pero la esencia de la conducta (robo en el primero y violación en el segundo) permanece y sólo se matiza.

En cambio, la conducta del homicidio simple (art. 302 CPF) se puede ver atenuada o privilegiada por mediar el consentimiento del sujeto pasivo (art. 312 del CPF) y ello tiene un claro reflejo en la pena a imponer, pues el homicidio simple

²⁶ En este sentido, Cfr. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal...* esp. p. 294-295. El tipo básico lo describe MALO CAMACHO, Gustavo, citando a Mezger, como: "los diferentes tipos fundamentales que incluyen la parte esencial de la ley penal y que constituyen la espina dorsal del Código Penal, según afirma otro autor. Tipo básico es aquel que no deriva de ningún otro y cuya existencia es independiente de cualquier otro tipo, o como expresa otro autor, es el que se presenta en su puro modelo legal, sin mas características que las esenciales del delito o bien aquellas figuras típicas cuya descripción sirve de base a otros tipos delictivos" cita en *Diccionario jurídico...* p. 23.

se sanciona con pena privativa de la libertad de 12 a 24 años (art. 307 CPF) mientras que el homicidio consentido o solicitado tiene una pena de 4 a 12 años de prisión (art. 312 CPF).²⁷

Como hemos señalado, las circunstancias modificativas tienen la cualidad de transformar y cambiar la esencia. Lo anterior sucede en materia penal cuando de las averiguaciones o de las pruebas obtenidas se establece que el tipo penal en el que se había ubicado la conducta (juicio de tipicidad) no es el correcto y se debe buscar su adecuación en una hipótesis normativa distinta. En este sentido, se puede iniciar la averiguación y considerar que los hechos denunciados son constitutivos del delito de robo (art. 367 CPF) pero si de las averiguaciones realizadas por el agente del Ministerio Público se determina que el propietario le había entregado las llaves al indiciado, se debe modificar el título de imputación para cambiarlo por el de abuso de confianza (art. 382 CPF). Asimismo, de la denuncia y de las primeras averiguaciones se puede considerar que los hechos se ubican en el tipo de lesiones consumadas, pero si al interrogar al indiciado se llega a la conclusión de que su intención era privar de la vida a la víctima, entonces estaremos cambiando el título de la imputación por el de tentativa de homicidio.

No debemos olvidar que el juicio sobre la conducta es el que se modifica o califica (agravantes y atenuantes) y por ello para responder a la pregunta sobre el momento procedimental en que se debe analizar dicha valoración se requiere

²⁷ Sobre el particular Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo, "calificación del delito", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. II, C-Ch, México, Ed. Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 23-24 y MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, "circunstancias agravantes y atenuantes", en *Diccionario de Ciencias Penales (intervinculado)*, Buenos Aires, Argentina. Ed. Ad-hoc.

tener claro cuál es el concepto de tipo, cuáles son sus elementos y cómo se realiza el juicio de tipicidad. Para tal efecto, es conveniente realizar una aproximación a la evolución del tipo penal.²⁸

3. CONCEPCIÓN DEL TIPO Y LA TIPICIDAD

Debemos tener presente que la concepción y los elementos del tipo penal han variado en cada sistema de análisis del delito, como se podrá constatar a continuación.

a) *Evolución del tipo penal*

i) *En el sistema clásico*

En 1906 Ernest Beling puso de manifiesto la existencia de una categoría intermedia entre la conducta y la antijuridicidad: *Tatbestand*, término que significa "supuesto de hecho", pero que se ha traducido como tipo penal,²⁹ el cual conforma la categoría denominada tipicidad.

El tipo se caracterizó por ser "objetivo y libre de valor (no valorativo)",³⁰ de ahí que los elementos que conformaron a la tipicidad fueran elementos puramente objetivos o descriptivos, que son aquellos que se constatan a través de los sentidos y se verifican a través de pruebas sustentadas en las ciencias naturales. Por ejemplo, el privar de la vida a otro es un hecho

²⁸ Para un desarrollo más completo Cfr. mi libro *Derecho penal...*

²⁹ Cfr. BELING, Ernest, *El rector de los tipos de delito*, trad. L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, Madrid, Reus, 1936, pp. 32-33.

³⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 279.

que se verifica a través de los sentidos, pero que se constata a través de las pruebas periciales del médico forense, los dictámenes de balística, etcétera.

Por otro lado, Beling puso de relieve la función del tipo como una garantía para el ciudadano, pues sólo aquellas conductas descritas en la ley penal (tipo) pueden ser sancionadas dentro del mínimo y máximo de la pena señalada en la misma ley.³¹ En contrapartida, aquellas conductas que no están descritas en algún tipo penal se denominan "atípicas" y se consideran irrelevantes para el derecho penal, conforme a la fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege*, creada por Feuerbach.³²

También se consideran atípicas las conductas que no reúnen todos los elementos descritos en el tipo; por ejemplo, la cópula impuesta por la fuerza no puede ser constitutiva de violación si hubo consentimiento de la mujer mayor de edad que pidió tener la relación sexual con prácticas sadomasoquistas.

ii) *En el sistema neoclásico*

Pese al éxito inicial del causalismo puro aplicado en el sistema clásico para determinar la conducta y realizar un juicio objetivo de tipicidad, pronto se puso al descubierto que el derecho penal, como parte de las ciencias sociales, no puede reducirse a criterios naturalísticos sustentados en juicios de necesidad que sólo aceptan una respuesta: falso o verdadero. En efecto,

³¹ Cfr. BELING, Ernest, *El rector de los tipos de delito*, trad. L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, Madrid, Reus, 1936, pp. 9 y 14.

³² Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, 2º ed., España, Tecnos, 1981, pp. 26-27.

las ciencias sociales se rigen por juicios de probabilidad en los cuales la argumentación es determinante para dar una respuesta y ello es lo que ocurre cuando se trata de determinar la tipicidad de conductas que además de percibirse a través de los sentidos también requieren de una valoración cultural o jurídica. Así, mientras que en el sistema clásico bastaba con la constatación de los elementos objetivos del tipo para sustentar la tipicidad, en el sistema neoclásico se consideró necesario valorar si la conducta, además de desencadenar el proceso causal, era la idónea o adecuada para provocar el resultado,³³ y una vez confirmado ello verificar tanto los elementos objetivos del tipo como los elementos normativos (culturales y jurídicos) y los subjetivos específicos cuando el tipo los requiere para realizar el juicio de tipicidad.

