

F D

00781

• Carrera Domínguez, José Guadalupe.

• Doctorado en Derecho

4/2 es.

LAS CALIFICATIVAS EN EL DELITO.

1998

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO.

CONSIDERACIONES GENERALES.

265553

1.-	Cuestiones conceptuales.	1
1.1.-	Concepto de circunstancia y otros términos equivalentes.	1
1.2.-	Pluralidad de usos del término "circunstancia" en la legislación penal mexicana.	7
1.3.-	Diversas acepciones del concepto "circunstancias calificativas" en la doctrina y jurisprudencia.	12
1.4.-	Concepto que mejor define a las agravantes y atenuantes.	16

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

2.-	Aspectos políticos criminales de las circunstancias calificativas	18
2.1.-	La función de la política criminal.	18
2.2.-	La función político criminal de las circunstancias calificativas.	23
3.-	Aspectos dogmáticos del delito y ubicación de las calificativas en la estructura del delito.	25
3.1.	La dogmática penal y su función.	25
3.2.-	Estructura del delito.	28
3.3.	Sistemas que estudian el delito y su relación con las circunstancias calificativas.	30
	3.3.1.- Sistema causalista.	31
	3.3.2.- Sistema finalista.	34
	3.3.3.- El sistema y la doctrina penal mexicana.	40
4.-	Método y sistema a seguir para el análisis del tema	51
4.1.	Método.	51
4.2.	Sistema a seguir.	53

CAPITULO SEGUNDO.

LAS CALIFICATIVAS EN EL DERECHO PENAL MEXICANO. (VISION HISTORICA).

1.-	La regulación de las circunstancias calificativas en la Constitución Política de México. Aspectos históricos.	57
-----	---	----

1.1.-	La Constitución de 1812.	58
1.2.-	La Constitución de 1824.	58
1.3.-	Proyecto de ley constitucional de 1847.	59
1.4.-	La Constitución de 1857.	60
1.5.	La Constitución de 1917.	61
1.6.-	Resumen.	67
2.-	Evolución de las calificativas en el Código penal Mexicano.	69
2.1.-	Período precolonial y colonial.	69
2.2.-	Período Independiente.	72
a).-	El Código Penal de 1835 de Veracruz.	72
b).-	El Código Penal de 1871.	75
c).-	El Código Penal de 1929.	86
d).-	El Código Penal de 1931.	98
e).-	Anteproyectos de Código Penal de 1949, 1958, 1963, 1983 y 1991.	102
2.3.-	Resumen.	109
3.-	Evolución legislativa de las circunstancias calificativas en los Códigos de Procedimientos Penales.	111
3.1.-	Ordenamientos procesales de 1869 y 1880.	111
3.2.-	Código Procesal Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1894.	114
3.3.-	Código de Organización de Competencia de Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios de 1929.	115
3.4.-	Código de Procedimientos Penales de 1931.	116
3.5.-	Resumen.	119

4.- Regulación de las circunstancias calificativas en las legislaciones penales y procesales de los Estados de la República Mexicana.	120
4.1. Códigos que siguen criterios de la legislación penal y procesal federal y Códigos que siguen criterios distintos.	121
4.2.- Resumen.	123 .

CAPITULO TERCERO.

LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICATIVAS A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO.

1.- Importancia de las calificativas en la legislación de otros países.	126
2.- Países europeos.	
2.1.- Alemania.	127
2.1.1.-Regulación de las calificativas en la legislación penal Alemana	127
2.1.2.-Opinión de la doctrina.	129
2.2.- Italia.	131
2.2.1.-Regulación de las calificativas en la legislación penal Italiana.	131
2.2.2.-Opinión de la doctrina.	134

2.3.-	España.	
2.3.1.-	Regulación de las calificativas en el Código Penal la Ley de Enjuiciamiento Criminal.	136
2.3.2.-	Opinión de la doctrina.	139
2.4.-	Comentarios finales.	141
3.-	Países Latinoamericanos.	
3.1.	Argentina.	142
3.1.1.	Regulación de las calificativas en la legislación Argentina.	142
3.1.2.	Opinión de la doctrina.	145
3.2.	Costa Rica.	
3.2.1.	Regulación de las calificativas en la legislación de Costa Rica.	145
3.3.-	Colombia.	
3.3.1.	Regulación de las calificativas en la legislación Colombiana.	147
3.4.-	Comentarios finales.	150

CAPITULO CUARTO.

TRATAMIENTO DE LAS CALIFICATIVAS A LA LUZ DE LA CONSTITUCION.

1.- Reflexiones sobre el manejo y contenido de las calificativas antes de las reformas del 4 de septiembre de 1993 a los artículos 19 y 20 constitucionales.	153
1.1.- Contenido del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal.	154
1.1.1.- Antecedentes.	154
1.1.2. Criterio sostenido por la doctrina y la jurisprudencia.	
1.1.2.1 Doctrina.	158
1.1.2.2. Jurisprudencia.	163
1.1.3. Análisis.	166
1.1.4.- Resumen.	169
1.2.- Reglas para comprobar el Cuerpo del Delito.	170
1.2.1.- Circunstancias Calificativas en el Cuerpo del Delito.	178
1.2.2.- Circunstancias calificativas relacionadas con la responsabilidad penal.	182
2.- Reflexiones sobre el contenido y manejo de los artículos 16, 19 y 20 fracción I constitucional reformado en 1993.	187
2.1. Alcances del artículo 16 Constitucional.	187

2.2.- Artículo 19 y su interpretación judicial.	193
2.3.- La reforma a la fracción I del artículo 20	196
3.- Tratamiento de las calificativas por las instituciones que intervienen en el procedimiento.	200
3.1.- Criterio del Ministerio Público en el manejo de las calificativas.	200
3.2.- Postura del Organo Jurisdiccional.	206
3.2.1.-Criterio de la Suprema Corte de Justicia.	206
3.2.2.-Postura de los Tribunales Colegiados de Circuito.	210
4.- Resumen.	217

CAPITULO QUINTO.

ANALISIS SISTEMATICO DE LAS CALIFICATIVAS SEGUN LA LEGISLACION PENAL Y PROCESAL.

1.- Los elementos del tipo y la responsabilidad.	221
1.1.- Concepto y estructura del tipo penal.	221
1.2.- Concepto y contenido de la responsabilidad penal.	233
2.- Ubicación sistemática de las circunstancias calificativas en la estructura del delito.	236
2.1.- Circunstancias que se relacionan con los	

elementos del tipo.	240
2.2.- Circunstancias que se relacionan con la culpabilidad.	241
3.- Las calificativas en nuestra legislación y diversas formas de manifestarse.	244
3.1.- Circunstancias que contempla el Código Penal.	244
3.1.1. Circunstancias agravantes.	246
3.1.2.- Circunstancias atenuantes.	249
3.1.3.-Circunstancias que repercuten en la pena.	251
4.- Análisis de las calificativas que se relacionan con los elementos del tipo.	255
4.1.- Las calificativas que se relacionan con los elementos objetivos.	255
4.2.- Las calificativas que se relacionan con los elementos subjetivos.	277
4.3. Atenuantes que se relacionan con elementos del tipo penal.	287
5.- Análisis de las calificativas que se relacionan con la culpabilidad.	292

CAPITULO SEXTO.

PROBLEMAS ESPECIALES.

1.-	El error y las calificativas.	298
1.1.-	Dolo y error. El error de tipo como causa de atipicidad.	298
1.2.-	Error sobre las calificativas.	302
1.3.-	Error en la atenuantes.	306
2.-	Las Calificativas y el concurso.	308
2.1.-	Concurso aparente de normas.	308
2.2.-	Concurso de normas y calificativas.	314
3.-	Las calificativas en el concurso de personas. La comunicabilidad de las circunstancias.	322
3.1.-	Concurso de personas (autoría y participación).	322
3.2.-	Comunicabilidad de las circunstancias y las calificativas.	329
4.-	Las calificativas en los casos de tentativa punible.	335
4.1.-	De la tentativa punible.	335
4.2.-	Las calificativas en la tentativa.	338
5.-	Las calificativas en los delitos de omisión.	344
5.1.-	De la omisión.	344
5.2.-	Las calificativas en los delitos de omisión.	348
6.-	Las calificativas en los delitos culposos	350

6.1.- Los delitos culposos.	350
6.2.- Las calificativas y su relación con los delitos culposos.	352
CONCLUSIONES.	357
PROPUESTAS.	360
BIBLIOGRAFIA.	

Título de la tesis:

"LAS CALIFICATIVAS EN EL DELITO"

Grado y nombre del tutor o director de tesis:

DR. MOISES MORENO HERNANDEZ

Institución de adscripción del tutor o director de tesis:

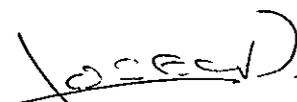
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Resumen de la tesis: (Favor de escribir el resumen de su tesis a máquina, como máximo en 25 renglones a un espacio, sin salir de la extensión de este cuadro.)

EL TEMA DE INVESTIGACION HA PROVOCADO DIVERSAS CONTROVERSIAS EN LA DOCTRINA Y ELLO HA REPERCUTIDO TANTO EN LA LEGISLACION COMO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRO PAIS; LAS CALIFICATIVAS SON LAS AGRAVANTES O ATENUANTES QUE AGRAVAN O ATENUAN EL DELITO Y COMO CONSECUENCIA LA PENA. EL TEMA DE INVESTIGACION TRATA DE DESENTRAÑAR ALGUNAS DUDAS EN SU CONCEPCION DOGMATICA Y ADEMAS QUE TENGA ALCANCE Y TRASCENDENCIA PRACTICA QUE SE REFLEJE EN EL MUNDO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES, BAJO UN ENFOQUE DE UN SISTEMA QUE INTERPRETE DE MANERA ADECUADA LA LEY VIGENTE Y BRINDE SEGURIDAD JURIDICA. LA INVESTIGACION NO NADA MAS ABORDA ASPECTOS HISTORICOS DE NUESTRA LEGISLACION SINO QUE TAMBIEN REFLEJA UN ANALISIS COMPARADO DE LA CODIFICACION INTERNACIONAL REPRESENTADA POR TRES PAISES DEL CONTINENTE EUROPEO (ALEMANIA, ITALIA, Y ESPAÑA), Y CUATRO DEL CONTINENTE AMERICANO (ARGENTINA, COSTA RICA, COLOMBIA Y MEXICO), LA COMPLEJIDAD DEL TEMA ES MULTIPLE YA QUE NO SOLAMENTE SE AVOCA A DESENTRAÑAR LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS CALIFICATIVAS; SINO TAMBIEN RESUELVE LAS QUE SE RELACIONAN CON FIGURAS COMO EL ERROR EN LAS CALIFICATIVAS, LAS CALIFICATIVAS Y EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS, LAS CALIFICATIVAS EN LOS CASOS DE TENTATIVA PUNIBLE, LAS CALIFICATIVAS EN LOS DELITOS DE OMISSION Y LAS CALIFICATIVAS EN LOS DELITOS CULPOSOS. PARA DAR RESPUESTA A ESA PROBLEMÁTICA, SE PARTE DEL ANALISIS HISTORICO Y DOGMÁTICO DEL CONCEPTO DE CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL, DE RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD, VINCULANDO LOS CONTENIDOS DEL CONCEPTO DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO CON LOS DEL DERECHO PENAL PROCESAL. SE REALIZA UN ANALISIS EXHAUSTIVO PARA PLANTEAR UNA TEORIA GENERAL.

LOS DATOS ASENTADOS EN ESTE DOCUMENTO CONCUERDAN FIELMENTE CON LOS REALES Y QUEDO ENTERADO QUE, EN CASO DE CUALQUIER DISCREPANCIA, QUEDARÁ SUSPENDIDO EL TRÁMITE DEL EXAMEN

Fecha de solicitud: 28 de agosto de 1998


Firma del alumno

Acompaño los siguientes documentos:

- Nombramiento del Jurado del examen de grado
- Aprobación del trabajo escrito por cada miembro del Jurado
- Copia de la última revisión de estudios
- Comprobante de pago de derechos por registro del grado

Biblioteca del Plantel

Biblioteca Central

Entrega ejemplares de tesis

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
SECRETARÍA GENERAL
DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
SOLICITUD PARA EL TRÁMITE DE EXAMEN DE GRADO DE MAESTRÍA O DOCTORADO

DATOS GENERALES

No. de cuenta 91820723 (7) No. de expediente 7912045
Nombre CARRERA DOMINGUEZ JOSE GUADALUPE
primer apellido segundo apellido nombre(s)
Dirección ANDADOR 2 TLIXOCHITL No. 5 Colonia AMP. BO. SN. MARCOS
Población o ciudad XOCHIMILCO Del. o municipio XOCHIMILCO Estado MEXICO
C.P. 16038 Tel. particular 676-89-77 Tel. oficina 578-8528
Nacionalidad MEXICANA Sexo F M
Lugar de nacimiento MEXICO, D.F. Fecha de nacimiento 11-12-51
Dirección de origen AND. 2 TLIXOCHITL No. 5 AMPL. BO. SAN MARCOS
población o ciudad estudio país código postal

ESTUDIOS ANTECEDENTES

LICENCIATURA

Plan de Estudios ESCOLARIZADO
Institución U. N. A. M. Facultad o escuela DERECHO
País MEXICO Estado DISTRITO FEDERAL
Promedio 7.84 Fecha de titulación (día/mes/año) 25-JULIO-1975

ESTUDIOS DE POSGRADO

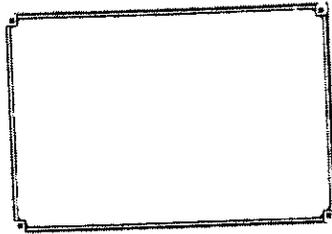
Nivel y plan de estudios MAESTRIA -ESCOLARIZADO
Institución INACIPE- UNAM Facultad o escuela INACIPE-DERECHO
País MEXICO Estado DISTRITO FEDERAL
Fecha de diplomación o graduación (día/mes/año): Julio 1992 Agosto de 1990
Nivel y plan de estudios DOCTORADO POR INVESTIGACION
Institución: U. N. A. M. Facultad o escuela DERECHO
País MEXICO Estado DISTRITO FEDERAL
Fecha de diplomación o graduación (día/mes/año) _____

DATOS PARA LA REVISIÓN DE ESTUDIOS

Entidad académica UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
Plan de estudios POR INVESTIGACION
Año y semestre de ingreso 1992 Promedio indicado en la última revisión de estudios _____
Año y semestre en que cursó su última asignatura o concluyó los requisitos del plan de estudios 1995-2
Cursó el plan de estudios con beca sí no Otorgada por _____
Realizó tesis sí no Con beca sí no Otorgada por _____

QUALIFYINGS IN THE LAW FELONY

THE RESEARCH'S TOPIC HAS PROVOCATED SOME CONTROVERSIES IN THE DOCTRINE AND IT HAS REBOUNDED IN THE LEGISLATION LIKE A JURIS--PRUDENCE IN OUR COUNTRY, THE QUALIFYINGS IN THE LAW FELONY ARE AGGRAVATINGS AND EXTENUATINGS THAT MAKE WORST OR BETTER THE LAW FELONY AND LIKE A CONSEQUENCE THE PUNISHED. THE RESEARCH'S TOPIC TRY TO DISENBOWEL SOME DOUBTS IN ITS DOGMATIC IDEA IN THE OTHER HAND THAT? IT HAS PARCTICE REACH AND IMPORTANCE THAT REFLECT INTO THE LAW RESOLUTION'S WORLD, UNDER A FOCUSING OF A SYSTEM THAT INTERPRETER IN A RIGHT WAY THE EFFECTIVE LAW AND IT GIVES LAW SECURITY. THE RESEARCH NOT ONLY UNDERTAKES HISTORIC ASPECTS OF OWN LAW? BUT IT ALSO REFLECT A COMPARATIVE ANALYSIS WITH INTERNA TIONAL CODES REPRESENTED BY THREE EUROPE'S COUNTRIES (GERMANY, ITALY AND SPAIN), AND FOUR COUNTRIES OF AMERICA (ARGENTINA, COSTA RICA, COLOMBIA AND MEXICO), THE COMPLEX OF THE TOPIC IS MULTIPLE BECAUSE IT'S NOT ONLY DEDICATED TO DISENBOWEL THE LAW NATURE OF QUALIFYINGS IT ALSO RESOLVED THAT EXIST RELATION WITH FIGURES LIKE A MISTAKE IN THE QUALIFYINGS; THE QUALIFYINGS AND THE APPARENT CONTEST OF THE NORM, THE QUALIFYINGS IN THE CASES OF THE PUNISHABLE TENTATIVE, THE QUALIFYINGS IN THE OMITION LAW FELONIES AND THE QUALIFYINGS IN THE GUILTIER LAW FELONIES THEY GIVE AN ANSWER FOR THIS PROBLEMATIC, I BEGIN IN THE HISTORIC AND DOGMATIC ANALYSIS OF THE CONTAINED OF THE LAW FELONIES BODY AND KIND OF LAW RESPONSABILITY AND GUILTIER. CLOSEKINT THE CONTAIN OF THE IDEA OF CRIMINAL LAW, IT'S SUPPORT WITH THE PROCESSAL CRIMINAL LAW. IT'S MAKING AN ANALYSIS SUPPORT IN DOCUMENTS WITH THE END TO PUT A GENERAL TEORY OF THIS CIRCUNSTANCES.



INTRODUCCION.

Vivir en sociedad, implica referirse a un conjunto de comportamientos humanos orientados a la obtención de fines, que tienen relación con su conservación y desarrollo; sin embargo, entre aquéllos hay algunos que lesionan o ponen en peligro su estabilidad; frente a ello, el Estado debe adoptar una política eficaz, más aún cuando un hecho pone en riesgo o vulnera valores individuales o sociales, dichos comportamientos trascienden del derecho privado, al ámbito del derecho penal; de ahí que el legislador, atendiendo a una política criminal, que prevalezca en un estado de derecho, cree delitos como última *ratio* para mantener el equilibrio y armonía en la sociedad. Las conductas prohibidas tipificadas en el Código Penal no son solamente las que describe el tipo básico, sino también las circunstancias que intensifican o atenúan el delito.

El tema que pretendemos investigar ha provocado diversas controversias en la doctrina y ello ha repercutido tanto en la legislación como en la jurisprudencia, no solamente de nuestro país, sino de otras latitudes que han mantenido criterios dispares, según sean acogidas unas u otras concepciones doctrinales en torno al debatido tema denominado

por algunos "modificativas", "calificativas" o "modalidades", que no son otra cosa más que las "agravantes" o "atenuantes".

En la selección del tema denominado "las calificativas y el delito", se ha perseguido; por un lado, que fuera un punto discutido en el ámbito académico, tratando de desentrañar algunas dudas en su concepción dogmática y, por otra, que tenga un alcance y trascendencia práctica con la intención obligada de que se refleje en el mundo de las resoluciones judiciales, bajo el enfoque de un sistema que interprete, de manera adecuada, la ley vigente y que brinde seguridad jurídica, en respuesta a las exigencias científicas de nuestro tiempo.

Para abordar el tópic, se han reflexionado no solamente aspectos históricos de nuestra legislación, sino también se realiza un análisis comparado de la codificación internacional representada por tres países del continente europeo y cuatro del americano, con el fin de fijar las bases críticas de nuestra legislación y encontrar la solución más viable que brinde mayor seguridad en el estudio de lo que he denominado las "calificativas".