Sobre la historia de los elementos normativos del tipo, Max Ernst Mayer puso en evidencia que ciertos tipos penales no sólo describen realidades (cosa, muerte o lesión, que están en una relación causal con la conducta y son perceptibles a través de los sentidos) sino que también se refieren a conceptos que requieren de una valoración jurídica o cultural previa a la antijuridicidad; por ejemplo, en el robo no es suficiente con el análisis de la conducta material de apoderamiento de la cosa para decir que estamos ante una conducta típica de robo (artículo 367 CPF), sino que también necesitamos confirmar la "ajeneidad" de la cosa. En el mismo sentido, para valorar si la conducta del que vende revistas pornográficas corresponde al tipo de ultrajes a la moral pública previsto

³³ En este sentido se llegó a diferenciar entre la causa eficiente, la material, la formal y la final, Cfr. RIVAS BELANDRÍA, José Juan, *La relación de causalidad...* esp. pp. 20-23. Sobre el causalismo puro y su diferencia con el causalismo valorativo en México Cfr. CASTRO GARCÍA, Alfredo, *Ensayo sobre las calificativas...* esp. pp. 11-14.

en el artículo 200, fracción I, del CPF, es necesario realizar un juicio valorativo-cultural para determinar si la moral de la sociedad en ese lugar y tiempo determinados consideraría a dichas imágenes como obscenas. Los dos juicios anteriores no pueden sustentarse en un análisis físico-material, sino mediante un juicio normativo, sea jurídico o cultural. De esta guisa, a los elementos objetivos del tipo se sumaron los elementos normativos.³⁴

Siguiendo con la tipicidad, los trabajos de Fischer, Hegler, Mayer y Mezger³⁵ pusieron de manifiesto que ciertos tipos penales requieren de elementos anímicos o subjetivos específicos para su conformación, por ejemplo, los piropos pronunciados todas las mañanas por el jefe a su secretaria sólo pueden ser considerados como conducta típica si hay un ánimo lascivo (art. 259 bis CPF), de igual forma en el robo es indispensable el ánimo de apoderamiento y en el fraude el de lucro. Esto dio lugar a la inclusión de los elementos subjetivos distintos del dolo en el tipo.

iii) *En el sistema finalista*

Para Hans Welzel la conducta humana es relevante para el derecho penal porque está dirigida por una finalidad que guía al proceso causal hacia un resultado y esa es la única explicación por la cual otras causas como la caída de un rayo o la embestida de un toro no son penalmente relevantes, aunque también pueden provocar un resultado de lesión de

³⁴ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 281.

³⁵ *Ibidem*, p. 280.

un bien jurídico tutelado. Así, por ejemplo, si valoramos objetivamente la conducta del que dispara la pistola y priva de la vida a otro con el rayo que le cae a una persona y la mata, podremos establecer que en ambos supuestos existe una causa (conducta humana y rayo); un resultado (muerte en los dos casos), y un nexo causal entre la causa y resultado. Empero, sólo la conducta humana puede ser considerada como penalmente relevante porque quien disparó tuvo como fin provocar ese resultado (la finalidad es evidente), mientras que el rayo es un fenómeno natural que se verifica sin estar previamente planeado (la causalidad es ciega).

De esta guisa, en el sistema finalista la tipicidad se integraba con un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho... El fundamento real de todo delito es la objetivación de la conducta en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito.³⁶

Por supuesto que para complementar el tipo objetivo no sólo se atendía a la conducta materializada, sino también al resultado, sea de lesión o de peligro del bien jurídico tutelado. A esto último Welzel lo denominó como circunstancias del hecho del tipo objetivo.³⁷

Conforme a lo anterior, los elementos objetivos del acto, integrados ante todo por la acción de ejecución con la lesión

³⁶ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán (parte general)*, 11a. ed., 4a. ed. castellana, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Buenos Aires, p. 75.

³⁷ *Ibidem*, pp. 75 a 77.

del correspondiente bien jurídico, en tanto en cuanto pertenencia esta última al tipo,

v.g., 'la lesión corporal de una persona', en el § 223, así como por los demás medios y formas de ejecución (v.g., las 'armas' o 'el ataque por sorpresa' del § 223 a, en las lesiones peligrosas) y las restantes modalidades de la acción, como v.g., el tiempo y el lugar (§ 243, número 7, hurto agravado). Los elementos objetivos del autor (v.g., las condiciones de 'tener a su cuidado' etcétera, al sujeto pasivo en el § 223 b, lesiones agravadas por esta relación personal, o la condición de 'funcionario' en el § 340, lesiones cometidas por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo o con ocasión de él).³⁸

Como se puede deducir, el sistema finalista no aportó nada al tipo objetivo debido a que su mayor logro fue la inclusión del tipo subjetivo compuesto por el dolo o la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo (ánimos, fines o intenciones que algunos tipos penales establecen).³⁹

De acuerdo con Welzel, el dolo como una mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el derecho penal no puede alcanzar al puro ánimo. Sólo en los casos en que conduzca a un hecho real o lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante. "El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo... Esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el derecho

³⁸ RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, 2^o ed. Valencia, España, Universidad de Valencia, Secretariado de publicaciones, 1978, pp. 36-37, 160 págs.

³⁹ *Idem*.

penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho... Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito." De esto se desprende que también hay acciones, no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana. También pertenecen a ellas las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado.⁴⁰

Aunque la teoría final de acción supuso un gran avance en la teoría del delito, no pudo explicar porqué la conducta culposa también es relevante para el derecho penal a pesar de que la intención del sujeto no fue la de provocar el resultado. De esta forma, Welzel trató de replantear su teoría sin conseguir un concepto unitario que sirviera para analizar tanto la conducta dolosa como la culposa, y es que la teoría finalista es perfecta para el estudio de las conductas dolosas pero fracasa al enfrentarse a las conductas culposas. De ahí la necesidad de desarrollar nuevas sistemáticas jurídico-penales, cuyos primeros planteamientos se dieron durante los años sesenta dando lugar al sistema funcionalista.

iv) *En el sistema funcionalista*

La teoría funcionalista interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la

⁴⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán (parte general)*, 11a. ed., 4a. ed. castellana, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Buenos Aires, pp. 77-78.

pena para un supuesto regular, y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación.

Al tipo se le confiere la función de llamada; no sólo capta o describe simples procesos causales naturales, pues tiene como función enviar un mensaje al raciocinio del individuo para que sepa cuáles son las conductas prohibidas con el fin político-criminal de que las evite (delitos de acción), o bien, realice la conducta ordenada para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro (delitos de omisión). Para persuadir al individuo, el tipo establece una pena a imponer a quien contravenga el mensaje y de esa forma se busca disuadirlo o causarle temor para que se abstenga de realizar la conducta que lesiona al bien jurídico tutelado (delitos de acción) o actúe para evitar la lesión de ese bien (delitos de omisión); el efecto disuasorio se conoce como prevención general negativa, y obedece a los lineamientos generales de un derecho penal preventivo general.⁴¹

En el funcionalismo el tipo objetivo se debe interpretar teleológicamente, estableciendo si la conducta en particular está dentro del radio de prohibición que el legislador quiso plasmar al emitir el tipo. Al efecto, se ha desarrollado una serie de criterios normativos que estaban esparcidos por la teoría del delito sin conexión alguna para reunirlos en lo que se ha denominado como teoría de la imputación objetiva del resultado o, como nosotros la denominamos, teoría de la

⁴¹ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 27.

imputación normativa del resultado a la conducta, cuya función es determinar el sentido y alcances teleológicos de la descripción contenida en el tipo, y de esa forma establecer si el hecho de la realidad puede considerarse como típico (prohibido).

En otras palabras, el tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción; luego entonces, se debe determinar cuáles de esas conductas se han pretendido prevenir a través del tipo. Sólo aquellas conductas así identificadas pueden ser consideradas como desaprobadas legalmente y, en consecuencia, son típicas.

Por otra parte, para el sistema funcionalista el tipo subjetivo sigue integrado por el dolo o la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por determinados tipos penales. Aunque el tipo subjetivo no sufrió cambios en su estructura sí lo experimentó en sus conceptos.

v) *El tipo y la tipicidad de acuerdo con el sistema funcionalista social del Dr. Díaz-Aranda*

Sin duda alguna las teorías hasta ahora abordadas de manera muy breve han servido de sustento para su desarrollo en otros países de tradición jurídica romano-canónica-germánica y por ello debemos analizarlas y tomar aquellos conocimientos que nos sean útiles para resolver con justicia los problemas que se nos presentan en nuestra realidad sin perder de vista el principio de legalidad. En otras palabras, partimos de los conocimientos aportados por la dogmática alemana y los adecua-

mos a nuestra realidad dándole un fundamento jurídico conforme a nuestro derecho positivo a lo cual hemos denominado sistema funcionalista social.

Para poder aplicar el sistema funcionalista social y determinar en qué momento procedimental se deben analizar las modificativas y las calificativas del delito debemos ofrecer algunas definiciones.

El tipo penal es la descripción normativa de la conducta prohibida prevista en uno o varios artículos de la ley penal. Mientras que la tipicidad es el juicio de adecuación de la conducta al tipo.

El tipo penal se conforma del tipo objetivo y el tipo subjetivo. El tipo objetivo a su vez se integra de elementos objetivos y normativos. Los elementos objetivos son aquellos que se perciben a través de los sentidos y se demuestran científicamente. Por su parte los elementos normativos pueden ser culturales o jurídicos. Para establecer el significado de un elemento normativo cultural se requiere atender a las costumbres y tradiciones de la sociedad en el momento y lugar que se realizó la conducta. Por cuanto hace a los elementos normativos jurídicos debemos atender a la concepción tradicional que los identifica como aquellos que tienen un concepto establecido en una norma jurídica (funcionario público, ajeneidad, etcétera) y debemos agregarle los juicios jurídicos a través de los cuales podemos identificar si la conducta realizada entra en el radio de prohibición de la norma, es decir, si la conducta es aquella que el legislador quiso prohibir al emitir el tipo penal, lo cual realizamos mediante los criterios de la

llamada teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta.⁴²

Todos los conceptos anteriores pueden utilizarse para interpretar la legislación mexicana vigente y, por tanto, son aplicables. Para demostrar el aserto anterior debemos atender a la relación entre la concepción teórica que hemos desarrollado del tipo penal y la figura procesal del cuerpo del delito previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales.

4. EL CUERPO DEL DELITO Y EL TIPO PENAL

Actualmente el Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

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

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

Conforme a lo dispuesto en el precepto anteriormente transcrito "el cuerpo del delito es equivalente al tipo objetivo", conformado por elementos objetivos y normativos.

⁴² Sobre este tema Cfr. mi libro, DÍAZ-ARANDA, Enrique y CANCIO MELÍA, Manuel, *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Colección Autores de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina.

Es importante recalcar que el cuerpo del delito se conforma tanto de los elementos objetivos como de los normativos, pues anteriormente la jurisprudencia sólo incluía a los elementos objetivos, tal y como se puede apreciar en las siguientes tesis:

Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo: XXVIII; página 209.

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito, no debe entenderse el delito mismo, pues esta conclusión sería antijurídica, ya que por delito, según el artículo 4o. del Código Penal, se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista delito, elementos psicológicos o subjetivos; mientras que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

TOMO XXVIII.- Pág. 209.- Aguilar Anastasio.- 14 de enero de 1930.⁴³

⁴³ En el mismo sentido:

A) Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo XXVI; Página 1982. "CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues esta confusión sería antijurídica, ya que delito es la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista, un elemento psicológico, o subjetivo, el cuerpo del delito debe entenderse que es el conjunto de los elementos objetivos, físico o externos, que constituyen el delito; con tal abstracción de la voluntad o dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad". Tomo XXVI.- p. 1982.- Pérez Nieto Florisel.- 21 de enero de 1930.

B) Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XXIX; Página 1295. "CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, ya que esta confusión sería antijurídica pues, por ello, según el artículo 4o. del Código Penal del Distrito se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, lo cual implica la existencia de un elemento psicológico o subjetivo; en tanto que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyen el delito, con tal abstracción de la voluntad o dolo que se refieren sólo a la culpabilidad". Tomo XXIX, Página 1295, Ramos Téllez José María, 29 de junio de 1930.

Dicho criterio fue reiterado en posteriores tesis jurisprudenciales, por ejemplo en 1950:

Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo CIII; Página 1242.

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

Amparo penal en revisión 8798/49. Villarello Fernando. 2 de febrero de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Pasemos ahora al análisis de los elementos objetivos y normativos.

a) Elementos objetivos

Los elementos objetivos de la conducta típica son aquellas descripciones lingüísticas que hace el legislador en la ley sobre un sujeto, una conducta y, generalmente, un resultado, que los reconocemos a través de nuestros sentidos: vista, oído, tacto, olfato y gusto. Es decir, los elementos objetivos son aprehensibles sensorialmente. Por ejemplo, si vemos que le disparan a una persona y la privan de la vida, sabemos que quien disparó realizó la conducta de privar de la vida a otra, descrita en el tipo de homicidio, y que cuando al pasajero del Metro le sacan la billetera del pantalón, nuestros sentidos nos indican

que ese es un apoderamiento de una "cosa". El legislador se refiere al "sujeto activo" cuando utiliza el enunciado "el que", mientras que la conducta se identifica con el verbo empleado por el legislador: privar (artículo 302, CPF), "inferir" (artículo 289, CPF), "realizar cópula" (artículo 265, CPF). El resultado se traduce en la lesión del bien fundamental (vida, integridad física, libertad sexual), aunque a veces no puede ser perceptible por los sentidos, como sucede en los llamados delitos de mera actividad como el allanamiento de morada (artículo 285 del CPF),⁴⁴ en los cuales lo único que percibimos sensorialmente es la conducta.