Para ello, se pretende realizar un análisis exhaustivo y documentado, con el fin de plantear no un conocimiento vulgar de lo que son las calificativas ni tampoco de crear una teoría general de las circunstancias, que sería osado de mi parte el proponerlo, pero aceptaría por lo menos que se desarrollara aún más este tema que la doctrina mexicana poco ha explorado.

La investigación realizada en este trabajo parte de una metodología jurídica donde se plantea como objeto de estudio, "las calificativas en el delito"; se determina el plan a seguir, que sería la estructura

del índice; se reúne toda la información metodológica a utilizar; se plantea una teoría que sería encontrar la naturaleza jurídica de las calificativas y su relación con toda la teoría del delito y, por último, verificar si esta teoría se aproxima a una verdad lógica y menos controvertida.

La complejidad que presenta este tema es múltiple, ya que no solamente se deriva de desentrañar la naturaleza jurídica de las calificativas, sino también de resolver problemas que se relacionan con esta figura, como son: "el error en las calificativas", "las calificativas y el concurso aparente de normas", "las calificativas en los casos de tentativa punible", "las calificativas en los delitos de omisión", entre otros temas, que obligan a darle un tratamiento especial al mismo.

Para dar respuesta a esa problemática, se parte del análisis histórico y dogmático de conceptos como "cuerpo del delito" y "tipo penal", o "responsabilidad" y "culpabilidad". Para ello fue necesario vincular contenidos conceptuales del Derecho penal sustantivo con los del Derecho procesal penal, ya que se trata de dos ramas del derecho que necesariamente se complementan.

La atención por el tema se presenta a principio de la década de los ochenta, ya que tanto la doctrina nacional como los tribunales en materia penal del orden común y federal, estaban divididos: unos pugnaban porque las agravantes o atenuantes se analizaran en la responsabilidad penal y otros porque su estudio se efectuara en el cuerpo del delito. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se inclinó inicialmente por considerar que dichas circunstancias deberían ser motivo de análisis en la responsabilidad penal, criterio que lejos de resolver los puntos

discordantes adoptó una postura que no era acorde a la dogmática penal moderna e impidió el ejercicio científico del derecho en este punto. Criterio que se tradujo dentro del mundo fáctico en la aplicación de una jurisprudencia obsoleta que hizo que se agudizara más dicho problema, a pesar de las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales y 168 y 122 del Código Federal de Procedimientos Penales y para el Distrito Federal, respectivamente, ya que un sector mayoritario de jueces mantuvo la misma postura que al principio fijó la Corte; muestra de ello son las resoluciones en los casos de Luis Donald Colosio y José Francisco Ruiz Massieu, entre otras, mientras que otro sector sostenía lo contrario. No es sino hasta el mes de febrero de 1997, cuando la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación resuelve la controversia de tesis existente entre el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, estableciendo como criterio que "en el auto de formal prisión deben incluirse las modificativas o calificativas del delito ya que deben quedar debidamente precisados sus elementos constitutivos en el mismo", postura que se ajusta más a las elaboraciones teóricas modernas y, por supuesto, al espíritu preciso de nuestra legislación.

CAPITULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES.

1.- CUESTIONES CONCEPTUALES.

1.1.- Concepto de Circunstancia y otros términos equivalentes.

Etimológicamente, circunstancia proviene de las palabras latinas "*circum*", que significa "alrededor de", "en torno", "cerca de", "en las cercanías"; y de "*stare*", que se refiere "a estar"; así como del verbo "*circunsto-steti*", que significa estar alrededor, estar en torno.¹ Orígenes ambos que en cualquier caso vienen a tener el mismo significado.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, así como el Diccionario para Juristas de Juan Palomares de Miguel, coinciden en definir la palabra "circunstancia" como accidente de tiempo, modo, lugar, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho; // calidad o requisito

1.- Diccionario Durván de la Lengua Española. Editorial Marfín. 1992. p. 312.

//conjunto de lo que está en torno a uno // lo que se aplica a lo que de algún modo esté incluido por una situación ocasional // igualmente se refiere a las agravantes o atenuantes.²

Como se podrá advertir, tanto en la estructura etimológica como en el diccionario, el término "circunstancia" tiene diferentes significados. Es decir, al confrontar las versiones mencionadas, deducimos que la primera obedece a un concepto general y gramatical de circunstancia y, el segundo, a un concepto más limitado o jurídico, como las denomina González Cussac al hacer referencia a las circunstancias que van unidas a un hecho.³

El término que pretendemos desarrollar en el presente trabajo, tiene relación con el sentido limitado y jurídico que hace referencia a las circunstancias que van unidas a la sustancia de algún hecho y que está sujeta a una situación ocasional, que altera la identidad del delito, ya sea agravándolo o atenuándolo.

El problema se presenta cuando se advierte que hay una pluralidad de conceptos en torno al término "circunstancia", de ahí que su problemática sea de orden conceptual y de ubicación sistemática en la estructura del delito o en la teoría de la pena.

2.- **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.** Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa-Calpe, España, 1992. p. 340; Juan Palomar de Miguel. **Diccionario para Juristas;** Ediciones Mayo . México, 1981. p. 253.

3.- Cfr. González Cussac, José L. **Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal.** Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Edita: Servicios de Publicación. España, 1989. p. 63, 66 y 73.

Los conceptos que con mayor frecuencia nuestro derecho positivo utiliza como sinónimo de agravante solamente son los siguientes:

El término "**modalidad**", significa: "modo de ser o de manifestarse una cosa";⁴ el licenciado Adrián Franco Zevada señala "que las modalidades de un delito, son formas en que puede manifestarse, son modos de expresión del delito".⁵ Es decir, "hay delitos que manejan diversas hipótesis para su realización", por ejemplo en los delitos contra la salud a que se refiere el artículo 194; en el delito de ultraje a la moral pública que tipifica el artículo 200; el delito denominado violación equiparada que establece el artículo 266 etc.⁶ Todos ellos señalan diferentes modos de manifestarse el delito; así observamos que en el primer numeral el delito se puede presentar

4.- Cfr. Palomar de Miguel, Juan. op. cit. p. 875; Garrone, José Alberto. **Diccionario Jurídico, Abeledo-Perrot. Tomo II.** p. 540. Al término Modalidad lo define como "la estipulación de un acto jurídico que tiene por fin retardar o modificar los efectos que habría producido si hubiese sido puro y simple o extingue esos efectos en un momento dado. Las modalidades más importantes son las de condición o el plazo".

5.- Franco Zevada, Adrián. **Tesis Libertad Provisional.** Facultad de Derecho UNAM. México. p. 139.

6.- Ibid. pág. 140. El artículo 194 señala: Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días de multa al que:

I.- "Introduzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescribe alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la ley general de salud..."

II.- "Introduzca o extraiga del país algunos de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior..."

III.- "Aporte recursos económicos o de cualquier especie o colabore de cualquier manera el financiamiento o supervisión o fomento para posibilitar..."

IV.- "Realice actos de publicidad o propaganda para que se consuma cualquiera de las sustancias..."

En el delito de ultraje a la moral pública que señala el artículo 200 refiere: "se aplicará..."

I.- "Al que fabrique, produzca o publique libros escritos, imágenes u objetos obscenos y al que los exponga, distribuya o haga circular;

II.- "Al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar a otro, exhibiciones obscenas y

III.- "Al que de modo escandaloso invite a otro al comercio carnal..."

El artículo 266 señala: "se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I.- "Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; y

II.- "Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo..."

en múltiples hipótesis, ya sea introduciendo, transportando, comerciando, suministrando o aportando recursos económicos para fomentar la producción, el transporte, etc., de narcóticos; en el delito de ultraje a la moral pública, se puede presentar, ya sea porque fabriquen, produzcan o publiquen libros, escritos, imágenes u objetos obscenos o de modo escandaloso o invite a otro a comercio carnal; en el delito de violación, se requiere que ya sea con una menor de doce años de edad o con una persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o no pueda resistirlo. Como podemos advertir, hay diferentes modos o formas de manifestarse un delito, es por ello que el término modalidad no sería el más adecuado para denominar a las agravantes o atenuantes.

En cuanto al término de "**modificativa**", tenemos que significa "Modo de ser o de manifestarse una cosa // que modifica o sirve para modificar".⁷ Advertimos que cuando se utiliza el término modificativa es para alterar o modificar un hecho penalmente relevante y se reflejará de alguna forma en el resultado de una resolución judicial, por ejemplo, cuando se modifica la responsabilidad de un inculpado, quien en la averiguación se creía imputable y en la instrucción se corroboró que al cometer el hecho penalmente relevante era inimputable. Otro supuesto, es cuando a un individuo se le sujeta a un proceso por un delito y la acusación es por otro o cuando al dictar la resolución a que se refiere el artículo 19 constitucional cambia la clasificación del delito, luego entonces, las resoluciones que recaigan a los casos referidos modifican la que originalmente establecieron, por ello tampoco sería muy técnico el utilizar este término.

7.- Palomar de Miguel, Juan. op. cit. p. 876

En cuanto al término "**Cualificativa**", viene de la palabra cualificar, que de acuerdo al diccionario para juristas, se entiende como "apreciar o atribuir cualidades".⁸ Es un término que distingue una conducta de otra, pero se encamina más a agravarla, término que en ese sentido lo utiliza Raúl Zaffaroni y Jescheck,⁹ como un desvalor de la conducta, pero se olvidan que las circunstancias atenuantes también es un desvalor de la conducta, pero en este caso utilizan el término "privilegiados", de ahí que su significado conceptual sea muy limitado.

El término "Calificativa", de acuerdo al diccionario, tiene tres acepciones, donde refieren "que es una modalidad en la realización del delito", "que agrava la conducta delictiva", "que califica".¹⁰ La primera acepción, si bien es cierto provoca mayor confusión, ya que utiliza el término "modalidad", es porque tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia lo han utilizado para agravar la conducta; de ahí que el diccionario la considere como una agravante, pero al no hacer lo mismo con las atenuantes, no quiere decir que dicho término no abarque estas últimas, ya que también es una forma de realizar el delito, además se caracterizan las atenuantes porque también califican la conducta.

La pregunta que ahora se impone es ¿Por qué la legislación mexicana utiliza varios términos que gramaticalmente tienen significado diferente, pero que jurídicamente son sinónimos?. La respuesta seguramente la encontraremos en la propia ley, ya que tanto de la Constitución Política

8.- Ibidem. p. 347.

9.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo III.** Primera Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. Argentina, 1988. p. 261; Heinrich Jescheck, Hans. **Tratado de Derecho Penal Parte General Volumen Primero.** Tercera Edición. Bosch Casa Editorial S.A. Alemania, 1981. p. 362.

10.- Cfr. Palomar de Miguel, Juan. op. cit. p. 208; **Diccionario Oceánico Práctico de la Lengua Española.** p. 130. Refiere que la calificativa denota una calidad del sustantivo.

como de los Códigos sustantivo y adjetivo podemos obtener un variado contenido del término "circunstancia"; es por ello que debemos distinguir aquellos usos que determinan un concepto diferente al pretendido en este trabajo.

1.2.- Pluralidad de usos del término "circunstancia" en la legislación penal mexicana.

a).- En la Constitución Política Mexicana observamos que en los artículos 19 y 20, antes de las reformas que entraron en vigor en el año de 1993, hizo uso de este concepto; el primer numeral hacía referencia a **"los elementos que constituyen el delito, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución"**; redacción que fue interpretada muy limitadamente, ya que esas referencias temporales y espaciales, se entendían como aquellos hechos que se cometían en la calle o en el baño, o si llovía a la hora de ejecutar el delito. Pero también era dable interpretarla en forma distinta, es decir, con un sentido más amplio y congruente con una técnica jurídica moderna y, como consecuencia, la manera en que esas circunstancias pudieran influir en la comisión del delito. Por ejemplo, en el delito de robo, una circunstancia de lugar podría ser el que sea cometido en lugar cerrado. En cuanto a las "circunstancias de ejecución", tampoco se precisa a qué circunstancias se refiere, pero es de considerarse que aluden a los medios empleados para cometer el delito, como la violencia en los delitos de robo y violación; sin embargo, esta interpretación no fue la más aceptada por la Corte.

El artículo 20, por su parte, tanto en su redacción de 1917 como en las reformas de 1948, establecía: "En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I.- Inmediatamente que lo solicite será

puesto en libertad bajo fianza... según las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute..."

En las reformas del 14 de enero de 1985, la fracción I de dicho artículo adoptó la siguiente redacción: "...que tomando en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le imputa, siempre que dicho delito incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con..."

Como se podrá observar, tanto en su redacción de 1917 como en sus reformas de 1948 y 1985 el artículo 20 constitucional hablaba de circunstancias personales, con las que se refería a las circunstancias del individuo, como la edad, la educación, el sexo, ingresos, etc., mientras que por "gravedad del delito" se interpretó de dos maneras: La primera, se inclinaba por la afectación del bien jurídico tutelado, es decir, no es lo mismo lo que tutela el delito de homicidio al delito de lesión y, la segunda con una interpretación menos rígida se refiere a aquellas circunstancias que afectan el injusto o la culpabilidad, como las agravantes o atenuantes, pero solamente para efectos de la libertad provisional. Con las reformas de 1985 se incluye, además, el término "modalidad", el cual se asocia con el de "calificativas".

El 3 de septiembre de 1994 entran en vigor nuevas reformas al artículo 20 constitucional, con las que desaparece esa redacción de la fracción I, y con ella el término "modalidad". Ahora, en su nueva redacción, se exigen para obtener la libertad otros requisitos, como son: que se garantice la reparación del daño y las sanciones pecuniarias y que el delito no se considere como grave; pero en el párrafo segundo se sigue utilizando el término "circunstancia" al referir que "el monto y la forma de la caución que se fije, deberá ser asequible para el inculpado". "En circunstancias que la ley

determine...”, aquí, nuevamente hace referencia al término “circunstancia”, pero alude a aquellas de carácter personal del individuo que nada tienen que ver con la comisión del delito, como pueden ser el considerar los ingresos del inculpado, su estabilidad en el trabajo, si ayuda a la manutención de alguna otra persona, su educación, etc.,

b).- El Código Penal Federal en su parte general utiliza el término **"circunstancias"** de manera semejante a las expresadas en la Constitución, con diversidad de connotaciones.

Así en el artículo 15 fracción IV del Código Penal, se habla de aquellas circunstancias que son indefinidas y accidentales; la fracción IX del mismo artículo refiere a las circunstancias de hecho que provocan en la culpabilidad la no exigibilidad de otra conducta. El artículo 39 utiliza el término "circunstancia" para referirse a la forma de realizarse el delito. El artículo 51 alude a las "circunstancias exteriores de ejecución del delito" y peculiares del infractor". El artículo 52 fracción III, trata de las circunstancias generales para determinar el grado de culpabilidad, y dentro de éstas menciona las circunstancias específicas de tiempo, lugar, modo y ocasión. El artículo 53, hace alusión a que "no es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido". El artículo 54 indica la aplicación de las sanciones cuando se conozcan circunstancias subjetivas. El artículo 60 señala la aplicación de las sanciones de los delitos culposos y menciona las circunstancias especiales y generales que establece el artículo 52. El artículo 84 fracción II precisa los requisitos para obtener la condena condicional; éstos dos últimos artículos se remiten a las "circunstancias personales". El artículo 101 habla de circunstancias de plazo para la

prescripción. El artículo 107, precisa las circunstancias de tiempo, para prescribir la acción penal.¹¹

En la parte especial del Código Penal sustantivo también se describen normas a un lado de los tipos penales que en ocasiones las denomina calificativas; por ejemplo: el artículo 315 refiere que "...las lesiones y homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición...", aunque en su gran mayoría de los tipos penales no les da denominación alguna, pero son descripciones que agravan o atenuan el hecho. Bajo esta orientación, el Código Procesal es más preciso sobre el término que se pretende desarrollar, tal y como se desprende del inciso siguiente.

c).- El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal ha utilizado en este último medio siglo indistintamente el término modalidad, calificativa o circunstancia, así advertimos que el artículo 560 vigente hasta la década de los ochentas, al fijar el monto de la caución para obtener la libertad provisional, requería entre otros requisitos el que se considerara la gravedad y circunstancias del delito.¹²

Derivado de las reformas al Código de Procedimientos Penales, federal y distrital, que entraron en vigor el 27 de diciembre de 1984, en los artículos 399 y 556, respectivamente, para obtener la libertad provisional, se

11.- Cfr. en el **Código Penal para el Distrito Federal**. Colección Porrúa. 52 Edición. México, 1995. El contenido de los siguientes Artículos 15 fracción IV y IX; 39, 51, 52, 53, 54, 60, 84 fracción II, 101 y 107.

12.- **Código de Procedimientos Penales** artículo 560.- El monto de la caución se fijará por el Juez, quien tomará en consideración.

1.- Los antecedentes del inculgado...

II.- La gravedad y circunstancias del delito o de los delitos imputados.

III, IV y V...

introducen los términos de "modalidades" y "calificativas", también como sinónimos, al referir el último numeral "que para obtener la libertad provisional, se atenderá a las modalidades y calificativas del delito cometido.¹³ De acuerdo a esta redacción, debería interpretarse estos términos en forma distinta, ya que utiliza una conjunción "y", pero por el devenir histórico de este artículo se interpretaron como sinónimos. En las reformas llevadas a cabo en el año de 1990, en el citado artículo 556 se utilizaron los términos "modalidad" y "circunstancia" como sinónimos.¹⁴ En las últimas reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, en el artículo 268, al señalar cuáles son los delitos considerados como graves, nuevamente se utiliza el término circunstancia;¹⁵ pero el artículo 268 bis, utiliza nuevamente el término "calificado", al hablar del robo calificado.¹⁶

Como podemos advertir, el uso de este término en nuestra legislación penal es muy amplio; ahora nos toca conocer cuál ha sido la opinión de la doctrina y jurisprudencia.

13.- Cfr. Ibidem. Artículo 399.- "Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución si no excede de cinco años el término medio aritmético de la privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo las modalidades agravantes o atenuantes de éste...".

Art. 556.- Todo inculpado. tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. El juez atenderá para este efecto a las modalidades y calificativas del delito cometido. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

14.- Cfr. Ibidem. Artículo 556.- Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución si no excede de cinco años el término medio aritmético de la privativa de libertad que corresponda al delito imputado incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación...

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad... en los siguientes artículos... 326, 366, 370 segundo y tercero párrafos cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 372, 381 fracción VIII, IX y X y 381 bis.

15.- Artículo 268.- "...Cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX, x Y 381 Bis."

16.- Artículo 268 Bis.- En los casos del delito flagrante y en los urgentes... El plazo se duplicará en los casos de delincuencia organizada...; robo calificado previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción IX, X y 381 bis.

1.3.- Diversas acepciones del concepto "circunstancias calificativas" en la doctrina y jurisprudencia.

a).- Por lo que hace a la doctrina, me permito mencionar a diversos autores tanto nacionales como internacionales que se han ocupado del tema, para determinar el concepto que sobre el particular se da.