En la doctrina europea se discute actualmente si los elementos objetivos sólo se conocen a través de los sentidos o también requieren de una valoración cognitiva, como sucede con los elementos normativos.⁴⁵ Lo certero de la observación se puede captar si pensamos nuevamente en el término "otro" de la conducta de homicidio. Esto, como ya dijimos, nos lleva a representarnos a una persona física, pero esa calidad es producto de una valoración que requiere una comprensión intelectual, pues en la Edad Media a los esclavos se les consideraba cosas a pesar de ser personas físicas,⁴⁶ y tampoco se les reconocía la calidad de personas a los negros durante la vigencia del *apartheid* en Sudáfrica o a los judíos durante el régimen nacionalsocialista. No obstante, por esta vía tendríamos que decir que todos los elementos del tipo son norma-

⁴⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 304.

⁴⁵ Cfr. PUPPE, Ingeborg, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", en Wolfgang Frisch *et al.*, *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 95.

⁴⁶ Cfr. CASTRO GARCÍA, Alfredo, *Ensayo sobre las calificativas en los delitos de lesiones y homicidio*, México, s.e., 1951, p. 9.

tivos, y perderíamos la división doctrinal para el estudio de los elementos del tipo en elementos objetivos y normativos, que nos es muy útil, para su debido análisis. Por esta razón consideramos que los elementos objetivos son todas aquellas personas, conductas o resultados que se pueden percibir a través de los sentidos y se puedan demostrar científico naturalmente, pese a que se tenga que hacer una valoración sobre ellos, mientras que los elementos normativos serán aquellos que no tengan corporeidad y sólo sean producto de una valoración cultural o jurídica.

Como se puede advertir, el análisis de los elementos objetivos de la conducta-típica corresponde más a la parte especial del derecho penal (libro segundo del CPF), en la cual se establece específicamente quiénes pueden ser sujetos activos, en qué consiste la lesión del bien jurídico, cuáles son las conductas a través de las cuales se lesiona o pone en peligro, etcétera.

El estudio de los elementos objetivos de la conducta-típica en la parte general se limita a determinar los criterios generales a través de los cuales podemos establecer un primer juicio sobre la adecuación de una conducta a la descripción hecha por el legislador; es decir, se trata de establecer cuáles son los requisitos generales que debe tener la conducta típica. Esto no causará mayores problemas en los delitos de mera actividad, pero tratándose de los llamados delitos de resultado será con el análisis de los elementos normativos cuando podamos establecer si normativamente se puede imputar el resultado a la conducta del sujeto activo (nexo de imputación).

La definición de elementos objetivos como aquellos datos que se pueden constatar a través de los sentidos obedece a una concepción didáctica, porque en la práctica penal es necesario acreditar dichos elementos con pruebas científico-naturales. Así, por ejemplo, para sustentar la existencia de una conducta típica de homicidio (art. 302 CPF) no basta con tener testigos de que alguien disparó contra otro y lo mató, porque incluso hay ocasiones en las que no hay testigos, sino que es imprescindible constatar la muerte con el acta del médico sobre el fallecimiento de la persona o con la necropsia practicada por el médico forense o legista (que establece la causa de la muerte), sustentar la relación causal entre la conducta y el resultado con los peritajes en balística (que determinan el tipo de arma y balas empleadas), los peritajes en criminología (que determinan la trayectoria de la bala, la posición de la víctima, en sí la probable mecánica de los hechos), los peritajes en química forense (para detectar huellas y la presencia de bario y antimonio en las manos del sujeto activo), la inspección ocular (que determina las circunstancias de modo, tiempo y lugar) y todas aquellas pruebas que nos arrojen los indicios necesarios para sustentar físicamente la relación entre la conducta y el resultado.

Atento a lo anterior, un criterio más acertado sobre los elementos objetivos del tipo es el de aquellos elementos que se pueden constatar científico-naturalmente.

b) Elementos normativos de la conducta típica

Los elementos normativos del tipo objetivo son aquellos que requieren de una valoración jurídica o cultural para establecer si el hecho corresponde a la conducta típica.

Tradicionalmente se ha considerado que los tipos penales no siempre requieren de elementos normativos. De ahí que el legislador mexicano sólo se refiera a dichos elementos para integrar el cuerpo del delito cuando la conducta típica lo requiera. No obstante, desde nuestro punto de vista "el tipo objetivo siempre requiere para su constatación de elementos normativos".

En efecto, existen tipos penales que requieren expresamente de elementos normativos, pero para determinar cuál es el radio de prohibición de la norma y establecer si un hecho puede o no subsumirse en el tipo (juicio de tipicidad) se requiere de una serie de valoraciones normativas que son fundamentales para realizar esa tarea. Por ello, considero que los elementos normativos pueden ser expresos e implícitos; a estos últimos se les agrupa bajo el nombre de "teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta".

i) *Elementos normativos expresos*

Fue Max Ernst Mayer quien puso de manifiesto que junto a los elementos descriptivos del tipo, perceptibles a través de los sentidos, existen otros elementos que hacen necesaria una valoración anterior a la antijuridicidad misma, es decir, se deben analizar en el tipo. Así, por ejemplo, el elemento "ajeneidad" del tipo de robo es imperceptible a través de los sentidos, se requiere de una valoración jurídica de su *ratio essendi*, la cual, posteriormente, será analizada en "todo su contexto" para fundamentar su antijuridicidad o *ratio cognoscendi*. Aunque, de acuerdo con Mayer, los elementos normativos tienen una doble posición al encontrarse tanto en el tipo como en la

antijuridicidad.⁴⁷ Este es otro de los pasos importantes para dejar atrás la concepción del tipo avalorado o puramente objetiva formulada por Beling.⁴⁸

Los elementos normativos expresos pueden ser jurídicos o culturales. Buen ejemplo de los primeros es el concepto de servidor público previsto en el artículo 212 del CPF, pues solamente los funcionarios allí enlistados pueden tener esa calidad e incurrir en los delitos cometidos por servidores públicos previstos en los artículos 214 a 224 CPF, y entre los cuales se encuentra el abuso de autoridad, el cohecho, el peculado, el enriquecimiento ilícito, etcétera. De esta guisa, el particular que incrementa su patrimonio sin poder acreditar su lícita procedencia no podrá adecuarse a la conducta típica de enriquecimiento ilícito (artículo 224 CPF), porque no tiene la calidad de servidor público, o cuando lo es no está contemplado como tal en el artículo 212 del CPF.