Así, Ignacio Villalobos, Fontan Balestra y Puig Peña las denominan circunstancias agravantes o atenuantes;¹⁷ Eduardo López Betancourt las llama modalidades;¹⁸ Eduardo Novoa Monreal, Rodríguez Davesa y Jiménez de Asúa, utilizan el término modificativas;¹⁹ Antolisei, por

17.- Villalobos, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. Cuarta edición Editorial Porrúa. México, 1989. p. 245. refiere que la Ley maneja el término circunstancia con diferente connotación, pero la reconoce como aquellas circunstancias agravantes o atenuantes que van a modificar la responsabilidad.

Fontán Balestra, Carlos. **Derecho Penal. Introducción y Parte General**. Décima Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina, 1987. p. 262. También este autor dice que las circunstancias tienen la función de calificar las figuras, ya sea agravándolas o atenuándolas; de modo que su ausencia tiene por efecto hacer desaparecer sólo esa circunstancia prevista en el delito. Lo más común, es que el hecho se adecue entonces a la figura básica, pero el resultado no es siempre el mismo, puede ser variable.

Puig Peña. **Derecho Penal. Parte General. Tomo II**. Edición Sexta. Madrid, 1969. p. 156. Este jurista también las denomina como "circunstancias atenuantes, aquellos acontecimientos situados en la persona del autor y que hacen menos reprochable su conducta antijurídica y circunstancias agravantes, todas aquellas que no apareciendo descritos por el legislador en el tipo ni tenidos en cuenta como inherentes al mismo, aumentan la antijuridicidad del hecho y por ende la responsabilidad del autor".

18.- López Betancourt, Eduardo. **Teoría del Delito**. Editorial Porrúa México, 1994. p. 116, al hablar del término circunstancia, lo relaciona con la teoría del tipo penal, las ubica dentro del término amplio de modalidades al referir "el tipo penal también se conforma de las modalidades de la conducta, como puede ser el tiempo, el lugar, las referencias legales a otro ilícito, así como los medios empleados"

19- Novoa Monreal, Eduardo. **Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II**. Cuarta Parte. Variaciones de la responsabilidad penal. Editorial Jurídica de Chile Santiago, 1966. p. 13, concibe las circunstancias como modificatoria sea de atenuación o agravación, "consisten en factores que modifican en su caso particular la gravedad de la lesión jurídica propia del hecho delictuoso, o afectan la intensidad de la culpabilidad del agente que en él intervienen o influyen en el poder de evitarlo, o disminuyen o acentúan la peligrosidad social del delincuente".

Rodríguez Davesa, J. M. **Derecho Penal Español. Parte General**. Edición Novena, Madrid, 1985. p. 13. Dice que "la antijuridicidad y la culpabilidad son susceptibles de variación o graduación en atención a las circunstancias que concurren, pues éstas repercuten sobre su

su parte, las considera como "circunstancias accesorias";²⁰ Porte Petit piensa que son circunstancias subjetivas y objetivas.²¹ En ese sentido Hans Welzel, las llama modalidades especiales o circunstancias objetivas.²² Por último, hay quienes las denominan "accidentalia delicti", como Silvio Ranieri, Saenz Quintero, Bustos Ramírez y Alfonso Alamo.²³

gravedad y se conocen como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Son circunstancias especiales que condicionan no el sí, sino el quantum de la pena que consisten en el hecho que viene a añadirse a lo que son esenciales al delito".

Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de Derecho Penal. Tomo III.** Tercera Edición, Editorial Losada. Buenos Aires, 1964. p. 80, dice que circunstancia "es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia", modifica la responsabilidad y sus consecuencias.

20.- Antolisei, Francesco. **Manual de Derecho Penal. Parte General,** Octava Edición. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1980. p. 307, dice que "el término circunstancia implica la idea de lo accesorio y presupone necesariamente la existencia de lo principal. La circunstancia puede existir o no existir sin que el delito desaparezca en su forma normal, razón por la cual tiene carácter eventual y sólo afecta en la mayor o menor gravedad del delito y en todo caso una modificación de agravación o atenuación de la pena".

21.- Porte Petit Candaudap, Celestino. **Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal.** Décima Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México, 1991. p. 220. Menciona que "la circunstancia es un elemento de hecho de carácter objetivo o subjetivo que recae sobre la gravedad del delito, dejando inalterada la denominación jurídica, y si la presencia de determinada circunstancia cambia, también el título del delito, quiere decir que nos hallamos ante un elemento constitutivo de la infracción".

22.- Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán, Parte General.** Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Segunda Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978. p. 94, refiere "que a la acción se agregan, dado el caso, los medios especiales y las modalidades especiales de la acción (tiempo y lugar de hecho), como otras circunstancias objetivas del hecho de determinados delitos".

23.- Ranieri, Silvio. **Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General.** Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1975. p. 1), las denomina "circunstancias accidentalia delicti, a los elementos que eventualmente pueden añadirse a los que son indispensables para la existencia del delito en conformidad con su modelo legal, por lo mismo pueden existir o no existir, sin que por ello resulte modificada la estructura del delito, pero que si existen, aumentan o atenúan la entidad de dicho delito y por consiguiente la pena".

Sainz Cantero. **Derecho Penal.** U.M.E.D. Madrid, 1974. p. 29, las define "como elementos accidentales del delito objetivos y subjetivos, a cuya concurrencia la ley asocia el efecto de aumentar o disminuir la pena que ha de imponer al autor".

Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español. Parte General.** Editorial Ariel. Barcelona España, 1984. p. 413, dice que son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito. Por su carácter accidental no constituyen ni son constitutivos del injusto ni la responsabilidad. Deben de diferenciarse de aquellas que han pasado a formar parte del injusto respecto del delito, como los supuestos de asesinato, parricidio e infanticidio.

Alfonso Alamo, María. **Sistema de las Circunstancias del Delito. Estudio General.** Valladolid, 1981. p. 190, también las considera como accidentalia delicti y dice que "circunstancia es todo aquello que se encuentra en torno a un hecho-delito sin afectar su esencia que posee carácter eventual".

Independientemente de la denominación que le dé cada uno de los autores citados al término "circunstancias", omitimos por el momento definir su inclinación de considerar las circunstancias agravantes o atenuantes como parte de la estructura del delito o como aquellas circunstancias que sólo repercuten en la pena, que hasta el momento no es motivo de su análisis.

b).- Ahora bien, resulta necesario saber si la Jurisprudencia ha pronunciado alguna definición sobre el término "**circunstancia**", ya sea en sentido general, con fines gramaticales, o en un sentido limitado o jurídico, que tenga implicaciones en la estructura del delito, que es la que nos interesa. Al respecto, no he encontrado alguna resolución que las defina con claridad, ya que utiliza varios términos para decir lo mismo, como "modificativas", "calificativas", "modalidades", "agravantes", "atenuantes".

De las resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia, Tribunales Colegiados de Circuito y Jueces de Distrito, lejos de dar mayor precisión sobre este punto, provocan confusión; por ejemplo, al resolver sobre la libertad provisional, utilizan el término calificativa o modificativa como sinónimos, pero en esa resolución se advierte también imprecisión y confusión técnica, ya que la "culpa" la considera como atenuante y no es más que una forma de realizar el delito que nada tiene que ver con las agravantes o atenuantes que influyen para intensificar el mismo.²⁴

24.- LIBERTAD CAUCIONAL TRATÁNDOSE DEL DELITO DE HOMICIDIO.

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación.

Época : 5A.

Tomo : LXXV

Página : 3384

Si el auto de formal prisión se dictó por el delito de Homicidio, en su denominación genérica, es lícito y aun necesario atender a las constancias procesales para apreciar la modalidad de la infracción cometida y de esta suerte conocer la pena que corresponda, para sentar la base según la cual haya de decidirse sobre la procedencia o improcedencia de la libertad caucional, pues de otro modo, en innumerables casos se privaría a los inculpados de la garantía

En ocasiones se utiliza sólo el término "modalidades", o bien el de "calificativas".²⁵ De lo anterior podemos concluir que en el ámbito jurisdiccional dichos términos se utilizan como sinónimos, sin que tuviera la

correspondiente, con manifiesta violación de la fracción I, del artículo 20 Constitucional, por otra parte, la jurisprudencia establecida bajo el número 332, en el Apéndice al Tomo LXIV, del Semanario Judicial de la Federación, que refiere a que no se tomen en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes, para fijar el monto de la pena correspondiente al delito respectivo, cuando se trata de resolver acerca de la libertad caucional, no quiere decir en modo alguno que no se atienda a las circunstancias modificativas o calificativas del delito, como son respecto del homicidio, las que determinan si fue cometido por culpa, en riña, fuera de ella, o con premeditación, alevosía o ventaja, ya que en cada una de esas diversas modalidades, la penalidad que corresponda es diferente y en algunas de ellas no pasa de cinco años de prisión.

PRECEDENTES:

Tomo LXXV. p. 3384. Vázquez J. Remedios.- 8 de febrero de 1943.- Cuatro votos.

25.- Instancia : Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente : Informe 1986 PE

Parte : III

Página : 11

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DEBEN INCLUIRSE LAS MODALIDADES DE LOS DELITOS

EN SI. El agente del ministerio público al ejercitar la acción penal, invoca calificativas o atenuantes íntimamente relacionadas con los hechos, deben ser materia de estudio del órgano jurisdiccional, al pronunciar el auto de formal prisión, para determinar si están probadas o no, fijándose el tema del proceso en sujetos peligrosos, en los que la fuerza probatoria de las calificativas, cuando devienen de la formal prisión, alcanzan plena solidez, siempre que no se desvirtúen por la defensa y, tratándose de atenuantes, para plantear justamente el curso procedimental, ello debe ser así, para armonizar la reforma constitucional del artículo 20 fracción I, relativa a que, para el caso de la libertad provisional que se solicite, deben tomarse en cuenta las modalidades del delito y como el auto de formal prisión es la base para otorgar o negar tal beneficio, resulta antijurídico que se ignoren o se eliminen de éste las modalidades del delito, cuando son parte esencial e inseparable de los hechos consignados y, para lograr el propósito del constituyente permanente, al efectuar la reforma constitucional antes aludida, que debe ser congruente con las garantías del procesado, quedando como fuente histórica interpretativa de la ley, los criterios plasmados en tesis jurisprudenciales que existían antes de la reforma constitucional mencionada.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo de Revisión 169/86. Alberto Vilchis Rosas y Alejandro García Cuamatzin. 31 de octubre de 1986. unanimidad de votos. Guillermo Velasco Félix. Secretaria: María Cristina Jiménez Hidalgo.

Instancia: Primera Sala

Fuente : Apéndice 1985

Parte : II

Tesis : 37

Página : 101

CALIFICATIVAS, PRUEBA DE LAS. Las circunstancias calificativas del delito requieren ser comprobadas plenamente para que el juzgador pueda tomarlas en consideración al dictar su fallo.

mayor trascendencia, pero considero que el lenguaje que se utiliza en la rama del derecho debe acercarse lo más posible a un lenguaje técnico y preciso; es por ello que debemos encontrar la función que se le atribuye a cada término y distinguir su significado jurídico para estar en condiciones de darle la denominación más técnica a las agravantes y atenuantes; de lo contrario no tendría sentido el escribir las palabras en forma diferente.

1.4.- Concepto que mejor define a las agravantes y atenuantes.

Es difícil dar un concepto único y unívoco del término "circunstancias", tan es así que en nuestra propia legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia, como lo acabamos de advertir, manejan una diversidad de formas de denominar a las agravantes o atenuantes, y así vemos que utilizan como sinónimo del término calificativa, el de modalidad, modificativa y cualificativa, lo que puede resultar confuso, pero además analíticamente difícil de aceptar, ya que cada uno de estos términos gramaticalmente tienen significados diferentes y específicos; por ello debemos guiarnos bajo los principios rectores siguientes:

- a).- El término debe ser lo más claro y comprensible.
- b).- Su significado debe estar apegado más a lo que queremos expresar.
- c).- Que el concepto tenga un significado lógico jurídico.

Partiendo de la diversidad de términos que ha elaborado la doctrina y jurisprudencia y las definiciones señaladas en el punto 1.1 podemos considerar que el más correcto que debemos emplear para definir lo que

queremos es el de circunstancias calificativas. Lo anterior es porque entendemos que el término circunstancia implica todo aquello que se encuentra alrededor del delito (que es muy amplio) y también aquello que es parte esencial de un hecho; y porque calificativa implica "calificar algo", que en este caso sería el hecho o la conducta penalmente relevante, es decir, la conducta típica, que no nada más comprende la del tipo básico, sino también tanto la agravante como la atenuante. Por ello, podemos afirmar que este término, por ser de mayor amplitud en su concepción, abarca tanto las circunstancias que agravan la intensidad del delito o lo atenúan; de ahí que nos inclinemos por utilizar el término "circunstancias calificativas", como el más adecuado, claro y jurídico. Con lo anterior se justifica además la denominación del presente trabajo, que es "las calificativas en el delito".

Después de escudriñar en el laberinto de la legislación penal, la jurisprudencia y la doctrina, para encontrar el término más adecuado, podemos definir a las **circunstancias calificativas como "aquellas variables dependientes que eventualmente se pueden presentar para agravar o atenuar el injusto o la culpabilidad y como consecuencia la pena"**.

Para justificar los términos que se utilizan en la definición, podemos decir que: son variables, porque no en todos los tipos penales se presentan, tan es así que el código punitivo al describir el catálogo de las calificativas, éstas se dirigen a ciertos tipos penales y su ubicación se encuentra en el mismo capítulo, con su respectiva excepción que es la pandilla, (artículo 164 bis).²⁶

26.- **Código Penal y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal**. Primera Edición. 1996. Greca Editores. El art. 164 bis que contempla la agravante denominada "pandilla", esta

Son dependientes porque su análisis se enfoca a uno de los elementos del delito. Ahora bien, puede darse el caso de que de acuerdo a los hechos se incluyan las calificativas pero no se acrediten; por ejemplo: puede ejercitarse la acción penal por el delito de robo calificado (por haberse cometido en casa habitación), pero al definir la situación jurídica a que se refiere el artículo 19 constitucional, no se acredita esa calificativa, luego entonces el tipo básico no desaparece pudiendo continuar por el delito de robo simple, aquí lo que se pretende es que de acuerdo a su naturaleza jurídica su análisis se verifique dentro de la estructura del delito, sin dejar de considerar a quienes piensan que su estudio es dentro de la teoría de la pena, como más adelante se analizará.

El término eventualidad, es porque está sujeto al mundo de los hechos, es decir, el Código Penal describe ciertas agravantes o atenuantes para algunos tipos penales, pero no siempre estas se aplican cuando se comete un delito, ya que está sujeto a la forma de realizar la conducta penalmente relevante.

2.- Aspectos políticos criminales de las circunstancias calificativas.

2.1.- La función de la política criminal.

Uno de los temas importantes a abordar con relación a los diversos problemas penales es el aspecto político criminal, para encontrar la razón del Estado en torno a la regulación de éstos; es decir, el por qué de la

comprendida en el título Cuarto "Delitos contra la Seguridad Pública", la cual no siempre se aplica a los tipos que este título comprende.

regulación de las calificativas y como consecuencia qué se espera de su previsión en la ley.

Para ello, se hace imperante tener previamente claridad de lo que es el Estado y su relación con la política criminal y ésta, a su vez, con el derecho penal. En ese sentido, Zaffaroni entiende a la política-criminal como "la política frente al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado".²⁷ Refiere el autor "que no está ni puede estar en oposición al derecho penal, porque éste mismo es una materialización de aquella".²⁸

Sobre el particular Moisés Moreno Hernández marca la relación de esas instituciones al referir que "la política criminal como parte de la política criminal (social) del Estado, se entiende como la política que el Estado adopta en materia criminal; y tiene como función primordial la lucha contra el delito para lograr la vida ordenada en comunidad. Para ello, por tanto, diseña y utiliza medidas de prevención general y especial y/o de represión; las que pueden ser de carácter "no penal" o de carácter "penal". De ahí que dentro de la política criminal pueda, a su vez, distinguirse lo que es la política penal, de la cual se deriva lo que es el sistema penal".²⁹

27.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.** Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1988. pp. 150 y 153.

El autor, al hacer la distinción de Política Criminal y Política Penal, nos dice que "la primera es la política referente al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado y que la Política Penal es el aspecto más importante de la política criminal, luego entonces, esta última es la ciencia o arte de seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídicamente y los métodos para efectivarse dicha tutela, lo que indudablemente indica el sometimiento a crítica de las valoraciones ya hechas y de los métodos ya elegidos".

28.- Ibidem. p. 153.

29.- Moreno Hernández, Moisés. **Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana.** Trabajo presentado a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en la sesión del 17 de Septiembre de 1992. México. p. 70.

Bajo esa orientación, podemos decir que en un Estado de derecho "el Estado debe encaminar su actitud a crear y asegurar las condiciones de asistencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que le dieron origen; condiciones que se traducen, o deben traducirse en el bienestar social, paz, justicia y seguridad jurídica, etc."³⁰

Ahora bien, no todos los tratadistas son coincidentes en sus plantamientos, hay quienes marcan la separación de la Política Criminal y el Derecho Penal como Franz von Liszt, quien refiere que "el Derecho Penal es la infranqueable barrera de la política criminal"³¹; en respuesta, dice Claus Roxin que la frase de Liszt pone en relieve una tensión que hoy en día está viva en nuestra ciencia y afirma "que se debe de dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del derecho penal, ya que la vinculación del derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que vincularse en una síntesis".³²

Ese trazo que divide ambas disciplinas se pierde cuando estamos ante la presencia de un Estado de derecho, el cual exige que "la política criminal configure al derecho penal de la forma más eficaz posible para que

30.- Moreno Hernández, Moisés. **Algunas Bases para la Política Criminal del Estado Mexicano**. Revista Mexicana de Justicia n° 2. Vol. III. Abril-Junio 1985. México p.122. Sobre el particular el autor refiere que el modelo de estado que se deriva de la Constitución a él debe estar vinculado un determinado sistema jurídico y un determinado sistema penal, luego entonces cada modelo de Estado supone una determinada y peculiar fundamentación política del sistema penal.

31.- Von Liszt, Franz. citado por Claus Roxin. en su obra **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Bosch Casa Editorial Barcelona España, 1972. pp. 15 y 16.

32.- Roxin, Claus. **Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal**. Editorial Reus.1982. p. 27. El autor trata de interpretar lo que Liszt planteaba con esa barrera entre el Derecho Penal y la Política Criminal al referir "El Derecho Penal como "Carta Magna del delincuente", donde se protege no a la comunidad sino al individuo que se revela contra ella garantizándole el derecho a ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales".

pueda cumplir su tarea de la protección de la sociedad. La política-criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el derecho penal, pondera los límites hasta donde puede el legislador extender el derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el derecho penal material se haya configurado de tal forma que puede ser verificado y realizado en el proceso penal".³³

Bajo esos principios podremos concluir que la política criminal intervendrá en la discusión para fijar la política en la lucha contra el delito, con el fin de evitar mayor criminalidad y reincidencia y fijará los lineamientos para configurar un derecho penal que brinde seguridad jurídica, si esto es así, encontramos la razón del Estado para regular las calificativas en el derecho penal, ya que al intervenir en la discusión del derecho penal permite: a) legislar hechos que a la sociedad afectan; y b) define los elementos que estructuran del delito; c) interviene en la discusión de los contenidos de cada uno de los elementos del delito y d) da lugar a la discusión para la ubicación sistemática de las calificativas, ya sea en la estructura del delito, en la teoría de la pena.