Existen otros elementos normativos que requieren para su integración de un juicio valorativo cultural. Ello se puede apreciar en el delito de ultrajes a la moral pública, en el cual sólo podremos determinar si la imagen de la portada de la

⁴⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 281.

⁴⁸ Sin embargo, esto no quiere decir que Beling no haya contemplado los conocimientos del sujeto activo sobre dichos elementos normativos; sí que los contempló, pero los analizó dentro de la forma de culpabilidad dolosa; ello, al decir que el dolo "no requiere que el autor haya conocido el delito-tipo mismo o sus "elementos". Esto sería muy raro, puesto que los "delito-tipo" y sus elementos son figuras jurídicas que requieren un conocimiento especializado. Es necesario solamente el conocimiento de las circunstancias del hecho que contempladas jurídicamente, reproducen la imagen del delito-tipo legal. "Circunstancias del hecho" significa estado de cosas puramente objetivas; el autor no necesita haber efectuado su valoración jurídica (subsunción a un delito-tipo). BELING, Ernest Von, *Esquema del derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*. trad. de Sebastián Soler a la 11a. edición de 1930 del libro *Grundzüge des Strafrechts (Die Lehre von Tatbestand)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944, p. 77. En el mismo sentido, Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 61.

revista *Play boy* que distribuye el voceador es "obscena", y se adecua a la conducta descrita en el artículo 200, fracción I, CPF, acudiendo a valoraciones ideológico-culturales de la sociedad en un lugar y momento determinados.

ii) *Elementos normativos*

Se debe tomar en cuenta que ni el Código Federal de Procedimientos Penales ni los códigos adjetivos de los Estados ni ley alguna vigente en México contienen una definición de los elementos normativos. Por tal motivo podemos realizar una interpretación sobre su concepto y sus diferentes formas.

Así, los elementos normativos se pueden dividir en culturales y jurídicos.

- Culturales

Determinados tipos penales contienen en su descripción palabras cuyo significado sólo se puede establecer atendiendo a las costumbres y tradiciones sociales. Así, por ejemplo, lo obsceno de una imagen sólo se puede determinar atendiendo a la moral y tradición de una sociedad y es imprescindible realizar ese juicio para saber si la conducta del vendedor del puesto de periódicos que expone al público la revista *Play boy* encuadra o no en el tipo de ultrajes a la moral pública prevista en la fracción I del art. 200 del CPF. En este sentido, se debe recalcar la necesidad de atender al momento y lugar en el que se realiza la valoración, pues no es igual el juicio que una sociedad conservadora como la de Querétaro podría emitir sobre la revista *Play boy* que una sociedad más liberal como la del Distrito Federal o la de Tijuana. El momento

social también es importante, pues con el tiempo se pueden cambiar los criterios, como sucedió con la sociedad española, la cual consideraba contrario a la moral la exhibición de escenas sexuales en la televisión pública, es más ¡se prohibía transmitir hasta los besos! Mientras que al restaurar la democracia "el destape" se caracterizó por la transmisión de la imagen de una mujer que se desnudaba frente a la cámara sin considerarse como inmoral.

- Jurídicos

Los elementos normativos jurídicos requieren de una valoración conforme a la ley.

- Tradicionales

Determinados elementos descritos en el tipo requieren de una valoración jurídica. Otro ejemplo es el concepto de servidor público previsto en el artículo 212 del CPF. Pues, como ya hemos manifestado, solamente los funcionarios allí enlistados pueden tener esa calidad y realizar la conducta típica de abuso de autoridad, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito y, en general, aquellas conductas previstas en los artículos 214 a 224 del CPF.

Los elementos normativos jurídicos tradicionales no requieren de mayor explicación. En cambio, sí es muy relevante señalar que el legislador no puede describir con exactitud todas las circunstancias del hecho para plasmarlas en el tipo y por ello es necesario acudir a una interpretación jurídica que nos permita delimitar el radio de prohibición de la norma, es decir, que nos permita representarnos qué hechos sí deben

considerarse como típicos y cuáles no. Esta labor normativa jurídica de interpretación se realiza con la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta, de la cual me ocupo a continuación.

- De imputación (teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta)

Tal como hemos manifestado, la realidad ofrece multiplicidad de conductas, algunas de las cuales no se encuadran exactamente en el texto de la ley y que, sin embargo, el principio de justicia material nos indica que deberían ser sancionadas penalmente. Así, por ejemplo, piénsese en la conducta del empresario que ordena el funcionamiento de su centro de espectáculos a sabiendas de que no cumple con las medidas de seguridad exigidas, lo cual genera que haya un corto circuito durante el espectáculo y mueran varias personas. En ese supuesto, el texto de la ley es insuficiente para determinar si la conducta del empresario y del funcionario que expidió la autorización para el funcionamiento del centro, realizaron la conducta de privar de la vida a otro culposamente. Sólo delimitando los alcances del tipo normativamente podemos contestar a esa pregunta, y eso lo haremos a través de los criterios de imputación.

Por el contrario, existen conductas que objetivamente son exactamente las descritas en el texto de la ley, como la conducta del arquitecto que recibe en Mexicali un cheque de cuarenta mil dólares americanos para iniciar la construcción de un centro comercial y, momentos después, sale del territorio nacional para hacer sus compras a Caléxico, sin declararlo en la aduana ni a la salida ni a la entrada al país. Como ya

vimos, la conducta se encuadra perfectamente en el texto del artículo 105, fracción XIII, segundo párrafo, del Código Fiscal de la Federación⁴⁹ y, sin embargo, dicha conducta no debería ser considerada como típica. Por ello, es necesario determinar cuáles son las conductas que pretende prevenir y sancionar el legislador penal, y ello sólo se consigue a través de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y los alcances de la prohibición.⁵⁰ Dicha tarea se realiza atendiendo a los elementos normativos implícitos en la conducta típica, los cuales son una serie de criterios normativos que se agrupan en lo que he denominado como "teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta" o, como la llama la reciente doctrina mayoritaria, "teoría de la imputación objetiva del resultado".⁵¹

No seguimos la denominación de teoría de la imputación objetiva del resultado, porque la consideramos una traducción desafortunada de la terminología empleada por la doctrina alemana, que sólo se refiere a la teoría de la imputación objetiva (*Die objektive Zurechnung*)⁵² o de imputación al tipo

⁴⁹ Artículo 105.- Será sancionado con las mismas penas del contrabando, quien:
XIII....