Lo dicho hasta aquí, de alguna manera tiene un soporte filosófico-jurídico que forma parte del mundo normativo o del mundo del "deber ser", pero éste no siempre es congruente con el mundo de los hechos. Todos los que intervienen en lo que es la procuración y administración de justicia

33- Jescheck Heinrich, Hans. **Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. 1.** Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Tercera. Edición. Editorial Bosch. Barcelona España, 1978. p. 29.

(Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), han provocado una terrible incertidumbre en este campo, ya que se cuestionan si la codificación normativa satisface las exigencias de nuestro tiempo;³⁴ si existe una verdadera división de poderes³⁵; los procedimientos en ocasiones son lentos o crean inseguridad;³⁶ existe una inflación legislativa en el campo del Derecho Penal; existe una sobre-población carcelaria; una irresponsable política en ejecución de las penas y medidas de seguridad,³⁷ etc.

Para resolver esta problemática, "no solamente se requiere una política criminal en nuestro país como parte integrante de la política social nacional, donde se finque una imprescindible planificación y se le acondicione a las necesidades y problemas especiales de cada entidad federativa o de cada región,"³⁸ sino se requiere además una postura crítica de las estructuras del Estado. En ese sentido, considero válidas las reflexiones de Alessandro Baratta en su criminología crítica, donde pone en tela de juicio la relación y efectividad del derecho penal y la realidad social, al referir que se deben replantear estudios que se adecuen ya no tanto a la creación de nuevas normas, sino a la solución de la problemática económico-social y cultural de la

34.- De la revisión del Código Sustantivo y Adjetivo, se advierte que existe una infinidad de normas que son obsoletas y de construcción defectuosa. Para señalar solamente un ejemplo en el Código Penal, con una construcción dogmática equivocada del Código Penal es el previsto en el artículo 273 denominado Adulterio, que dice: "Se aplicará prisión de... a los culpables de adulterio cometido en domicilio conyugal o con escándalo" como podemos advertir éste delito no contiene ninguna descripción de alguna conducta típica; luego entonces, no podemos hablar de un tipo penal.

35.- Una de las críticas no solamente al Poder Judicial sino también al Legislativo, es la falta de autonomía e imparcialidad, ya que el Poder Ejecutivo influye en forma sistemática en el sentido de como legislar y en algunos conflictos de orden jurisdiccional influye en su decisión. Sobre este último particular es importante destacar que en la medida de que pasa el tiempo son menos los casos de esa política de intromisión.

36.- Considero incongruente la normatividad que se fija tanto para el proceso ordinario como para el sumario; en el primero los términos son demasiado largos (ofrecimiento de pruebas) y en el segundo, los términos son muy cortos que impiden ajustarse a la realidad.

37.- Cfr. Moreno Hernández, Moisés **Algunas bases para la Política Criminal del Estado Mexicano**. op. cit. p. 112.

38.- Ibidem. p. 113.

sociedad, por lo que mientras no se satisfagan las necesidades más elementales, materiales y espirituales del individuo, la política criminal que se fije será inaplicable e ineficaz.³⁹

2.2. La función político criminal de las circunstancias calificativas.

Bajo la óptica planteada, podemos afirmar que para la existencia de una norma, debe haber previamente la decisión política que selecciona los bienes jurídicos a tutelar y señala también, como parte integrante del delito, a los presupuestos de la pena o de la medida de seguridad, así como a aquellas circunstancias que agravan o atenúan el mismo, según la afectación del bien jurídico o la puesta en peligro de éste, y que se reflejará en el quantum de la pena señalada por la calificativa.

Por ello, las circunstancias calificativas responden a consideraciones político criminales, y más exactamente a la necesidad de tutela de bienes jurídicos (principio de proporcionalidad o prohibición de exceso), o sea, a una mayor o menor necesidad de tutela y, en consecuencia, a una mayor o menor necesidad de pena.⁴⁰ Con ello, el Estado procura mantener un equilibrio en la sociedad. De ahí que la función de la política criminal no solamente se concrete a dar origen a la regulación de los tipos básicos claros y precisos, sino también a la creación de las calificativas que contribuyen en la constitución del delito.

39- Cfr. Baratta, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**. Siglo Veintiuno. Editores. Italia, 1986. Sobre el particular el autor defiende que "la política criminal alternativa, coherente con su propia base teórica no puede ser una política de sustitutivos penales que queden limitadas en una perspectiva vagamente reformista y humanitaria sino en una política de grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia de forma de vida comunitaria y civil, alternativas y más humanas".

40.- Cfr. González Cussac, José L. **Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal**. Valencia España, 1988. Servicios de Pùblicación. p. 36.

De igual manera debe precisarse que con la punibilidad de las calificativas se pretende que tenga un efecto preventivo y retributivo, es decir, la influencia de la amenaza penal es elemental en toda norma jurídica de carácter represivo y, "la idea de la retribución justa resulta imprescindible para la legitimación de la pena".⁴¹

La pena para las calificativas debe ser racional, congruente y proporcional al tipo penal, tomando en consideración varios factores como es el bien jurídico a tutelar y la forma en que se comete el hecho, que van a determinar los parámetros para imponer la pena. Para dar claridad a lo anterior, advertimos que en el mundo normativo la punibilidad prevista para cada una de las calificativas varia, ya que no es la misma pena de una agravante cometida para el delito de robo que la máxima es de diez años que prevé el artículo 381 bis (cuando se comete en casa habitación...), que la aplicada para el delito de homicidio simple que va de ocho a veinte años de prisión, pero si se comete con alguna calificativa (premeditación, alevosía, ventaja o traición), la pena será de veinte a cincuenta años.

Como un reflejo de conciliación de la política criminal y el derecho, es importante mencionar que las reformas habidas en la Constitución y en el Código Procesal de 1993 y 1994, resultan más congruentes con un Estado de derecho que la anterior regulación en la materia que nos ocupa. Es loable la citada reforma, ya que con ella se da mayor claridad, es más depurada la técnica jurídica que se utiliza y brinda seguridad jurídica; por un lado, porque los artículos 16 y 19 Constitucionales hablan ahora de tipo penal en lugar de cuerpo del delito y, por otra, porque los artículos 122 y 168 de los

41.- Moreno Hernández, Moisés **Algunas Bases para la Política Criminal del Estado Mexicano**. op. cit. p.129.

Códigos Procesales distrital y federal, definen con mayor claridad cuáles son los elementos que integran la referida figura, entre los cuales se encuentran consideradas las calificativas, lo que sin duda revela que la decisión político criminal tomó muy en consideración las aportaciones más avanzadas de la dogmática penal.

Pero esas aportaciones al parecer aún no son suficientes, ya que no todos los que tienen que ver con la aplicación de la ley han comprendido el sentido de la misma; de ahí que todavía se observe diversidad de criterios, ya que sin importar la vigencia de los citados preceptos, se mantuvo un criterio jurisprudencial obsoleto donde se sostuvo que para los efectos de la libertad provisional el estudio de las calificativas sería hasta sentencia.⁴²

3.- ASPECTOS DOGMÁTICOS DEL DELITO Y UBICACIÓN DE LAS CALIFICATIVAS EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO.

3.1. La dogmática penal y su función.

El derecho penal para su desarrollo requiere de un método, que significa "camino"; o "proceso discursivo mediante el cual se aprende el sentido de las normas jurídicas o de los actos humanos regulados por éstas".⁴³ Pero todo método está condicionado siempre a una meta que se pretende llegar, de ahí que el estudio del derecho se hará por medio de la metodología jurídica.⁴⁴

42.- Criterio que sostuvo la Suprema Corte de Justicia de la Nación derivada de la contradicción de tesis 5/88 entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 3 de Mayo de 1989. Primera Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca . N°16-18-Amparo 4/89.

43.- Palomar de Miguel, Juan, op. cit. p. 865.

44.- Ibidem. p. 865. El método jurídico, también lo define "como la suma de procedimientos lógicos para la investigación de las causas y de los fines del derecho para el conocimiento e

El método actualmente más difundido en el saber del derecho penal, es el "dogmático", la exposición de éste método correspondió a Rudolf von Jhering (1818-1892).⁴⁵ Ahora bien, la dogmática penal debemos entenderla como "equivalente a la ciencia del derecho o como núcleo de la ciencia del derecho penal y tiene como objeto del conocimiento al derecho penal positivo, cuyos contenidos los toma como dogmas, los explica y sistematiza",⁴⁶ la función de la dogmática penal, consiste en "el análisis de la letra del texto en su descomposición analítica en elementos (unidades o dogmas), en la reconstrucción en forma coherente de esos elementos, lo que arroja como resultado la construcción de una teoría; "que con ello se le brinda al Juez un sistema de proposiciones que hacen previsibles sus resoluciones, reduce el margen de arbitrariedades y proporciona seguridad jurídica".⁴⁷ Para cumplir su misión, la dogmática ha de tener además de un carácter material y jurídico criminal, debe ser una dogmática crítica, la única que puede ser adecuada a un estado social y democrático de derecho⁴⁸. En ese sentido, la dogmática jurídico penal, constituye el núcleo fundamental de la ciencia del Derecho Penal y tiene encomendado como misión, según Hans Welzel, "el desarrollar y aplicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, sistemáticamente".⁴⁹ Bajo ese tenor Moisés Moreno Hernández, atribuye fundamentalmente dos funciones importantes de la dogmática penal, que son: a) proporcionar las bases científicas para una

interpretación de las fuentes, para la estructura de los textos positivos y técnicos, y para la enseñanza y difusión del mismo".

45.- Lo cita Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. Sexta Edición. Ediar Sociedad. Anónima. Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 1988. p. 124.

46.- Moreno Hernández, Moisés. **Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana**. op. cit. p. 71.

47.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. op. cit. p. 124; Juan Bustos Ramírez. **Manual de Derecho Penal Español. Parte General**. Primera Edición. Editorial Ariel. Barcelona España, 1984. pp. 124 y 126.

48.- Moreno Hernández, Moisés. **Sobre El Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana**. op. cit. p. 77.

adecuada política criminal y b) proporcionar seguridad jurídica para los individuos.⁵⁰

Luego entonces, si la dogmática penal tiene como fin el analizar el texto para construir una teoría y brindar seguridad jurídica, ésta como consecuencia debe ser lógica (no contradictoria); su construcción no debe ser contraria al texto de la ley y su construcción simétrica, es decir, no artificial, no amanerada.⁵¹

Bajo esos lineamientos podemos decir que la dogmática siempre debe de vincularse con la aplicación del derecho penal a los casos en particular, por ello la ayuda de los instrumentos conceptuales de la dogmática son fundamentales para que el jurista pueda contestar de alguna manera técnica aceptable los problemas que se presenten en relación con el delito.

Al tenor de estos lineamientos podemos afirmar que los distintos tratamientos dogmáticos que se les da a las calificativas, tienen una función que es la de agravar o atenuar el injusto o la culpabilidad, para otros su influencia solamente se reflejará en la pena, pero cualquiera que fuera la postura adoptada, evidentemente la creación de las agravantes y atenuantes tiene un carácter político criminal e implicaciones dogmáticas.

Ahora bien, si la vinculación de la política criminal y la dogmática tienen como fin brindar seguridad jurídica, la pregunta que se plantea ¿Cómo es que de la aplicación de los criterios teóricos puede hablarse de seguridad

49.- Weizel, Hans. **Derecho Penal Alemán Parte General**. op. cit. p. 11.

50.- Moreno Hernández, Moisés. **El Estado Actual de la Dogmática Penal en México**. pp. 74 y 75.

51.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal Parte General**. pp. 129 y 130.

jurídica con relación a las calificativas?; ello es por medio de su regulación en la ley que previamente la establece y por medio de las resoluciones judiciales de los órganos aplicadores de la norma, es decir, en dicha aplicación hay mayor exigencia para el Estado porque se le obliga a analizar las calificativas en los diferentes niveles del delito: por ejemplo el Ministerio Público para los efectos del ejercicio de la acción penal debe verificar y acreditar la existencia no solamente del tipo simple, sino también de las calificativas, así como de los demás elementos del delito; lo propio sucede con el juez al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y en sentencia, ya que examinará si esos requisitos están acreditados o no y ubicar el análisis de las calificativas en ciertos niveles de la estructura del delito. Por otra parte, al individuo le permite alegar a su favor el que no se dan los elementos del tipo penal, o la de la culpabilidad; por todo ello, el planteamiento dogmático brinda seguridad jurídica.

3.2. Estructura del Delito.

Sentado lo anterior, ya estamos en condiciones de hablar en términos generales del delito; para ello debemos partir de la teoría del delito como parte de la ciencia del derecho penal, que se ocupa de explicar qué es el delito en general, dándonos los caracteres que debe presentar todo delito, nos revela las preguntas que deben responderse para determinar en cada caso si hay delito, y nos la da en un orden lógico.⁵² Refiere Hans Heinrich Jescheck, que "la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de

52.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** pp. 317 y 318.

los tipos del delito, sino aquellos componentes del concepto del delito que son comunes a todo hecho punible".⁵³

Bajo esta tesitura, habrá que señalar cuáles son los componentes del delito; la concepción más aceptada es la analítica,⁵⁴ que va desde la teoría bitómica hasta la heptatómica, y la teoría más dominante en este momento es la teoría tritómica, que establece que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable.⁵⁵ Para llegar a esta conclusión se ha partido de la concepción analítica del delito, por medio del sistema estratificado, que realiza por etapas el análisis del delito.

Para que exista delito, según la opinión dominante en la doctrina, "se requiere un carácter genérico que es la conducta, que debe adaptarse a la descripción de la Ley (típica), no estar amparada por ninguna causa de justificación (antijurídica) y pertenecer a un sujeto a quien le sea reprochable (culpable). Brevemente, delito es conducta típica, antijurídica y culpable".⁵⁶

53.- Cfr. Jescheck, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal Parte General. Volumen Primero.** Traducción al español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona España, 1981. p. 263.

54.- Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.** Décimo Cuarta Edición. México, 1991. p. 197 y 198. El autor al analizar los componentes del delito, hace referencia a) la teoría totalizadora o unitaria y b) a la teoría analítica o atomizadora. La primera, que considera al delito como un bloque monolítico, representándose de acuerdo con Bettioli como una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos. El delito constituye una entidad unitaria orgánicamente homogénea. En cambio se inclinan por la concepción analítica, estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos en razón de la unidad del delito; Eugenio Raúl Zaffaroni. **Tratado de Derecho Penal. Parte General III.** pp. 27 y 28, coincide en que la conducta es el "todo" del delito y lo que suele llamarse "elementos del delito" son características de la conducta requeridas por el derecho para motejarla "delito". El análisis no niega la unidad del delito, sino que es un medio para realizarla.

55.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo III.** op. cit. pp. 29 y 30.

56.- Cfr. Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán. Parte General.** op. cit. p. 50, 73 y 197; Hans Heinrich Jescheck. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen III.** op. cit. p. 333 y 559; Enrique Bacigalupo. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Editorial Temis. Bogotá-

Los anteriores elementos del delito son extraídos de los contenidos de la ley y lo propio puede hacerse con relación a la legislación penal mexicana. Así por ejemplo, el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, encierra algunos componentes al referir "que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; es decir, el delito plantea dos formas de realizar la conducta, por medio de una acción o una omisión y debe estar previsto por la ley. Otros datos se desprenden de los contenidos de los artículos 8, 9 y 15 del Código Penal, como lo ha hecho la doctrina mexicana.

3.3.- Sistemas que estudian el delito y su relación con las circunstancias calificativas.

Para el análisis dogmático del delito en la doctrina se han desarrollado diversos sistemas, entre los que destacan en términos generales el sistema causalista y el sistema finalista, independientemente de que pueden encontrarse otros como sucede con el modelo lógico matemático seguido por algunos autores mexicanos.

Los que han tenido mayor impacto en el mundo fáctico, son los dos primeros, pero ello no quiere decir que el tercero esté desechado, ya que si bien éste utiliza un método diferente, no deja de existir esa interacción con el sistema finalista y tener también bases del sistema causalista.

A continuación se expone en forma sintética estos sistemas con el fin de encontrar aquél que abrigue de la mejor manera la naturaleza jurídica

Colombia, 1989. pp. 90, 117 y 147; Francisco Muñoz Conde. **Teoría General del Delito**. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1990. p. 4; Edmund Mezger. **Derecho Penal. Parte General**. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1985. p. 85, 131 y 189; entre otros.

de las calificativas, brinde seguridad jurídica y sea congruente con la dogmática penal que se desarrolle en nuestro país.

3.3.1.- Sistema causalista.

En relación al sistema causalista se distinguen dos etapas en su desarrollo, con argumentos filosóficos distintos y rasgos característicos diferentes, que conviene señalar. Como rasgos característicos del sistema causalista pueden mencionarse:

a) Parte de un concepto causal de acción, que se le ha denominado "concepto causal, ciego o sin sentido", al entenderse como "una inervación muscular, es decir, un movimiento voluntario no reflejo, pero en el que se carece de importancia o se prescinde del fin a que esa voluntad se dirige".⁵⁷

b) Estructura el tipo penal en principio, sólo de elementos objetivos o externos, precisamente por partir de un concepto causal de acción. Dichos elementos objetivos son, a su vez, de carácter descriptivo en la mayoría de los casos. Excepcionalmente se admite la presencia de especiales elementos subjetivos en el autor diferentes al dolo (como ánimos, propósitos, deseos, o intenciones), o de elementos normativos (que para su constatación requieren de un determinado juicio de valorización en la medida en que el tipo en particular así lo exija expresamente).⁵⁸

57.- Cfr. von Beling, Ernst. **La Doctrina del Delito-Tipo**. Traducida por Sebastián Soler. Editorial Depalma. Buenos Aires Argentina, 1944. pp. 19 y 35. A esta conclusión llega también Hans Welzel, en su obra **Derecho Penal Alemán. Parte General**. 11a. Edición. Editorial Jurídica de Chile Santiago. p. 61. Eugenio Raúl Zaffaroni. **Manual de Derecho Penal**. op. cit. p. 349.

58.- Cfr. Von Beling, Ernst. op. cit. p. 42; Edmund Mezger. **Derecho Penal. Parte General**. op. cit. p. 78 y 79; lo mismo concluye Hans Heinrich Jescheck. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I**. op. cit. p. 275 a 278, y Moisés Moreno Hernández. **Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana**. op. cit. pp. 42 y 43.

c) La tipicidad, por lo tanto, en la mayoría de los casos se afirma por la sola acreditación de los elementos objetivos del tipo penal.

d) Por lo que hace a la antijuridicidad, además de manejarse un concepto formal y uno material, prevalece el concepto objetivo de antijuridicidad, en cuanto que en la mayoría de los casos a ella están referidos los elementos objetivos del delito y porque no presupone el contenido de la voluntad.⁵⁹

e) El fundamento del injusto lo constituye el disvalor del resultado.

f) El dolo y la culpa son ubicados en la culpabilidad, ya sea que se maneje un concepto psicológico o uno normativo (mixto) de culpabilidad.⁶⁰

Las ventajas que se le atribuyen a este sistema, obedecen a que se trata de una construcción sencilla, fácilmente comprensible, ya que separa el elemento objetivo del subjetivo y los ubica al primero en la antijuridicidad y el segundo en la culpabilidad. Ventajas que en este momento histórico ya no resultan válidas, pero sí se reconocen las aportaciones que dieron a la ciencia del derecho penal y que son el pilar fundamental de la concepción de la teoría del delito.