La persona que no declare en la aduana a la entrada al país o a la salida del mismo, que lleva consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América se le sancionará con pena de prisión de tres meses a seis años. En caso de que se dicte sentencia condenatoria por autoridad competente respecto de la comisión del delito a que se refiere este párrafo, el excedente de la cantidad antes mencionada pasará a ser propiedad del fisco federal, excepto que la persona de que se trate demuestre el origen lícito de dichos recursos.

⁵⁰ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, pp. 131 y 204; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal (p.g.)*, p. 235.

⁵¹ El origen de la teoría de la imputación objetiva del resultado es discutido. El mismo Mezger se refirió a la acción como imputación, sin desarrollar dicha idea. Cfr. MEZGER, E., *Tratado...* t. I, pp. 188-190. Por su parte, algunos autores consideran que se trata de una formulación con raíces en la teoría de la adecuación. Cfr. ROXIN, Claus, *Finalidad e imputación objetiva*, p. 136. También Maihofer enunció la existencia de una doctrina de la imputación objetiva de resultados. Cfr. de este autor, *Handlungsbegriff*.

⁵² Cfr. FREUND, Georg, *Strafrecht...*, pp. 51 y ss.

objetivo (*Die Zurechnung zum objektiven Tatbestand*),⁵³ siendo que la doctrina española le ha agregado todos los demás adjetivos. Además, con estos criterios no estamos buscando "imputar objetivamente", porque esa clase de imputación sólo se consigue a través de criterios causales o físicos. Sería tanto como volver a la teoría causalista de la conducta, en la que podemos decir que quien disparó contra otro le causó el resultado de muerte, y por eso le podemos imputar objetivamente el resultado de muerte al sujeto activo. En realidad, lo que buscamos son "criterios normativos" que nos ayuden a sustentar debidamente cuándo podemos imputar un resultado a una conducta, sea de acción o de omisión.

Así, los criterios normativos implícitos nos sirven para determinar si un resultado se puede atribuir o imputar a la conducta del sujeto activo. Por imputar se entiende, en términos lisos y llanos, el cargar a la cuenta de alguien algo, tal y como sucede con el huésped de un hotel que toma una botellita de tequila del *servibar* y su precio le será cargado a su cuenta.

A través del nexo de imputación sustentado en la norma se consigue poner límites a la atribución de resultados por la simple causalidad derivada de la existencia de un nexo causal material (sistema clásico)⁵⁴ y se fundamenta la imputación

⁵³ Cfr. ROXIN, Claus, *Strafrecht...*, t. I, pp. 287 y ss.

⁵⁴ En este sentido, Cfr. ROXIN, Claus, *Finalidad e imputación objetiva...*, pp. 131-133. Por su parte, Jakobs critica el nexo causal porque: "una responsabilidad por el resultado basada en la causalidad debería atribuírsele tanto al autor como a la víctima, y, además, a innumerables personas que, todas juntas, han sido causantes del resultado. La consecuencia sería, en lugar de una posibilidad de orientación, una atribución inexpressiva a cualquiera que tuviera un contacto casual con el autor o la víctima; cita en JAKOBS, Günther, *Sobre la función de la parte subjetiva...*, p. 635. En el mismo sentido, Marcelo Ferrante manifiesta cómo el espectro de conductas abarcadas por un tipo sustentado en criterios puramente causales daba lugar al "agigantamiento del tipo cuya delimitación tampoco pudo superarse a través del tipo subjetivo sino sobre la teoría de la imputación objetiva". Cfr. del autor citado, *Una introducción a la teoría...*, pp. 16-21.

del resultado en los delitos de omisión, lo cual no se consiguió acudiendo al nexo de causalidad puro del sistema clásico ni con la causalidad adecuada del sistema neoclásico y tampoco con el nexo causal dirigido por la finalidad del sistema final de acción.⁵⁵

En este contexto

lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla —desde la causalidad hacia la acción— sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos de consideraciones normativas, permiten fundamentar porqué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo —y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto—, infracción del deber de cuidado, resultado típico); permiten fundamentar porqué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también —lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo que es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle— la imputación objetiva.⁵⁶

Como se puede deducir de lo antes expuesto, los elementos normativos implícitos son aplicables a las conductas típicas de resultado (delitos de resultado), en los cuales "el tipo

⁵⁵ Cfr. ROXIN, Claus, *Finalidad e imputación objetiva...*, pp. 141-143.

⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Qué es la imputación objetiva? ...*, p. 212. Por su parte Sancinetti manifiesta que la teoría de la imputación objetiva es propiamente "el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible, especialmente respecto de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo relativamente abierto. Del autor citado, *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva...*, p. 39.

requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y en el espacio de la acción del autor",⁵⁷ y no tiene aplicación para las conductas típicas de mera actividad (delitos de mera actividad), porque en ellos el resultado se verifica al mismo tiempo que se realiza la conducta.

Debemos reafirmar que el fundamento legal para la aplicación de la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta lo encontramos en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual señala que para la integración del cuerpo del delito se deberá atender a los elementos normativos "cuando el tipo así lo requiere" con esta expresión no sólo se debe atender a los elementos normativos expresos en el tipo porque el legislador mexicano utilizó el termino "requerir", y esos es lo que ocurre en varios supuestos en los que no tenemos certeza si el resultado se le puede atribuir a la conducta del sujeto y por ello es necesario atender a criterios normativos que nos ayuden a delimitar los alcances del tipo.

Como todavía no existe unidad sobre los rubros bajo los cuales se pueden identificar los principios o reglas de la teoría de la imputación objetiva,⁵⁸ y siendo novedosa nuestra propuesta sobre la existencia de elementos normativos implícitos en el tipo que conforman la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta, podemos proponer dos grandes criterios para delimitar el radio de prohibición de la norma,

⁵⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 345. También, *Cfr. Ibidem*, p. 328.