59- Cfr. von Beling, Ernst op. cit. p. 59; lo mismo concluye Juan Bustos Ramírez. **Manual de Derecho Penal Español. Parte General.** Editorial Ariel. Barcelona España, 1984. p. 159; Eugenio Raúl Zaffaroni. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen III.** op. cit. p. 32; Hans Heinrich Jescheck. Volumen I. op. cit. p. 279.

60.- Cfr. Mezger, Edmund. op. cit. pp. 189, 195 y 199; Hans Heinrich Jescheck. Volumen I. op. cit. pp. 280 y 281; Eugenio Raúl Zaffaroni. **Manual de Derecho Penal.** p. 352.

Son diversas las críticas que se le ha hecho a este sistema por lo que solamente señalaré las de mayor transcendencia: a) es el concepto de acción o de conducta donde se pone de manifiesto que el entendimiento de todos los comportamientos movidos por la voluntad, son procesos causales, dejan sin aprehender la esencia de las acciones voluntarias, este concepto es seriamente cuestionado por Welzel, al referir que toda conducta tiene un sentido y toda conducta tiene un fin, la manifestación de la voluntad y el contenido de la misma no pueden escindirse.⁶¹ b) De la misma manera que el concepto causal de acción no da cobijo a la omisión, ya que falta en ella un impulso de voluntad esperado y que por esta razón no se pone en marcha determinado proceso causal,⁶² se le criticó que el tipo penal se estructura solamente de elementos objetivos descriptivos y objetivos normativos, y excepcionalmente con elementos subjetivos; c) luego entonces, al considerar el dolo y la culpa como formas especiales de la culpabilidad obligaron a tener inicialmente un concepto psicológico de culpabilidad, que no respondió a los ataques que en aquel entonces le hicieran, como es "que en ciertos casos no se da esa relación psicológica entre la conducta y el resultado, como son los casos de la culpa inconsciente, particularmente en los delitos de olvido".⁶³ De la misma manera el concepto mixto de culpabilidad también resulta cuestionable, ya que sigue manteniendo el elemento subjetivo en la culpabilidad; d) por último los problemas de tentativa, autoría y participación y concurso de delitos, se consideran como formas especiales de aparición del mismo,⁶⁴ lo cual resulta cuestionable, ya que la tentativa forma parte del iter

61- Cfr. Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán. Parte General.** op. cit. p. 53.

62.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal.** op. cit. p. 328.

63.- Ibidem. El autor cuando hace referencia a los delitos de olvido señala como ejemplo, cuando el sujeto se marcha de la casa a ver un espectáculo y olvida que la llave del gas está abierta y causa una explosión hiriendo al vecino, aquí no hay una relación psicológica entre la conducta y el resultado y como lo señala el autor, aquí habría delito sin culpa.

64.- Consultar índice y contenido de las obras de Ernst von Beling op. cit. pp. 40 y 98; Edmund Mezger. op. cit. pp. 275, 297 y sig.

criminis, así como la forma de participación y el concurso de delitos y si bien son figuras diferentes, no deja de ser parte de la teoría del delito.

Planteado lo anterior, es importante conocer cómo este sistema ubica a las calificativas; para ello necesariamente tenemos que analizar cómo estructura el delito y de acuerdo a sus componentes, definir en que elemento se pueden situar éstas. Sobre el particular se advierte que si se tiene un concepto de injusto objetivo y un contenido de culpabilidad con elementos subjetivos éstos dan la pauta para determinar qué tanto las agravantes como las atenuantes tendrían que verse en la culpabilidad, partiendo del concepto que tenían de acción que es muy limitado, donde el movimiento corporal voluntario que produce el resultado prescinde de la finalidad del sujeto; luego entonces, si el elemento subjetivo (dolo y culpa) se analiza en la culpabilidad, el análisis de las calificativas de carácter subjetivo será en ese elemento, postura que resulta seriamente cuestionada, ya que sabemos que toda acción penalmente relevante tiene un fin, es decir, no se puede escindir la manifestación de la voluntad con el contenido de la misma; luego entonces, si las calificativas son parte del hecho, éstas también tienen que ver con el fin penalmente relevante. Por otra parte, de acuerdo a los contenidos de la culpabilidad que nuestro Código regula, dan cabida al análisis de excepcionales calificativas en este elemento, como se analizará en el capítulo cuarto y quinto.

3.3.2.- Sistema finalista.

La teoría de la acción final tuvo como precursores a Alexander Graf zu Dohna y Hellmuth von Weber, quienes fueron críticos del sistema

causalista al incorporar al concepto de tipo el dolo y la culpa⁶⁵. Quien completa el modelo y como principal exponente de esta corriente es Hans Welzel, seguido por otros importantes autores como Reinhart Maurach, Stratenwerth, Jescheck, Zaffaroni entre otros.

El planteamiento del finalismo "vino determinado por el paso de la tajante separación entre el mundo real y el Derecho propio del neokantismo a la realidad del ser social; por eso, se esforzó en elaborar las estructuras lógico-objetivas, previas a toda regulación jurídica y a edificar el derecho sobre la base de la naturaleza de las cosas."⁶⁶

Hans Welzel refiere: "La acción humana es el ejercicio de la actividad final; la acción es por eso acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan a la consecución de estos fines". Agrega el autor que "la actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es el resultado causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso, la finalidad es, dicho en forma gráfica, "vidente", la causalidad "ciega".⁶⁷

El descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto produjo una grieta profunda de lo externo y lo interno, de lo objetivo y subjetivo; así Welzel señala el ejemplo de la tentativa, donde el dolo es un elemento del tipo y que esa misma función debe pasar al estudio de la consumación, y concluye

65- Cfr. Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español**. op. cit. pp. 163 y 164.

66.- Jescheck Heinrich, Hans. Volumen I. op. cit. p. 283.

67.- Welzel, Hans. op. cit. pp. 53 y 54.

"que en todos los delitos dolosos el dolo es un elemento esencial de lo injusto. De ahí se deduce que sólo el concepto de acción finalista y no el concepto de acción causal puede suministrar la base óptica de la doctrina de lo injusto".⁶⁸

Dicho de otra manera, "la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin."⁶⁹ La finalidad de la acción típica se equiparó al dolo en el nuevo sistema del delito.

"De esta tesis fundamental se derivó la consecuencia de que el dolo debe pertenecer al tipo de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto, pues la misión del tipo es, precisamente, la caracterización de la acción en todos sus elementos de injusto esenciales para la punibilidad".⁷⁰ Lo anterior modificó sustancialmente la estructura del delito, ya que en la conciencia de la antijuridicidad tuvo que separarse el dolo y se tuvo que distinguir los supuestos del error de distinta forma a como lo hacía el esquema anterior (error de hecho y de derecho). Para la nueva doctrina existe, por una parte el error de tipo, que excluye al dolo y, con él la punibilidad, porque sin el dolo no se puede realizar el tipo, y, por otra parte el error de prohibición que elimina la conciencia de la antijuridicidad.⁷¹ Entonces la culpabilidad se reduce correspondientemente a la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y a la posibilidad de conocimiento de la prohibición.⁷² La imputabilidad entendida como la capacidad de comprender el injusto del hecho y determinar su voluntad conforme a esa comprensión;

68.- Ibidem. pp. 90 y 91.

69.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** op. cit. p. 330.

70.- Jescheck Heinrich, Hans. **Tratado de Derecho Penal. Volumen I.** op. cit. p. 284.

71.- Ibidem. p. 626.

72.- Cfr. Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal Parte General.** Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1989. p. 71.

conocimiento de la antijuridicidad que dá cabida a analizar el error de prohibición, ya sea por desconocimiento de la ley, por el alcance de la misma o porque el sujeto crea que estaba justificada su conducta y, como último requisito la exigibilidad de otra conducta donde el autor tuvo alternativas de actuar en forma diversa a la escrita por la norma prohibida.⁷³

De lo anterior, podemos obtener las siguientes características:

- 1.- El finalismo se rige bajo un concepto final de acción.
- 2.- Todo tipo penal se estructura de elementos objetivos y subjetivos.
- 3.- En el tipo penal el dolo y la culpa son elementos subjetivos del tipo.
- 4.- La culpabilidad se estructura de imputabilidad, posibilidad de comprensión de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

Este sistema, como el anterior, también fue objeto de múltiples críticas; se inicia su cuestionamiento con el concepto final de acción, al referir que en esta teoría las acciones responden a la imagen de la acción final, pero hay casos que no responden a ello, por ejemplo las acciones automatizadas como el andar, escribir y conducir, pero se dice que éste en ocasiones es un proceso mecánico por ser aprendido, según Jescheck, los casos señalados resultan infundados,⁷⁴ pero consideramos que Welzel para definir la conducta se basa en el comportamiento general del ser humano, por eso el concepto de acción no es capaz de cobijar todas las formas de comportamiento.

73.- Cfr. Welzel, Hans. op. cit. pp. 221 y 248.

74.- Cfr. Jescheck Heinrich, Hans. Volumen I. op. cit. p. 294.

Las objeciones más graves se dirigieron en contra del concepto de la finalidad potencial del delito imprudente.⁷⁵ La acción imprudente no puede incluirse sin dificultades en el concepto final de acción. La imprudencia consiste normalmente en una ejecución descuidada de una acción final, según los finalistas, pero el carácter descuidado de la ejecución no es, precisamente momento alguno de la finalidad. En ese sentido Jescheck, refiere que "la infracción de la norma de cuidado no puede equipararse a la acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse solo a la vista del resultado que habría de evitar, el cual se haya en el hecho imprudente, precisamente fuera de la relación final, y concluye el autor que la falta de cuidado no procede de haber sido "conducidos descuidadamente", sino del mismo hecho de no haber sido omitidos".⁷⁶

Es importante destacar que la mayoría de esas críticas fueron formuladas en sus principales etapas de desarrollo, por lo que cada una de ellas fue teniendo sus respectivas respuestas. Muchas de ellas posteriormente perdieron importancia.

Uno de los críticos más severos de éste sistema es Claus Roxin, quien refiere que "la teoría de la culpabilidad de Welzel no puede resolver satisfactoriamente los problemas del error, porque: a).- Traslada los límites entre el tipo y la antijuridicidad a un punto en el cual no se justifica una diferenciación valorativa considerable; b).- Porque no posibilita en todos los casos una diferenciación clara y tecnológicamente fundamentada del error de

75.- Cfr. Reinhart, Maurach. op. cit. pp. 208 y 209.

76.- Jescheck Heinrich, Hans. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I.** p. 295.

tipo y del error de prohibición: c).- Porque fracasa ante el problema de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico"⁷⁷

Las críticas referidas tienen mucho sentido, pero hasta ahora no destruyen totalmente el sistema finalista, ni tampoco puede afirmarse que el citado autor así como Kaufmann han creado un sistema diferente y aceptado. Es cierto que los argumentos de Welzel no satisfacen totalmente el cuestionamiento sobre la finalidad de la acción de los delitos culposos, más aún en relación con la culpa inconsciente donde no es muy clara la finalidad del individuo aún para cometer el delito culposo. Pero aún así el concepto de acción finalístico no está totalmente desplazado ya que sigue dando respuesta a la mayoría de los casos. También Roxin al vincular el tipo y la antijuridicidad, tiene cierta lógica de acuerdo a sus argumentos, pero ello implicaría reducir el delito a un elemento ya que los problemas del error y la antijuridicidad se verían como parte integrante del tipo, pero aún concediéndole validez a los argumentos referidos, no destruye el sistema finalista, sino que las aportaciones darían lugar a un enriquecido concepto de acción finalista, pudiéndosele llamar neofinalismo o posfinalismo, postura que es motivo de mayor reflexión en el capítulo quinto.

En el sistema finalista la ubicación de las calificativas se deriva de la forma de estructurar los elementos del delito, que de acuerdo a su estudio dogmático pueden estudiarse, ya sea en el tipo penal o en la culpabilidad. Esto es así porque si analizamos la forma en que a su vez se estructuran las agravantes y atenuantes, vemos que es muy semejante a la del tipo penal, es decir, esas circunstancias tienen elementos objetivos y

77.- Roxin, Claus. **Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico.** Traducción de Enrique Bacigalupo. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1978. p. 209.

subjetivos y en ocasiones elementos normativos; luego entonces, si la norma de donde se derivan adopta un concepto final de acción y el elemento subjetivo forma parte del tipo, su análisis se reflejará en la tipicidad, independientemente que también se consideran en la culpabilidad al valorarse todo el injusto penal.

Además, la forma de estructurar el delito y su contenido obedece a un análisis dogmático que ha respondido a las exigencias de nuestro tiempo y es congruente con los contenidos de nuestra ley y que se reflejan en los artículos 7, 8, 9, 12, 13, 15 del Código Penal y 122 del Código de Procedimientos Penales Común y Federal, respectivamente.

3.3.3.- El sistema y la doctrina penal mexicana.

Para definir el sistema a seguir en la presente investigación previamente se requiere conocer en forma general y concreta, cuáles son los criterios que la doctrina de nuestro país ha adoptado sobre la Teoría del Delito y sobre el tema que nos ocupa. Para ello debemos de vincular la política criminal y la dogmática penal mexicana, la cual ha cambiado en sus diferentes momentos, en gran parte debido a la ideología y filosofía reinante, dándole al delito un sentido diferente.

Para determinar la orientación e influencia de la doctrina mexicana, lo conveniente sería que se hiciera en forma paralela con la historia de la legislación mexicana, pero ello nos llevaría un tiempo extraordinario con el temor de distraer la atención al tema central, de ahí que señalaré solamente la directriz que se ha marcado en el presente siglo y cuáles son los autores que han contribuido más al desarrollo de la ciencia del derecho penal.

A principios de este siglo se distingue con mayor evidencia la influencia de la doctrina alemana e italiana sobre la política criminal y dogmática penal. Las aportaciones del Lizst, Belling, Radbruch y Mezger entre otros, han influido en el pensamiento dogmático de parte de la doctrina, jurisprudencia y la legislación de nuestro país, ya que hasta antes de las reformas de 1993 y 1994 en los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución, regía el sistema causalista, donde el elemento objetivo lo ubicaban en el cuerpo del delito y lo subjetivo lo reservaban hasta la culpabilidad. Luego entonces, el contenido de los elementos del delito era diferente, reflejándose esa política en la práctica judicial, donde la autoridad judicial resolvía atendiendo a la directriz del sistema causalista.

El doctor Moisés Moreno Hernández refiere que el desarrollo de la dogmática en México puede distinguirse en tres periodos que son: predogmático, dogmático y el moderno.⁷⁸ Marcando semejantes diferencias, el suscrito lo reduce a dos periodos: el contemporáneo, a partir del Código de 1931 hasta 1970 y el moderno, que comprende del año de 1971 a la fecha, ya que algunos autores de corte causalista al paso del tiempo han aceptado las bondades del sistema finalista y porque en este momento la evolución del derecho penal es tal, que algunos autores que originalmente eran finalistas, comienzan a inclinarse con otras corrientes más modernas.

a) En el primer periodo, surgen autores que escriben sobre la teoría del delito como Raúl Carrancá y Trujillo con su obra *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, que en 1937 se publica su primera edición;⁷⁹

78.- Cfr. Moreno Hernández, Moisés. *El Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana*. op. cit. p. 60.

79.- Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Primera Edición. Julio de 1937. Editorial Porrúa.

Francisco González de la Vega, con su obra *Causas que Excluyen la Incriminación* de 1944; la *Legislación Penal Mexicana Comparada* de Celestino Porte Petit Candaudap;⁸⁰ Ignacio Villalobos, quien en 1948 publica su obra *Derecho Penal Mexicano. Parte General*,⁸¹ autores que en su obra tanto en el índice como en el contenido reflejan con mayor evidencia la influencia marcada del sistema causalista, desde definición de conducta hasta los contenidos de los elementos del delito.

Posteriormente Mariano Jiménez Huerta publica en 1950 un trabajo denominado *Panorama del Delito*, donde aborda como punto central la conducta, de este mismo autor posteriormente se edita un libro denominado "La Tipicidad" y como un adelanto de lo que sería su máxima obra denominada "Derecho Penal Mexicano" (cinco tomos), donde independientemente de elaborar un análisis de cada delito del Código Penal, realiza un estudio dogmático de lo que es el tipo penal, marcando con ello una directriz de lo que podría ser el concepto moderno de ésta figura;⁸² Porte Petit realiza un trabajo sobre la *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, donde hace un análisis sistemático de los elementos del delito, posteriormente escribe un trabajo intitulado *Programa de la Parte General del Derecho Penal* en 1958 y en 1966 se publica su obra denominada *Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal*,⁸³ en este último trabajo realiza un estudio dogmático de ciertos delitos, obra que ha sido motivo de orientación y consulta muy importante. En 1969, sale la primera edición de su obra

80.- Cfr. Citado por Moreno Hernández, Moisés. op. cit. p. 60.

81.- Cfr. Villalobos, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano. Parte General**. Primera Edición. Editorial Porrúa. México, 1948.

82.- Jiménez Huerta, Mariano. **Panorama del Delito**. Nullum Crimen Sine Conducta. Edición 1950. Impreso por la Imprenta Universitaria; *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I a V. Primera Edición 1972. Editorial Porrúa.

83.- Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. **Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal**. Estudio comparativo con los Códigos Penales de las Entidades Federativas. Primera. Edición. Editorial Porrúa. México, 1966.

Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.⁸⁴ Del contenido de sus trabajos sobresale por las citas la influencia de autores italianos y muy pocos españoles y alemanes, en sus obras se proyecta una tendencia causalista.

Raúl Carrancá y Trujillo-Raúl Carrancá y Rivas, en 1962 publican su primera obra denominada Código Penal Anotado,⁸⁵ donde elaboran un estudio dogmático de cada delito del Código Penal, libro que también resulta de gran interés y consulta. Dentro de las obras más importantes de Francisco Pavón Vasconcelos, se encuentran "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General", La Causalidad en el Delito y el Concurso Aparente de Normas,⁸⁶ sus dos primeros estudios se caracterizan por la concepción que tiene del delito (causalista). Con la misma inclinación se encuentra también la obra de Fernando Castellanos Tena denominada Lineamientos Elementales de Derecho Penal,⁸⁷ de su contenido se siente el impacto del sistema causalista; le siguen autores como Ricardo Franco Guzmán, dentro sus múltiples estudios surge un trabajo intitulado "¡La Subjetividad en la Ilícitud" (año de 1959)⁸⁸; dentro de las obras más importantes de Sergio García Ramírez en coautoría con Victoria Adato, y de forma individual se encuentra la relacionada con la Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano; "Prontuario de Derecho Procesal" y su última obra "El Nuevo Procedimiento Penal

84.- Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal**. Editorial Porrúa. México, 1969.

85.- Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl-Raúl Carrancá y Rivas. **Código Penal Anotado**. Primera. Edición. Editorial Porrúa. México, 1962.

86.- Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General**. Primera. Edición. Editorial Porrúa; **La Causalidad en el Delito**. Primera Edición 1977. Editorial Porrúa; México. **Concurso Aparente de Normas**, en su primera edición de 1972, sobre esta última obra las calificativas tienen cierta relación con el concurso aparente de normas como se verá en el capítulo último, además no deja de ser un trabajo serio que tiene relación con la teoría del delito.