⁵⁸ Esta indefinición se debe, fundamentalmente, a que como señala Gimbernat Ordeig, los criterios de la imputación se deducen del sentido y fin de las prohibiciones penales y de los principios que deben informarlas; no se encuentran, por tanto, escritos expresamente en la ley. *Cfr. del autor citado, ¿Qué es la imputación objetiva?* pp. 212-213.

a saber: 1) ausencia de voluntad, y 2) alcances del tipo. Como de ello me he ocupado en otra obra, remitimos al lector a la misma para conocer este desarrollo.⁵⁹

5. MOMENTO PROCEDIMENTAL PARA LA ACREDITACIÓN DE LAS MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS DEL DELITO

De acuerdo con la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público debe acreditar plenamente el cuerpo del delito durante la averiguación previa y si dicho cuerpo del delito es en realidad el tipo objetivo, entonces lo que trata de realizar el Ministerio Público es allegarse de todos los medios de prueba para determinar cuál es el hecho acaecido en la realidad para tratar de ubicarlo en el tipo correspondiente y, de esta manera, realizar el juicio de tipicidad. En este sentido, las circunstancias calificativas (atenuantes y agravantes) forman parte de la descripción normativa de la conducta prohibida, porque relacionan varios artículos de la ley penal para ubicar adecuadamente la conducta en el marco legal, de ahí que no sea lo mismo matar a privar de la vida con el consentimiento de la víctima o habiendo concurrido la premeditación, la alevosía o la traición. En este sentido, el Ministerio Público violaría la garantía de legalidad si existiendo datos sobre la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo hiciera caso omiso de ello y se concentrara tan sólo en determinar si el indiciado privó de la vida a otro y lo consignara por un homicidio simple y con mucha mayor razón sería constitutiva de violación de garantías si el Juez

⁵⁹ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique y CANCIO MELÍA, Manuel, *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Colección Autores de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina.

no tomara en cuenta dicho consentimiento del sujeto pasivo al dictar el auto de término constitucional para determinar la situación jurídica del consignado. De igual forma no es lo mismo simplemente privar de la vida a otro que hacerlo con ventaja y premeditación como lo hizo la célebre "mataviejitas". Si esto es así, es indiscutible que el Ministerio Público está obligado a investigar durante la averiguación previa la concurrencia de las circunstancias calificativas del delito (atenuantes y agravantes) no sólo para cumplir debidamente con su labor y dar vigencia al principio de legalidad, sino también por cuestiones prácticas, pues ¿cómo podría el Juez determinar en el auto de término constitucional exactamente la conducta por la cual va a procesar al consignado si no tiene los elementos de prueba que lo sustenten?; y ello no debe ser subsanado hasta el proceso penal, porque esa no es la etapa procedimental conveniente para allegarse nuevos medios de prueba, porque ello debió quedar plenamente establecido durante la averiguación previa y porque se violarían las garantías del procesado al no saber con exactitud la conducta por la cual se le está privando de su libertad y al mismo tiempo no estaría en posibilidad de ofrecer todos los medios de prueba en su defensa,⁶⁰ generando un agravio personal y directo que podría ser el sustento para promover el amparo de la justicia federal.⁶¹

Cuestión aparte es el análisis de las modificativas del delito entendidas como aquellas circunstancias que cambian el título de imputación, es decir, conllevan a establecer un cuerpo del delito distinto. Empero, para entrar a este punto es

⁶⁰ En contra de la postura aquí adoptada se pronuncia Alejandro Sosa Ortiz, en su obra *Los elementos del tipo penal...* esp. pp. 253-254.

⁶¹ Sobre el principio de agravio personal y directo Cfr. OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, *El amparo...* esp. pp. 14-18.

necesario recordar nuevamente que la legislación procesal sólo obliga al Ministerio Público a acreditar plenamente el cuerpo del delito (tipo objetivo) y deja que el tipo subjetivo (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo) se establezca con indicios (no pruebas plenas) en la probable responsabilidad y, por tanto, no es obligación del Ministerio Público acreditarlos plenamente. Lo anterior fue el resultado de la reforma de 8 de marzo de 1999 a los artículos 16 y 19 de la Constitución y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, con la cual se cambió lo dispuesto en la reforma de 1994 que no sólo había sustituido la denominación de cuerpo del delito por el de tipo penal, sino que además incluía dentro de los elementos del tipo los elementos objetivos (conducta, nexos, lesión del bien jurídico y atribuibilidad) y los subjetivos (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos) y ordenaba que todos ellos quedaran plenamente acreditados durante la averiguación previa.

Atento a lo anterior, después de la reforma de 1999, el Ministerio Público está obligado a recabar todas las pruebas necesarias para determinar si existen circunstancias que modifiquen el título de imputación por el cual va a consignar al indiciado. En este sentido, si la persona a la que se le imputa un enriquecimiento ilícito porque incrementó desproporcionadamente su patrimonio y trabajaba en una oficina de gobierno, si se descubre durante la averiguación previa que no tiene la calidad de servidor público, entonces el agente del Ministerio Público no podrá acreditar el cuerpo del delito y deberá dejar libre a la persona. De igual forma no podrá haber robo si en la averiguación se determina que el propietario entregó la cosa al indiciado para su custodia, con lo cual deberá cambiar el título de imputación por el de abuso de

confianza. Hasta aquí una muestra sobre el porqué se deben investigar y analizar los elementos objetivos y normativos que conforman el cuerpo del delito. Pero no se debe olvidar que el Ministerio Público también debe evaluar los criterios de imputación normativa del resultado a la conducta como parte de los elementos normativos, pues si consignara por lesiones a la persona que durante un partido de fútbol y estando la pelota en juego lesionó a su adversario, estaría olvidando su función de representante social al consignar a un ciudadano que no debe ver amenazada su libertad porque se le va a consignar ante un Juez; o en el caso que ya resolvimos del arquitecto que sacó e introdujo un cheque por cuarenta mil dólares sin declararlos en la aduana. Estos son dos ejemplos que ponen en evidencia la necesidad de que el Ministerio Público realice su labor de investigación teniendo en cuenta toda la dimensión de los elementos objetivos y normativos que conforman al cuerpo del delito y que servirán de sustento para consignar, solicitar la orden de aprehensión al Juez o dejar en libertad al indiciado y, de esta forma, realizar su acto de autoridad debidamente fundado y motivado.