87.- Cfr. Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. Editorial Porrúa. México, 1974.

88.- Cfr. Franco Guzmán, Ricardo. **La Subjetividad en la ilícitud**. Editorial José N. Cajica Jr. Primera. Edición 1959. Editada en México, en Lima y en Buenos Aires.

Mexicano",⁸⁹ de Fernández Doblado, "La Culpabilidad y el Error", etc. Es importante destacar que dentro de los últimos autores hay quienes han aceptado la evolución en la estructura dogmática del delito, sino en sus obras, sí en su discurso académico.

Las ideas que en general prevalece en los autores citados son:

- 1.- Manejan un concepto causal de acción.
- 2.- Ubican al dolo y la culpa en la culpabilidad.
- 3.- Estructuran el tipo penal con elementos objetivos y excepcionalmente algunos aceptan que tengan elementos subjetivos y normativos.
- 4.- Consideran el error como una causa de excepción en la culpabilidad.
- 5.- Manejan un concepto psicológico de culpabilidad y otros un concepto mixto de culpabilidad.
- 6.- Los que tratan el tema de las calificativas como Porte Petit, las ubican fuera del tipo básico, o sea como tipo complementado, subordinado, privilegiado; alguno de los demás autores si bien no abordan en forma específica la naturaleza jurídica de las calificativas, por interpretación al ubicar el dolo en la culpabilidad, las calificativas serían motivo de análisis en ese estadio.

b) En el segundo periodo surgen estudios con un sentido dogmático más moderno, donde sobresalen los siguientes:

89.- García Ramírez, Sergio y Victoria Adato. **Prontuario de Derecho Procesal**. Editorial Porrúa. México, 1974 y como obra individual **El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano**. Editorial Porrúa. México, 1994.

Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez con su modelo lógico matemático en el derecho penal, manejan un concepto dogmático diferente y moderno que va marcando las pautas de análisis de lo que es el delito y el tipo penal; estos autores han publicado trabajos interesantes como "Lógica del tipo en el derecho penal", "La nueva teoría general del derecho penal", "El Delito en el Derecho de Procedimientos Penales"; este último independientemente de que hablan del tipo penal, hacen mención al cuerpo del delito y a la responsabilidad penal; "La lógica de los delitos contra la vida y la integridad corporal"⁹⁰ entre otros; le siguen sobre esa corriente Luis de la Barreda con su obra Algunos "Pseudoproblemas del Derecho Penal" y Rafael Marquez Piñero, con "El Tipo Penal". Algunas consideraciones en torno al mismo", por señalar algunos de sus trabajos.⁹¹

Para hablar del sistema o modelo lógico matemático, como lo menciona el Dr. Rafael Marquez Piñero, "esa obra es una tarea con profundidad científica, seriedad investigadora e innegable originalidad". "Parte de las formulaciones tradicionales (entendido el término "tradicional", lato sensu, tratando de rescatar el confusionismo reinante entre el causalismo y finalismo), pretendiendo con su método de estudio reconducir y ubicar la teoría del delito y la pena en su auténtico lugar".⁹²

90.- Cfr. Islas Magallanes, Olga. **Lógica del tipo en el Derecho Penal**, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1970; **Nueva Teoría General del Derecho Penal**. Revista criminalia. México, año XLIV número 1-3 enero-marzo, 1978; **El delito en el derecho de procedimientos penales** en coautoría con Elpidio Ramirez, publicada por la Universidad Autónoma de México; **La lógica de los delitos contra la vida e integridad corporal**. Editorial Trillas. México, 1991.

91.- Cfr. Marquez Piñero, Rafael. **El Tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo**. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México, 1986.

92.- Ibidem. p. 184.

La metodología empleada, se funda en la lógica matemática (específicamente el cálculo de primer nivel) y lógica formal. La estructura se apoya en la distinción de niveles de lenguaje.

En el modelo lógico se deben distinguir dos niveles de vital importancia, el nivel normativo y el nivel fáctico; en el primero debemos encontrar al tipo penal, que se caracteriza por ser general, abstracto e impersonal, como creación del legislador al establecer eventos antisociales que lesionan intereses de la colectividad y con un contenido necesario para la protección del bien jurídico; en el nivel fáctico se encuentra el delito, caracterizado por ser un hecho concreto particular y temporal.⁹³

También en el modelo lógico se utiliza el método inductivo en el estudio del delito, es decir, el análisis particular de cada delito extrayendo sus notas comunes y construyendo con ello la teoría general del delito.⁹⁴

El contenido y la norma jurídica es de vital importancia para poder conocer el contenido del delito, mismo que en forma particular mantiene como elemento exclusivo a la culpabilidad, que solo tiene lugar en la ejecución de la acción del sujeto, es decir, al concretarse la substancia del tipo, o sea el kernel del tipo penal; en cambio para integrar el delito, por su necesaria correspondencia del tipo, contiene los mismos elementos con el agregado de ser típicos, adicionando como elemento exclusivo del delito a la culpabilidad simbolizada con una "C".⁹⁵

93.- Cfr. Islas Magallanes, Olga. **La lógica de los delitos contra la vida**. México, Primera edición, Editorial Trillas. México, 1982. p. 12; Rafael Marquez Piñero, **El Tipo Penal**, Op cit. p. 185.

94.- Islas Magallanes, Olga. **La lógica de los delitos contra la vida**. op. cit. p. 13.

95.- Ibidem. p. 54 y 55.

Desde el momento en que este método relaciona a la lógica y el derecho, implica un análisis casi incuestionable. De ahí que las aportaciones más importantes destacan las siguientes:

En congruencia con el finalismo que hace alusión a elementos subjetivos en el tipo, la lógica matemática los incluye dentro del kernel considerándolos como voluntad dolosa o culposa; la imputabilidad la ubica en el tipo penal a diferencia del finalismo que la contempla en la culpabilidad, punto que resulta ser interesante el reflexionar sobre esta ubicación; la antijuridicidad la ubica dentro del tipo la cual se concibe dentro de un juicio valorativo, donde se da la violación de la norma de cultura reconocida por el legislador, y separa el mundo normativo del mundo fáctico, es decir, distingue los elementos que componen la norma (tipo), de los elementos del delito donde incluye con una "C" la culpabilidad, pero que son los mismos. Por otra parte excluye dentro de los elementos del delito a la "tipicidad" argumentando que esta forma parte del mundo de los hechos⁹⁶.

Lo cuestionable de este método es que no da una respuesta satisfactoria para resolver el error de prohibición y si bien lo ubica en la culpabilidad, ésta surge a la vida jurídica al momento en que surge el hecho en el mundo real, luego entonces el error de prohibición es parte del mundo fáctico y no normativo. Hay confusión en ubicar el error de prohibición en éste método porque el deber jurídico y el dolo son parte del tipo penal y el deber jurídico puede dar cabida al error, de ahí que este método realiza aportaciones interesantes pero obviamente, está sujeto a perfeccionarse. Lo que advierto también es que en el mundo fáctico al implementar éste método

96.- Ibidem. p. 43 a 49.

en las resoluciones judiciales, obviamente que el injusto sería una unidad impidiendo separar su análisis de cada uno de sus elementos.

Las calificativas en éste modelo deben contemplarse desde dos puntos de vista: A nivel normativo, como parte integrante de los tipos, y, a nivel fáctico, también como parte integrante del delito. Desde el punto de vista normativo no son circunstancias, sino elementos del tipo penal. Desde el punto de vista fáctico, las calificativas tampoco son circunstancias del delito, sino integrantes de éste ya como presupuesto, ya como elemento⁹⁷ En ese sentido Rafael Márquez Piñero al describir el tipo complementado dice "es el que surge con vida subordinada a sustituir o agregar uno o varios elementos en el fundamental".⁹⁸ Reafirmando la idea, Olga Islas señala que "en torno a las calificativas las que forman parte del tipo se relacionan con el sujeto activo, el pasivo, de los medios, de las referencias de tiempo, lugar y ocasión etc.",⁹⁹ luego entonces, en ese sentido éste método es coincidente con el sistema finalista al ubicar las calificativas en la teoría del tipo, con la aclaración de que en el sistema finalista algunas atenuantes su estudio se realiza en la culpabilidad.

Bajo la orientación filosófica de Hans Welzel, se encuentran los trabajos realizados por Moisés Moreno Hernández, destacando los siguientes: "La Teoría de la Acción Final"; "Consideraciones Dogmáticas y Político Criminales Sobre la Culpabilidad"; "El Estado actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana" y "Diversos estudios sobre tópicos diferentes", que han tenido relación con las reformas a la ley y con la teoría del delito, como es La "Responsabilidad Penal", "Estado de Necesidad y No Exigibilidad de otra

97.- Ibidem. p. 81.

98.- Marquez Piñero, Rafael. op. cit. p. 226.

99.- Islas Magallanes, Olga. *La lógica en los delitos contra la vida*. op. cit. p. 81.

Conducta", Comentarios sobre las reformas a la Constitución en los artículos 16, 19 y 20 y artículo 122 del Código de Procedimientos Penales y dentro de sus últimos trabajos "La Orientación de la Moderna Legislación Penal Latinoamericana".¹⁰⁰ Del contenido de sus obras sobresale obviamente su inclinación por el sistema finalista y de sus trabajos relacionados con La Responsabilidad penal y los Comentarios a las reformas a los artículos constitucionales, se advierte que a las calificativas las considera como parte integrante del tipo penal.

Comparten esa inclinación filosófica una serie de autores como Alvaro Bunster, quien con extraordinaria agudeza elabora una serie de trabajos, por mencionar algunos "en torno a la imputabilidad penal", y "autoría y participación";¹⁰¹ le siguen autores como Octavio Alberto Orellana Wiarco, con su obra "Teoría del Delito";¹⁰² Miguel Angel Quintanilla García "Teoría del Delito",¹⁰³ ambos autores marcan las diferencias del causalismo y finalismo; Gustavo Malo Camacho en vida escribió "Derecho Penal Mexicano", elaborado a nivel de Manual y al abordar la teoría general del delito, expresa su convicción por el sistema finalista,¹⁰⁴ al igual que los tres autores restantes.

100.- Cfr. Moreno Hernández, Moisés. Revista Mexicana de Justicia. 1982; **Algunas bases para la política criminal del Estado Mexicano**. Revista Mexicana de Justicia número 2 1985; **Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad**, es una ponencia que presentó en relación al poder penal del Estado, publicado por Depalma Buenos Aires, Argentina, 1985; **El estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana**; trabajo de formal ingreso a la academia mexicana de ciencias penales, presentada en la sesión de 17 de septiembre de 1992. **La responsabilidad penal**. Conferencia presentada en el Tribunal Superior de Justicia en 1992; **Orientación de la moderna legislación penal latinoamericana** en el encuentro internacional del código penal tipo latinoamericano en Bogotá Colombia 1965, entre otros trabajos.

101.- Bunster, Alvaro. **En torno a la imputabilidad Penal; Autoría y Participación**. Publicados por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1988.

102.- Orellana Wiarco, Octavio Alberto. **Teoría del Delito**. Primera edición, Editorial Porrúa. México, 1994.

103.- Quintanilla García, Miguel Angel. **Teoría del Delito**. Primera edición. Editorial Porrúa. México, 1997.

104.- Malo Camacho, Gustavo. **Derecho Penal Mexicano**. Primera edición. Editorial Porrúa, México, 1997.

Les siguen una serie de autores jóvenes que realizan estudios monográficos de gran calidad como es la obra de Arturo Villarreal Palos, denominada "Culpabilidad y Pena",¹⁰⁵ aquí el autor hace un estudio del desarrollo de la culpabilidad y la crítica de ella en sus momentos diferentes de evolución; Raúl González-Salas Campos, con su obra Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal,¹⁰⁶ desarrolla la evolución histórica del concepto liberal del bien jurídico a partir de la ilustración, analiza e interpreta un amplia gama de actos que se desarrollan en torno a los sectores socioeconómicos de la vida actual, el medio ambiente, la salud pública etc., realizando un análisis serio y profundo del tema tomando una postura sobre el bien jurídico que invita a la reflexión, ya que el concepto del bien jurídico que tenemos hasta cierto punto es limitado; Enrique Díaz Aranda, ha publicado diversos trabajos como el "Del suicidio a la eutanasia" en el que hace un estudio filosófico y jurídico de gran interés;¹⁰⁷ Carlos Daza Gómez con su obra "La culpabilidad en el finalismo",¹⁰⁸ con gran sentido de investigación el autor hace un desarrollo histórico del concepto de culpabilidad realizando como consecuencia un análisis de su evolución hasta los últimos exponentes que han escrito sobre el tema, marcando con su obra una serie de cuestionamientos que invitan a su reflexión como son los contenidos propios del concepto actual de culpabilidad y, su última obra denominada "Teoría General del Delito", expone las últimas consecuencias de la teoría general del delito y parte de los postulados básicos de la teoría del delito de Welzel; asume la concepción personal de lo injusto, pero se inclina por el pensamiento de Roxín, aceptando los criterios

105.- Cfr. Villarreal Palos, Arturo. **Culpabilidad y Pena**. Editorial Porrúa. México, 1994.

106.- Cfr. González-Salas Campos, Raúl. **La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal**. Publicado por Pereznieta Editores. México, 1995.

107.- Cfr. Díaz Aranda, Enrique. **Del suicidio a la eutanasia**, Editorial Porrúa. México, 1996.

108.- Cfr. Daza Gómez, Carlos. **La culpabilidad en el finalismo**, es el título del tema de investigación con el que se recibió de Doctor en el año de 1996.

de la imputación objetiva; es una de las primeras obras penales que tratan este tema en México con gran sencillez y agudeza.

Del desarrollo de la ciencia del Derecho Penal por los penalistas mexicanos, con excepción de los defensores del modelo lógico matemático, se observa que la orientación filosófica se deriva de las escuelas penales, en particular de la escuela positivista.¹⁰⁹ Ello nos lleva a afirmar que el devenir histórico de la doctrina penal mexicana, se distingue porque dentro del sistema causalista y finalista existen características comunes, como es que ambos aceptan que la estructura del delito se compone de tres elementos, que son la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, pero con diferencias en cuanto a los contenidos de ellos. Haciendo un balance en el tiempo de vigencia y número de autores, el sistema que más ha prevaleció en éste siglo es el Causalista y no es sino hasta los setentas en que se desarrolla en México el sistema lógico matemático; en los ochentas se inicia la influencia del sistema finalista el cual comienza a tener mayores adeptos, con independencia de los partidarios del concepto de la imputación objetiva y las modalidades que se están dando en relación con el concepto de acción y culpabilidad. Todo esto nos refleja una pluralidad ideológica jurídica que día a día enriquece el sentido cultural de la ciencia del Derecho Penal mexicano.

4. Método y sistema a seguir para el análisis del tema.

4.1. Método.

Si entendemos el método en términos generales "como la forma y manera de proceder en cualquier dominio, es decir, de ordenar la actividad y

109.- Cfr. Moreno Hernández, Moisés. **Algunas bases para la Política Criminal del Estado Mexicano.** op. cit. p. 65.

ordenarla a un fin"¹¹⁰ y al derecho penal como ciencia jurídica, luego entonces, el método que le corresponde a la ciencia del derecho y es el llamado "método dogmático", por ser el de mayor utilidad y brindar seguridad jurídica.

Reiterando lo dicho, este método consiste "en el análisis de la letra del texto, en su descomposición analítica en elementos (unidades o dogmas), en la reconstrucción en forma coherente de esos elementos, lo que arroja como resultado una construcción o teoría".¹¹¹

El método científico (dogmático) se encuentra en la misma situación que el físico, "se deben tomar datos y analizarlos (dogmas), establecer similitudes y diferenciar y reducir lo que opera igual bajo una apariencia preanalítica de diversidad. Luego de elaborar una teoría (construcción) en cada uno de ellos encuentra su ubicación y explicación. Por último deben plantearse hipótesis a efecto de verificar si ésta teoría funciona de acuerdo a la totalidad, si no hay elementos que no den explicación adecuada, o sea si alguna parte del todo la contradice, este sería el proceso de verificación" ello nos llevaría a afirmar que el jurista debe elaborar un sistema no contradictorio de proposiciones cuyo valor de verdad sea verdadero.¹¹²

De lo anterior podemos entonces afirmar que la Dogmática Jurídica penal tiene como objeto el conocimiento del conjunto de normas y reglas que constituyen el derecho penal vigente; para desarrollar este método

110.- Marquez Piñero, Rafael. op. cit. p. 41.

111.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal. Tomo I.** op. cit. p. 282.

112.- Ibidem. El autor hace la explicación lógica cuando habla del valor de verdad verdadero y refiere que es una proposición de validez universal y cuando se van verificando esas proposiciones irán proporcionando un grado cada vez mayor de certeza pero la certeza absoluta la obtendríamos en el infinito, Por ende, el valor de verdad de una conducta dogmática será siempre un cálculo de probabilidades.

según Estéban Juan Pérez Alonso se requiere analizar: a).- La previvencia del método técnico jurídico; b).- El auge de la teoría relativista en las ciencias sociales, que también se va imponiendo paulatinamente en la dogmática penal; c).- La hermenéutica jurídica, que se impone cada vez más como el instrumento principal para la comprensión de las normas jurídico penales y, d).- La tópica jurídica, que finalmente se convertirá en el principal aspecto metodológico de éste trabajo para el estudio de las circunstancias del delito.¹¹³

Con independencia de las ideas del citado autor, en el método jurídico, se deben de realizar una serie de ejercicios jurídicos, como son: a).- Recopilación de material bibliográfico para la investigación, donde se analizan normas aplicables al caso para desentrañar su sentido y alcance; de la misma manera, en forma comparada se analizan ciertas normas legales extranjeras, con el mismo fin; b).- Se analiza la jurisprudencia y tesis dictadas con relación al tema, con el fin de observar la evolución del ejercicio jurisdiccional y su alcance en el mundo fáctico; c).- Como ejercicio necesario, se estudia la evolución histórica del tema que nos ocupa para observar su desarrollo histórico y, d).- se analiza la doctrina, que es una herramienta necesaria en toda investigación jurídica.¹¹⁴

4.2. Sistema a seguir.

Derivado del análisis de los dos sistemas que tienen mayor aplicación en la doctrina penal mexicana (causalista y finalista), para el

113.- Pérez Alonso, Estebán Juan. **Teoría General de las Circunstancias: Especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio.** Edersa Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid España, 1995. p. 53 y sig.

114.- Villoro Toranzo, Miguel. **Metodología del Trabajo Jurídico.** Limusa, Noriega Editores. México, 1995. pp. 105 a 115.

estudio dogmático del tema, necesariamente debemos de optar por el que plantea un análisis más lógico del delito.

No olvidemos que la función que tiene la dogmática es ofrecer seguridad jurídica para los individuos y proporcionar las bases científicas para una adecuada política criminal, y el sistema finalista lo ofrece de la mejor manera, porque hasta este momento ha dado respuesta a la construcción dogmática del delito y la forma en que lo estructura satisface las exigencias que más imperan en este momento a pesar de las críticas y aportaciones que han hecho los discípulos de Welzel, Kaufmann Stratember Günther Jakobs y otros a la teoría del dolo y a la culpabilidad, críticas que son hipótesis que aún no alcanzan el nivel de teoría para desplazar por completo al sistema finalista, si no que inciden en un problema de la teoría de delito (la causalidad) y no en todo el análisis sistemático del mismo, por ello son aportaciones que vendrían a enriquecer el sistema finalista, pero no a destruirlo.

La relación que tienen las calificativas con cualquier sistema, parte de los contenidos de la propia ley, ahí es donde encontramos el origen lógico de su existencia. Afirmación que tiene sustento al verificar que las calificativas son parte de la conducta humana y están previstas en una norma (que refleja una conducta humana penalmente relevante). Pero la aplicación de los diversos criterios que se han elaborado para ubicar a las calificativas dentro de la estructura del delito o de la pena, a traído como consecuencia confusión e inseguridad jurídica- Así, el sistema causalista al interpretar los contenidos de los artículos 122 y 168 del Código de Procedimientos Penales Común y Federal, desde sus reformas de 1984 y 1993 no ha brindado una explicación lógica de la ubicación sistemática de las calificativas ya que según

esta corriente, el dolo y la culpa los ubica en la culpabilidad y los numerales referidos ubican al elemento subjetivo en el tipo penal.

Tampoco podría analizarse a las calificativas dentro de la teoría de la pena, ya que las sacaría de la estructura del delito y, de ser así, las calificativas carecerían de un análisis de la conducta que las motiva, de la antijuridicidad formal y material que también tienen las calificativas y de esa capacidad de culpabilidad que tiene el sujeto de realizar una conducta reprochable que contempla la norma.

En cambio el sistema finalista resulta más congruente para ubicar la naturaleza jurídica de las calificativas, partiendo de la estructura y contenido de cada uno de los elementos del delito. Si entendemos que el tipo penal se compone de elementos objetivos y subjetivos y cuando el tipo lo requiere de elementos normativos y las calificativas se encuentran vinculadas con esos elementos, nos permiten encontrar su ubicación sistemática dentro de la estructura del delito y no fuera. Ya sea en el tipo penal o en la culpabilidad; esto es así porque el dolo se relaciona con los medios, circunstancias de tiempo, lugar y ocasión, con el número de sujetos, con el objeto, etc. que son la forma de realizar la conducta (tipo penal incluyendo calificativas) que contempla la norma.

Como acertadamente lo señala Olga Islas "las calificativas tienen relación con el delito en razón de que un tipo penal las contiene, por ello el no incluirlas en el tipo resultaría violatorio del principio *nullum crimen sine lege*"¹¹⁵

115.- Islas Magallanes, Olga. **La lógica en los delitos contra la vida**. op. cit. p. 82.

**CAPITULO
II**

**LAS CALIFICATIVAS EN EL
DERECHO PENAL MEXICANO**

U.N.A.M

FACULTAD DE DERECHO

CAPITULO SEGUNDO.

LAS CALIFICATIVAS EN EL DERECHO PENAL MEXICANO. (visión histórica).

1.- La regulación de las circunstancias calificativas en la Constitución Política de México.- Aspectos históricos.

La Constitución es la ley suprema, fundamental, la norma de normas, en cuyo contenido se fijan las reglas esenciales a que debe sujetarse la sociedad a la cual van a regir, las garantías individuales a que tiene derecho todo hombre, así como las bases jurídicas del orden político.

Es indispensable que entremos al análisis de la norma constitucional, cuyo contenido es esencial para nuestro tema en exposición, toda vez que marca la base fundamental de la cual partirá todo proceso penal. Pero, para comprender su sentido actual es menester, aunque de manera breve y concreta, trasladarnos a la historia constitucional y verificar la evolución que en ese ámbito han tenido las circunstancias calificativas a

través de las diversas Constituciones que hemos tenido a lo largo de nuestro caminar legislativo y determinar si el constituyente tuvo o no en mente este problema y, en su caso, cómo lo visualizó.

1.1.- La Constitución de 1812.

Según se desprende del análisis de su articulado, no contiene una estructura clara del procedimiento penal y menos aún arroja algún término relacionado con el tema de la investigación,¹ por lo que no ofrece ninguna base para los contenidos de la legislación secundaria.

1.2.- La Constitución de 1824.

Tampoco contiene una definición que se vincule directamente con el problema de las calificativas. Se advierte solamente que en la sección 7a. habla sobre la administración de la justicia, dedicándole 12 artículos que van del 145 al 156, donde hace referencia a un procedimiento no bien delineado y a una que otra garantía² que aún se encuentra en vigor, pero

1.- Cfr. XLVI LEGISLATURA DE LA CAMARA DE DIPUTADOS.- Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones Tomo I Editorial Manuel Porrúa, México. 1978, pp. 321 a 324. Los artículos que tienen más relación con el procedimiento penal, son el 267 a 290 que dice "...Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal y asimismo un mandamiento del juez por escrito que se le notificará en el acto mismo de la prisión" "El arrestado antes de ser puesto en prisión será presentado ante el juez para que reciba la declaración, si no puede verificarse el juez recibirá la declaración dentro de las 24 horas". Estos artículos son los antecedentes de los artículos 19 y 20 de la Constitución que actualmente nos rige.

2- Ibidem. pp. 519 y 521. Dentro de las que ahora reconocemos como garantías está el Artículo 147.- "Queda para siempre prohibido la confiscación de bienes".- Artículo 148.- "Queda para siempre prohibido ... toda ley retroactiva".- Artículo 149.- "Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuera la naturaleza del proceso". Artículo 151.-

ninguno alude a un término que tenga relación con el tema de la presente investigación.

1.3.- Proyecto de ley constitucional de 1847.

El Proyecto de Ley Constitucional de 1847 sí contemplaba algunas figuras que tienen relación con el tema al establecer en su artículo 11,³: "Nadie puede ser detenido por la autoridad judicial más de tres días o de cinco, si el juez de la causa fue el aprehensor sin que provea el auto motivado de prisión, para la cual se requiere esté averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes para creer que el detenido es responsable, y que se le haya tomado su declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión, y de quién es su acusador si lo hubiese".

Este proyecto es fundamental, porque de acuerdo al desarrollo y contenido de estas dos figuras "cuerpo del delito" y "probable responsabilidad" puede abrigar procesalmente a las circunstancias calificativas como se demostrará en el capítulo cuarto; así, el artículo 21 del citado proyecto de ley hace referencia a la agravante de ventaja o premeditación aplicada a ciertos delitos, como el homicidio, parricidio, etc. con pena de muerte.⁴

"Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas", etc. Estas garantías se asemejan a las previstas en los artículos 22, 14, 20 fracción II y 19, respectivamente, de la actual Constitución.

3.- Ibidem. Tomo II. En ese sentido también aparece la figura "cuerpo del delito" y "responsabilidad" en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856. pp. 171 y 189.

4.- Ibidem. p. 174. Artículo 21. "Quedan prohibidas la marca, la mutilación, los azotes, la infamia trascendental y la confiscación de bienes. Los estados establecerán a la mayor brevedad el régimen penitenciario. La pena de muerte no podrá establecerse más que para el homicida con ventaja o con premeditación, para el asaltador, el incendiario, el parricida, el traidor a la independencia, el auxiliar de un enemigo extranjero y el que hace armas con el orden constitucional, y para los delitos militares que fije la ordenanza del ejército".

1.4.- La Constitución de 1857.

Esta Constitución se caracteriza porque establece las bases del orden político actual al definir la forma federal del Estado y la forma democrática, representativa y republicana de gobierno. Aquí se amplían los capítulos de libertades individuales, estableciéndose con mayor precisión las garantías que actualmente nos rigen, fijándose además los lineamientos para la existencia del procedimiento penal; por lo que me permito citar los artículos que tienen mayor relación con el tema.

Art. 23. "Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley".⁵

Como podemos apreciar, por primera vez en la Constitución Mexicana se menciona una circunstancia agravante y, si bien el proyecto de garantías individuales de 1847 también hizo referencia a algunos delitos que contenían agravantes, en esta Constitución se agrega la de alevosía. Es evidente que en esa época se comienza a despertar un interés en el legislador para regular conductas penalmente relevantes que se cometen bajo ciertas circunstancias (agravantes), fijando con ello las bases para que en los ordenamientos secundarios se regulen igualmente, como se verá en los códigos penales que en su momento se estudiarán.

5.- Ibidem. Tomo II. pp. 316 y 318. (El subrayado es del autor).

1.5. La Constitución de 1917.

Por su importancia, me permito transcribir los artículos que recogen las figuras jurídicas que tienen relación con las "circunstancias calificativas" y que son inicialmente los artículos 19 y 20.

a).- En relación con el artículo 19, quedó de la siguiente manera:

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...".⁶

Aquí aparece con mayor claridad la exigencia constitucional de analizar ciertas circunstancias que se deben considerar como calificativas, al referir **lugar, tiempo y circunstancias de ejecución**, cuyo estudio más adelante realizaré.

6.- Consultar Diario de Debates del Congreso Constituyente. Período Unico., Querétaro 23 de Diciembre de 1916.Tomo I. Número 34. Obtenido en la Cámara de Senadores; así como Derechos del Pueblo Mexicano. op cit. Tomo II. p. 564 y 565.Tomaron parte en el debate de éste artículo Felix F. Palavicini, Colunga, Macías, Epigmenio Martinez, Machorro Narvaez, Fernández Lizardi, entre otros. Dentro de la discusión el último de los mencionados planteó como proyecto que "se comprobará el cuerpo del delito y de inicio cuando menos la culpabilidad del acusado". A diferencia de la redacción vigente que requiere acreditar la probable responsabilidad.

b).- Por lo que hace al artículo 20 constitucional, quedó como sigue:

Artículo 20.- "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

"I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectivo a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla".⁷

De la lectura e interpretación de esta fracción, se advierte que tuvo como fin que al acusado se le diera la facultad de obtener la libertad bajo fianza en el transcurso del proceso, ya que tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negarla con sólo manifestar que tenían temor de que el acusado se sustrajera de la acción de la justicia.⁸ De acuerdo al texto, el constituyente aún no contemplaba las calificativas, y si bien, utilizaba también el término "gravedad del delito", el alcance de ésta figura era muy amplia, pero se inclina por la afectación del bien jurídico tutelado a que alude el tipo básico, como es el delito de sedición, motín, homicidio, secuestro, etc.

7.- Ibidem. Tomo II. pp. 565 y 566.

8.- Cfr. Exposición de motivos del artículo 20 Constitucional de 1917. Diario de Debates. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión. XL Legislatura. pp. 263, 264 y sig.

Es importante destacar que el citado numeral tuvo dos reformas más, antes de que la última entrara en vigor el día 4 de septiembre de 1994; la primera fue del 3 de diciembre de 1948, y la segunda del 14 de enero de 1985, habiendo quedado en los siguientes términos:

Art. 20.- "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

(3-XII-1948.)- "I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético...."

(14-I-1985.)- II.- "Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

"La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general

vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito”.

Con las Reformas de 1948 se mantiene la incertidumbre al no definirse el término “gravedad del delito”; por otra parte, esta reforma, según la exposición de motivos, tiende a aumentar el monto de la garantía para impedir la libertad provisional.⁹ Con las de 1985, en cambio, se introduce la expresión “incluyendo sus modalidades”, que de acuerdo a la opinión de los Tribunales Colegiados se refiere a las agravantes o atenuantes para obtener la libertad provisional.¹⁰ En efecto, la concurrencia de modalidades, en su caso, configura el tipo penal al que realmente corresponde la conducta ilícita atribuida al sujeto. Con ello se trata de procurar y armonizar en forma equitativa los intereses de la sociedad, los derechos del procesado, los intereses patrimoniales del ofendido y la buena marcha del procedimiento¹¹

9.- Ver Exposición de Motivos del artículo 20 Constitucional de fecha 9 de diciembre de 1947. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión. XL Legislatura. Libro 169-15.

10.- Cfr. Tribunal Colegiado de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Época. Tomo III. Segunda Parte. Tesis II. p. 446.

LIBERTAD CAUCIONAL. EL CONCEPTO MODALIDAD. ABARCA LAS CALIFICATIVAS DEL DELITO. Conforme lo dispone esto por el artículo 20 Constitucional, para efectos de la Libertad Provisional, el concepto de modalidad engloba las calificativas del delito.

11.- Ver Diario de Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Minuta del Proyecto del Decreto que reforma la fracción I del artículo 20 Constitucional de la Cámara de Diputados y Exposición de Motivos de la Ley. Obtenidos de la Cámara de Senadores. LII Legislatura. pp. 1 a 3 y 9 a 30.

Debe destacarse, además , que al adoptar ese criterio "se pretende tutelar tanto el interés social como el personal del imputado, al considerarse por las autoridades competentes las agravantes o atenuantes para conceder o negar la libertad provisional".¹²

Posteriormente, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1994 se reformaron los artículos 16, 19 y 20 Constitucionales, para quedar como sigue:

Art. 16.-"No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial, sin que proceda denuncia o acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Art. 19.- "Ninguna detención ante Autoridad judicial podrá exceder del término de las 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 imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de ...".

12.- Exposición de Motivos referente a la fracción I del artículo 20 Constitucional. op cit. p. 20.

Art. 20.- "En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

1.- Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delito en que, por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder esta beneficio. En caso de delito no grave a solicitud del ministerio público, el juez podrá negar la libertad provisional cuando el inculpado haya sido condenando con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio público aporte elementos para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedentes o por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. . .".

Los motivos que el legislador tuvo para transformar en esencia los artículos referidos, se deben precisamente a esa armonía que debe de prevalecer entre la política criminal y la dogmática general.¹³ Con estas reformas se eliminó el requisito de la pena media aritmética no mayor de cinco años de prisión para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, ampliando este beneficio a todos los delitos con la excepción de aquellos a los que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder la libertad caucional. En todo caso, dicho beneficio deberá ser expresamente solicitado y garantizar suficientemente el monto estimado de la reparación del daño y de

13.- Cfr. Dictamen de la Cámara de Senadores y de Cámara de Diputados, así como la Exposición de Motivos relativa a los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución, Cámara de Senadores. Con éstas reformas se pretende beneficiar a la sociedad adecuando las normas Constitucionales, siempre con vistas a la protección de los Derechos Humanos, Garantías Individuales, Administración rápida y expédita de la justicia, en las etapas de la investigación y durante el procedimiento judicial.

las sanciones pecuniarias que puedan ser impuestas al inculpado. Corresponderá al legislador ordinario determinar en el catálogo de delitos aquellos de los cuales no permita obtener la libertad caucional¹⁴

El criterio que orientó al legislador en estas reformas fue el de ampliar el marco de garantías y derechos fundamentales del ciudadano y el de dotar al ministerio público de mejor sustento para sus labores constitucionales y restringir en lo necesario el uso de la prisión preventiva,¹⁵ y al órgano jurisdiccional de garantizar el debido cumplimiento de este derecho.

La reforma del artículo 20 Constitucional se encuentra vinculada con las reformas a los artículos 16 y 19, ya que aquél hace alusión a la obtención de la libertad provisional tomando en cuenta para ello a los delitos considerados como graves, dentro de los cuales se encuentran algunos delitos calificados; además, se destierra el concepto de cuerpo del delito, provocando con ello que la jurisprudencia dictada por la Corte entorno a los artículos 19 y 20 en relación con las calificativas, dejara de ser aplicable, ya que adoptó un criterio político criminal diferente para la libertad provisional, dejando a un lado el inquietante punto de valorar la punibilidad del tipo básico y de las calificativas.

1.6. Resumen.

Conocer el devenir histórico de las circunstancias calificativas a la luz de la Constitución resulta ser de gran interés, ya que no solamente nos

14.- Cfr. Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia. Cámara de Senadores. 25 de Agosto de 1993. p. 10.

15.- Véase Comisiones Unidas Primera de Gobernación de Puntos Constitucionales y de Justicia. de la Cámara de Senadores p. 7 y de la Cámara de Diputados. Doc. 067/LV/93 Dict. p. 18.

refleja la filosofía jurídica que prevaleció en los diferentes momentos, sino que también nos permite ver el avance y concepción que se tiene del tema.

Advertimos que, si bien desde mediados del siglo pasado comenzó a estructurarse lo que es el procedimiento penal y surgieron las figuras de "cuerpo del delito" y "responsabilidad", la Constitución no define éstos institutos, dando cabida a que las leyes secundarias los regularan. Estas figuras, como se verá más adelante, consideran a las agravantes o atenuantes como partes del hecho y, consecuentemente como parte del delito, siendo ello un avance importante para ese tiempo. Lo que no sucede con la Constitución de 1917, en cuyo artículo 19 Constitucional, si bien se plantea una serie de exigencias para acreditar el delito como son las circunstancias de modo, tiempo y lugar; el contenido y alcance de éstos términos fue muy restringido, ya que esas circunstancias se consideraban como aquéllas que estaban alrededor del delito. No es sino con las reformas de 1985, donde por primera vez a las agravantes y atenuantes se les denomina "modalidades" para los efectos de obtener la libertad provisional. Aquí es donde la Corte comienza a tener un papel muy cuestionable, al interpretar el concepto de cuerpo del delito en forma impersonal y carente de elementos subjetivos, impidiendo con ello un avance en la ciencia del derecho. Con las reformas de 1994, en cambio, se sustituyó el término de "cuerpo del delito" por el de "tipo penal", por ser más técnico, cuyo contenido se precisa en los nuevos artículos 122 y 168 del Código de Procedimientos Penales, distrital federal respectivamente, con lo que se hace más congruente el contenido dogmático del concepto de tipo penal y el del delito en general, dándole un lugar sistemático a las agravantes y atenuantes en la estructura del delito. Por ello representan un avance estas reformas, pues nos permiten estar al alcance de

las legislaciones más avanzadas del mundo, como se pretende demostrar en los capítulos siguientes.

2.- Evolución de las calificativas en el Código Penal Mexicano.

2.1.- Período precolonial y colonial.

a).- Para comprender la historia del ius puniendi azteca, debemos ubicarnos en el espacio y en el tiempo de su existencia. Dos eran sus principales fuentes: la violación a la regla de vida antigua y tradicional, que representaba el fundamento moral de aquella sociedad y, la ofensa al soberano.