Empero, el mayor problema en torno a las modificativas del delito se encuentra en el dolo, la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo, pues, como hemos manifestado, después de la reforma de 1999 ya no se exige al Ministerio Público acreditarlos plenamente durante la averiguación previa y establecerlos con indicios. Si esto es así ¿cómo saber si las lesiones provocadas con arma de fuego se deben encuadrar en el tipo de lesiones consumadas o en el de tentativa de homicidio? ¿Cómo determinar si la detención de una persona constituye un delito de privación ilegal de la libertad, uno de secuestro o el inicio de una violación

o de un homicidio? ¿Podemos presumir que el apoderamiento de un coche es para venderlo y no para simplemente usarlo? Todo lo anterior es una muestra de la problemática del dolo, pues el conocimiento y la intención de realizar la conducta dirigida hacia determinado fin sólo la puede determinar quien realiza la conducta y es por ello que el Ministerio Público necesita preguntarle directa e indirectamente cuál era su finalidad, pues sólo así podrá determinar si el cuerpo del delito que pretende acreditar es el correcto o es uno distinto ¡las apariencias engañan! Como de la problemática del dolo ya me he ocupado en otra de mis obras, remito al lector a ella.⁶²

Tampoco basta con indicios para sustentar la culpa, se requiere de hechos probados que establezcan que quien atropelló a la víctima y la lesionó sólo violó un deber de cuidado y no tuvo intención de lesionarla o matarla, pues objetivamente el hecho es el mismo y sólo el análisis y acreditación del tipo subjetivo nos ayudará a establecer si estamos ante una tentativa de homicidio o ante unas lesiones culposas.⁶³ Asimismo, si se trata de un delito culposo es imprescindible determinar cuáles son los artículos de la ley que imponía el deber de cuidado violado por el indiciado, pues de lo contrario no se podría justificar el acto de molestia en contra del indiciado por faltar la fundamentación correspondiente.

De igual forma es necesario acreditar los elementos subjetivos requeridos por el tipo (ánimos, intenciones o fines) de lo contrario no podremos saber si el acoso reiterado del jefe a su empleada encuadra en el tipo de hostigamiento sexual que requiere que, además, sea con fines lascivos.

⁶² Véase DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Dolo (Causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3^o ed., México, Ed. Porrúa, 2001.

⁶³ En este sentido Cfr. CASTRO GARCÍA, Alfredo, *Ensayo sobre las calificativas en los delitos de lesiones y homicidio*, México, s.e., 1951, p. 10.

Lo anterior es una clara muestra del porqué se deberían investigar durante la averiguación previa tanto el cuerpo del delito (tipo objetivo) y el tipo subjetivo y aportar pruebas que los sustenten, pues de lo contrario se estaría integrando una averiguación deficiente cuyas indagaciones podrían conducir a demostrar algo que desde el principio no existía, dejando sin sustento el acto de autoridad (motivado y fundado) que causará molestia al ciudadano y que, por tanto, sería constitutivo de violación de las garantías constitucionales.

6. CONCLUSIÓN

Tanto las circunstancias calificativas (agravantes y atenuantes) como las modificativas del delito deben averiguarse y probarse desde la averiguación previa y deben ser analizadas por el Juez para dictar el auto de término constitucional.

7. BIBLIOGRAFÍA

BELING, Ernest, *El rector de los tipos de delito*, trad. L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, Reus, Madrid, 1936.

CASTRO GARCÍA, Alfredo, *Ensayo sobre las calificativas en los delitos de lesiones y homicidio*, s.e., México, 1951. pp. 3-19.

CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, 2ª ed., Tecnos, España, 1981.

DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal, parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, coedición de la Editorial Porrúa y la UNAM, México, D.F., 2003, 421 págs.

_____ *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3ª ed., Edit. Porrúa, México, D.F., 2001, 270 págs.

_____ y Manuel CANCIO MELÍA, *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Colección Autores de Derecho Penal. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina, 108 págs.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal*, 2ª ed., t. I., Ed. Porrúa, México, 1989.

FREUND, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil (personale strafatlehre)*, Germany, Springe, 1998.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho penal mexicano (Los delitos)*, 28º ed., Porrúa, México, 1996.

MALO CAMACHO, Gustavo, "calificación del delito" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo II, C-Ch, Ed. Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983.

MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, "circunstancias agravantes y atenuantes", en *Diccionario de Ciencias Penales (intervinculado)*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina.

OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, *El amparo penal indirecto (suspensión)*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002.

_____ "las calificativas" en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 13, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, México, 2003.

PUPPE, Ingeborg, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", en Wolfgang Frisch et al., *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

RIVAS BELANDRIA, Juan José, *La relación de causalidad en la calificación del delito*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1959.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, 2ª ed., Valencia, Universidad de Valencia, Secretariado de publicaciones, España, 1978. 160 págs.

ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

SOSA ORTIZ, Alejandro, *Los elementos del tipo penal (la problemática de su acreditación)*, Ed. Porrúa, México, 1999.

WELZEL, Hans, *Derecho penal (parte general)*, trad. Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956.

OBRAS GENERALES

Diccionario de sinónimos (ideas afines y contrarios), Ed. Teide, Barcelona, Bogotá. México.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	11
I. EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN	13
II. EL DELITO Y SUS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS	17
III. CONTRADICCIÓN DE TESIS 114/2001-PS	25
1. ANTECEDENTES	25
2. ARGUMENTOS SUSTENTADOS POR EL QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO	26
3. ARGUMENTOS DEL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO	28
4. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL	29

a)	Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	29
b)	Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal	31
c)	Exposición de motivos de la reforma al artículo 19 constitucional, publicada en el <i>Diario Oficial de la Federación</i> del 8 de marzo de 1999	34
	5. CONSIDERACIONES DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	36
IV.	TESIS DERIVADA DE LA RESOLUCIÓN	43
V.	CONCLUSIONES	45
VI.	COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM ¿SE DEBEN ANALIZAR LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL O EN LA SENTENCIA?	49
	1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	49
	2. CONCEPTOS PRELIMINARES	50
	3. CONCEPCIÓN DEL TIPO Y LA TIPICIDAD	54
a)	Evolución del tipo penal	54
i)	En el sistema clásico	54
ii)	En el sistema neoclásico	55
iii)	En el sistema finalista	57
iv)	En el sistema funcionalista	60
v)	El tipo y la tipicidad de acuerdo con el sistema funcionalista social del Dr. Díaz-Aranda	62
	4. EL CUERPO DEL DELITO Y EL TIPO PENAL	64
a)	Elementos objetivos	66
b)	Elementos normativos de la conducta típica	69
i)	Elementos normativos expresos	70
ii)	Elementos normativos	72
•	Culturales	72
•	Jurídicos	73

5. MOMENTO PROCEDIMENTAL PARA LA ACREDITACIÓN DE LAS MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS DEL DELITO	79
6. CONCLUSIÓN	84
7. BIBLIOGRAFÍA	84

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en septiembre de 2006 en los talleres de Ediciones Corunda, S.A. de C.V., Tlaxcala núm. 17, Col. San Francisco, Delegación Magdalena Contreras, C.P. 10500, México, D.F. Se utilizaron tipos Futura Lt Bt y Futura Md Bt en 10, 11 y 13 puntos. La edición consta de 4,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