En este período, aunque en forma primitiva las medidas penales también tenían la intención de proteger bienes jurídicos para vivir en paz y justicia. "En los antiguos mexicanos existió, como actualmente existe la necesidad de reaccionar contra la conducta humana que ha controvertido el orden social. No puede hablarse de una legislación uniforme que pudiese valer para todos los habitantes del México antiguo, pues cada grupo social tenía una forma distinta de gobierno y la mayoría de las veces, leyes distintas".¹⁶

Como nota característica del derecho penal azteca, era su extremada dureza y ejemplar severidad; el castigo generalmente era la pena de muerte; la pena de prisión era de carácter preventivo y duraba mientras terminaba el juicio con la sentencia. Los relatos y las pinturas han reflejado,

16- **Leyes Penales Mexicanas. Tomo I.** Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979. p. 10.

con claridad el procedimiento judicial que entonces se llevaba.¹⁷ González de Cossio refiere que entre los ordenamientos más importantes se encuentran las ordenanzas y las ochenta Leyes de Nezahuálcoyotl, que nos hace conocer su descendiente Fernando de Alba Ixtlilxóchiti; las leyes de los indios de la Nueva España, "El Libro de Oro", suscrito por Fr. Andrés de Alcóbiz en 1543.¹⁸

De la lectura de dichos ordenamientos se observa que aunque no se da una descripción directa a las calificativas, si se aprecian conforme al tipo de delitos que regían en su sociedad y que estaban dirigidos principalmente contra el delito de robo, adulterio y embriaguez; pero la falta de su denominación no quiere decir que no existieran, ya que donde había mayor incidencia de agravantes, era en el hurto, donde se agravaba la pena por el lugar donde se cometía. Así se establecía: "Es el ladrón que hurtaba en poblado y dentro de las casas, como fuese de poco valor el hurto, se convierte en esclavo de quien había hurtado; el que hurtaba cosas de valor y cantidades o en la plaza, o en el campo aunque no fuera más de siete mazorcas, le mataban dándole porra en la cabeza. Otro caso, es el borracho, si era plebeyo, le tranquilizaban la cabeza por primera vez que caía en este delito y la segunda castigaban con pena de muerte".¹⁹

Otro de los importantes ordenamientos de los aztecas se denominó "las leyes de los indios de la Nueva España, Anáhuac o México", compuesta de 65 reglas, de las cuales algunas reflejan la existencia de una

17- Cfr. González De Cossio, Francisco. **Apuntes para la historia del Jus Puniendi en México**. Editada por la Universidad Autónoma de Querétaro. 1963. pp. 29 y 42.

18- Ibid.

19.- Ibidem. p. 44 a 52. La mayoría de las reglas se entendían que era para el mejor gobierno de los pueblos, de las cuales treinta y cinco son de carácter punitivo; también los cita J. Kholer **El Derecho de los Aztecas**. Traducción del alemán por Carlos Rovalo y Fernández. Compañía Editora Latinoamericana. México, 1987. p. 110 a 121.

agravante, como son las previstas en los artículos 17, 18, 28 y 64, que hablaban del hurto en el tianguis, en el camino, los que hurtaban mazorca y maíz y los que mataban con bebedizos.²⁰

Como podrá advertirse, las leyes precoloniales sancionaban con penas más graves aquellos delitos que se cometían bajo ciertas circunstancias, agravantes, precisamente por calificar el lugar donde se cometía el delito o el tipo de objetos que utilizaban.

b).- Posteriormente, durante la colonia, surgieron otros ordenamientos de gran importancia, como la "Recopilación de leyes de Indias", pero con la dominación Española, las leyes de los mexicanos desaparecen y se sustituyen por la legislación colonial como la "Nueva Recopilación" (1567); la Recopilación de leyes de los reinos de las indias (1680); las Ordenanzas de Bilbao (1737), entre otras.²¹

La Novísima Recopilación de las leyes de España en su libro Duodécimo, denominado "De los delitos y sus penas y de los juicios criminales", señala algunos delitos,²² pero no describía la conducta o en qué consiste cada delito; hay, en cambio, una ley denominada "de las causas criminales y modo de proceder de ellas", así como "de penas corporales y

20.- Kholer, J. op cit. p. 122 a 128. Regla 17.- El que en el tianguis hurtaba algo, los del tianguis lo mataban con pedradas; Regla 18.- El que salteaba en el camino era apedreado públicamente; Regla 28.- Ahorocaban al que mataba con bebedizos; Regla 64.- Hacían esclavos a los que hurtaban mazorcas de maíz de los templos o de los señores.

21.- Cfr. **Leyes Penales Mexicanas. Tomo I.** op. cit. pp. 9 y 12.

22.- **Novísima Recopilación de las leyes de España. Tomo IV.** Galván-Librero, Portal de Agustinos. Paris. Obtenido en el Archivo General de la Nación. Cuando habla de los delitos se refiere solamente a "De los falsearios", "De los desertores del real servicio, su persecución y castigo", "De los ayuntamientos, bandos y ligas, cofradías y otras particularidades", "De los bandidos, salteadores de caminos y fascinosos", "del uso de arma prohibida".

destino de los reos", de cuyo análisis se saca que no hay ninguna disposición que haga alusión a las agravantes o atenuantes.

En la Recopilación de Leyes de las Indias se habla de los delitos contra los blasfemos, testigos falsos, adulterio y otros más, pero tampoco describe en qué consiste la conducta, ni detalla los diversos tribunales y procedimientos.²³ Lo propio sucede con las Ordenanzas de Bilbao, las cuales se inclinan por regular la materia civil; por lo que tampoco regula las calificativas.²⁴

2.2. Período Independiente.

En el México independiente correspondió al Estado de Veracruz promulgar en 1835 el primer Código Penal en México y el segundo en América independiente, según los historiadores. En el orden federal se dieron tres Códigos: el de 1871, el de 1929 y el vigente de 1931.

a).- El Código Penal de 1835 de Veracruz

Por decreto del 28 de abril de 1835, siendo vicegobernador constitucional del Estado de Veracruz Juan Francisco de Barcena, se dio a conocer el Código Penal de Veracruz, el cual constaba de 759 artículos. En este ordenamiento ya se hacía mención en la parte general a circunstancias que agravan o disminuyen el delito y las penas que se deben aplicar por

23.- Cfr. de Icaza Dufour, Francisco **Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias. Tomo III.** Estudio Histórico-Jurídico. Editada por Miguel Angel Porrúa 1987. p. 433 a 449 y del Tomo III p. 228 a 233.

24.- Cfr. **Las Ordenanzas de Bilbao 1737. Tomo V.** Obtenido del Archivo General de la Nación.

concurrir las mismas (artículo 122).²⁵ Los artículos 119 y 120 hacen mención a una serie de circunstancias que agravan o atenúan el delito y como consecuencia la pena,²⁶ advirtiendo que la mayoría de las circunstancias que se mencionan, influyen en la personalidad del que realizó la conducta, con excepción de algunas previstas en la tercera, quinta, séptima y novena agravantes, que son circunstancias que pueden influir en forma directa en la comisión del delito, por ejemplo, la premeditación, la ventaja, la violencia, la tierna edad, por valerse de la amistad o confianza. La atenuante segunda, se refiere al "arrebato violento de ira". El artículo 127, aunque no se encuentra

25.- **Cfr. Leyes Penales Mexicanas Tomo I.** op. cit. p. 37. Art. 122.- "Cuando en la perpetración de un delito concurren circunstancias agravantes o atenuantes, el juez, tomando en consideración unas u otras, y usando del arbitrio que la ley le concede, aplicará la pena que fuere de justicia; no pudiendo nunca exceder del máximo ni bajar del mínimo que la ley establece".

26.- *Ibidem.* op. cit. pp. 36 y 37. Art. 119.- "En todos los delitos se tendrán por circunstancias agravantes las siguientes:

1a.- El mayor perjuicio, alarma, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito.

2a.- La mayor frecuencia, o repetición con que el delito se comete.

3a.- Premeditación, ventaja y sangre fría con que se haya cometido la acción; la mayor osadía, impudencia, crueldad, violencia o artificio, ó el mayor número de medios empleados para ejecutarla.

4a.- La mayor dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad o con las personas contra quienes delinquire.

5a.- El mayor número de personas que concurren al delito.

6a.- La mayor autoridad del sitio del delito, o la mayor solemnidad del acto en que se cometa.

7a.- En todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo, la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida.

8a.- El acompañar la perpetración de un delito con la comisión de otros de distinta especie.

9a.- El valerse del favor, amistad o confianza que se ha depositado en el reo, sus cómplices o fautores, para que se cometa algún delito.

10a.- El cometer un delito por cohecho o soborno o por esperanza de recompensa".

"Artículo. 120.- "Se tendrán por circunstancias atenuantes las siguientes:

1a.- La corta edad del delincuente, y su rudeza o poca malicia.

2a.- La indignancia, el amor, la amistad, la gratitud, el arrebato violento de ira, siempre que hubieren sido causas impulsivas para cometer el delito.

3a.- El haberse cometido el delito por amenazas o temores, cuando unas u otras no son bastantes para eximir de pena.

4a.- El arrepentimiento acompañado de la restitución y reparación de daños y perjuicios que hiciere espontáneamente el reo en los casos que se reparen por este medio los delitos cometidos".

dentro del capítulo de las agravantes, hace referencia al aumento de la pena en los casos de reincidencia.²⁷

En la parte segunda, menciona algunas agravantes para determinados delitos; por ejemplo: "El que mate a otra persona con premeditación, sufrirá la pena de muerte" (artículo 543). "Todo ladrón que por robar u ocultar el robo le infiera a otra la muerte, se tiene por homicidio con premeditación" (artículo 547); "La simple sustracción fraudulenta de cualquier cosa ajena, no habiendo circunstancia alguna agravante de las que se expresaran, serán castigados con una pena que ni baje de dos meses de trabajos de policía ni exceda de cuatro años de trabajos forzados" (artículo 687); "Si el robo se cometiera dentro del recinto de cualquier templo, edificio, oficina pública... sufrirá el reo por esta sola circunstancia, además de la pena que por el hurto merezca, el aumento de uno a seis años de trabajos forzados." (artículo 691); "Si para realizar el robo se hubiere usado la violencia ... el aumento de pena por solo la violencia será de cuatro hasta ocho años de trabajos forzados... etc." (artículo 693); "El robo hecho en cuadrilla, esto es por más de dos personas...", en poblado y de uno en despoblado, se reputará siempre como hecho con violencia, y de consiguiente sujeto a las penas de tal" (Artículo 695).²⁸

En esta legislación, todo homicidio se consideraba que era cometido con premeditación, mientras no se demuestre lo contrario, tal como lo señala el artículo 545; asimismo describe las causas en que se considera

27.- **Leyes Penales Mexicanas. Tomo I.** op cit. p. 37. "Art. 127. El reo que incurriere en reincidencia por primera vez en delito que tenga impuesta pena temporal o de cantidad determinada sufrirá el aumento de pena que según el prudente arbitrio del juez fuere de justicia; no debiendo estar nunca esceder del doble de la que correspondería al delito si fuere el primero. En el caso de segunda reincidencia, el exceso de pena no podrá esceder del triple, ni el tercero del cuádruplo.

28.- Ibidem. pp. 23, 26 a 105.

que no hay premeditación, que es cuando se comete en riña o por exceso de ira capaz de perturbar la razón (artículo 546).²⁹

Como podemos advertir, hace aproximadamente siglo y medio ya se preveía el punir con mayor severidad aquellos delitos que se cometen bajo ciertas circunstancias agravantes y con menor pena para las atenuantes.

b).- El Código Penal de 1871.³⁰

Antes de realizar algún comentario en relación a las agravantes o atenuantes, es importante destacar la pretensión del legislador respecto al tema. En la exposición de motivos hace referencia a "dejar a los jueces en libertad para aumentar o disminuir las penas dentro de ciertos trámites fijados en la misma ley, en atención a las circunstancias que precedieran, que acompañaran y que siguieran al delito para proporcionar la pena o la gravedad de aquél".³¹

Considero que dicha pretensión es acertada, ya que rompe con el principio de penas fijas y le da facultad al juez de aumentar o disminuir la

29.- Ibidem. p. 85. Art. 545. En todo homicidio supone la ley que hay premeditación, mientras no aparezca de la causa lo contrario.

Art. 546.- No se entiende que hay premeditación apareciendo de la causa que se ha cometido el homicidio:

1°.- En riña que no haya comenzado por ataque o agresión violenta de parte del homicida, y

2° Por un exceso de ira capaz de perturbar la razón y ocasionado por injurias u ofensas graves que en el acto haya recibido el ofensor o las personas estrechamente allegadas a él.

30.- Cfr. Podemos decir que estando como Presidente de la República don Benito Juárez, en el año de 1861, éste nombró la comisión para formar el Código Penal compuesta de los licenciados D. Urbano Fonseca, D. Antonio Martínez de Castro, don Manuel María Zamacona, don José María Herrera y Zavala y don Carlos María Saavedra, para el año de 1868, se reintegra otra comisión que comienza a trabajar con mayor efectividad hasta terminar el proyecto

31.- Ibidem. p. 336.

pena, dentro de los límites que la propia ley marca, pero lo más trascendente es su claridad en definir su naturaleza jurídica de aquéllas que preceden o acompañan al delito y que influyen en la pena y aquéllas que agravan o atenúan el delito en sí, siendo ello el inicio del estudio analítico de esas circunstancias calificativas.

Estas ideas tienen respaldo en algunos artículos que hablan del tema, como los siguientes: el artículo 35 refiere **“las circunstancias atenuantes disminuyen la criminalidad de los delitos y consiguientemente atenúan la pena y las agravantes aumentan la criminalidad y agravan la pena”**.³²

Como podemos advertir, este numeral considera a las calificativas como parte integrante del hecho delictivo, al referir que las circunstancias influyen para aumentar o disminuir la criminalidad del delito, debiéndose entender como circunstancias que aumentan o disminuyen la gravedad del delito; tan es así, que posteriormente el citado numeral refiere: “consiguientemente atenúan o agravan la pena”.

Por otra parte, este Código señala una clasificación abundante de agravantes o atenuantes y las divide en cuatro clases, imponiendo para cada una de ellas una determinada pena;³³ asimismo, hace la distinción de las circunstancias agravantes o atenuantes que dejan de tener ese carácter y no se tomarán en consideración para aumentar o disminuir la pena: I.- Cuando

32.- Ibidem. p. 375.

33.- Ibidem. p. 376. “Artículo 36.- “Tanto las circunstancias atenuantes como las agravantes, se dividen en cuatro clases, según la menor o mayor influencia que tienen en la responsabilidad del delincuente, comenzando por la de menor importancia”. “Artículo 37.- “El valor de cada una de dichas circunstancias es el siguiente: las de primera clase representan la unidad; las de segunda, equivalen a dos de primera; a tres de las de tercera; y a cuatro las de cuarta”.

sean inherentes al delito de que se trate, que sin ellas no pueda cometerse; II.- Cuando constituyan el delito imputado al reo y aquél tenga señalada en la ley una pena especial y, III.- Cuando la ley las mencione al describir el delito de que se trata para señalarle pena (artículo 38).³⁴

Ahora bien, por lo que hace a las atenuantes, éstas se dividen en las siguientes clases:

a) Son atenuantes de primera clase:

1a. Haber tenido anteriormente el acusado buenas costumbres;

2a. Hallarse al delinquir en estado de ceguedad y arrebató, producidos por hechos del ofendido contra una persona ligada con el delincuente por gran afecto ilícito, si éste no es un agravio para el ofensor;

3a. Delinquir excitado por una ocasión favorable, cuando ésta sea verdaderamente fortuita y no constituya una circunstancia agravante del delito, ni el delincuente haya procurado cometerlo antes por otros medios;

4a. Confesar circunstanciadamente su delito el delincuente que no fue aprehendido infraganti, si lo hace antes de que la averiguación esté concluida y de quedar convicto por ella (artículo 39).

b) Son atenuantes de segunda clase:

1a. Presentarse voluntariamente a la autoridad, haciéndole confesión espontánea del delito con todas sus circunstancias;

34.- Cfr. Artículo 38 p. 376 .

2a. Cometer el delito excitado por hechos del ofendido que sean un poderoso estímulo para perpetrarlo;

3a. El temor reverencial en los delitos leves (artículo 40).

c) Son atenuantes de tercera clase:

1a. La embriaguez incompleta, si es accidental e involuntaria, y el delito de aquellos a que ella provoca;

2a. Dejar de hacer lo que manda una ley penal, por un impedimento difícil de superar;

3a. Haber reparado espontáneamente el responsable todo el daño que causó, o la parte que le fue posible, o procurando impedir las consecuencias del delito (artículo 41).

d) Son atenuantes de cuarta clase:

1a. Infringir una ley penal hallándose en estado de enajenación mental, si ésta no quita enteramente al infractor su libertad o el conocimiento de la ilicitud de la infracción;

2a. Ser el acusado decrepito, menor o sordomudo, si no tiene el discernimiento necesario para conocer toda la ilicitud de la infracción;

3a. La defensa legítima, cuando intervenga la primera o la segunda de las circunstancias enumeradas en la segunda parte de la fracción 8 del artículo 34.

Cuando intervenga la tercera o la cuarta, el delito será de culpa;

4a. Quebrantar una ley penal violando por una fuerza física difícil de superar;

5a. La violencia moral que causa un temor difícil de superar, si tiene los demás requisitos que se expresan en la fracción 10 del artículo 34;

6a. Obrar el agente creyendo, con error fundado en algún motivo racional, que lo hacía en el ejercicio legítimo de un derecho o en cumplimiento de un deber propio de la autoridad, empleo o cargo público que desempeña;

7a. Ser el delincuente tan ignorante y rudo, que en el acto de cometer el delito no haya tenido el discernimiento necesario para conocer toda la ilicitud de aquél;

8a. Haber precedido inmediatamente la provocación o amenaza grave de parte del ofendido;

9a. Cometer el delito en estado de ceguedad y arrebató, producidos por hechos del ofendido ejecutados contra el delincuente, su cónyuge, sus descendientes o ascendientes, o en contra de cualquiera otra persona con quien lo ligen vínculos de gratitud, de estrecha amistad o de grande afecto lícito;

10. Haberse propuesto hacer un mal menor que el causado, a no ser en los casos exceptuados en la fracción 1a. del artículo 10 (artículo 42).

Se dispone también que, "cuando haya en el delito alguna circunstancia atenuante no expresada en este Capítulo y que iguale o exceda en importancia a las de las clases tercera a cuarta, así como también cuando concurren dos o más semejantes a las de primera o segunda clase, fallarán los jueces sin tomarlas en consideración; pero el Tribunal que pronuncie la sentencia irrevocable, informará de esto con justificación al gobierno, a fin de que conmute o reduzca la pena, si lo creyere justo" (artículo 43).

Con relación a las agravantes, también las clasifica en cuatro clases y son las siguientes:

a) Son agravantes de primera clase:

1a. Ejecutar un delito contra la persona, faltando a la consideración que se deba al ofendido por su avanzada edad o por su sexo;

2a. Cometerlo de propósito por la noche, o en despoblado, o en paraje solitario;

3a. Emplear astucia o disfraz;

4a. Aprovechar para cometer el delito, la facilidad que proporciona al delincuente el tener algún cargo de confianza del ofendido, si no obra en el ejercicio de su encargo;

5a. Hacer uso de armas prohibidas;

6a. Hallarse el delincuente sirviendo algún empleo o cargo público al cometer el delito;

Los jueces podrán calificar prudencialmente esta circunstancia, como de segunda o de tercera clase, según la mayor categoría del empleo o cargo que desempeñe el delincuente, exceptuando el caso de que habla la fracción 13 del artículo 46;

7a. Ser el delincuente persona instruida;

8a. Haber sido anteriormente de malas costumbres;

9a. Haber sufrido antes el delincuente la pena impuesta en dos o más procesos, por delitos diversos de aquél de que se le acusa, si no hubieren pasado tres años contados desde el día en que cumplió la última condena;

10. Ser sacerdote o ministro de cualquier religión o secta;

11. Ejecutar un hecho con el cual se violen varias disposiciones penales;

En tal caso habría tantas circunstancias agravantes, cuantas sean las violaciones y se estimarán de primera, segunda, tercera o cuarta clase, según la gravedad que tengan a juicio de los jueces;

12. El parentesco de consanguinidad en cuarto grado de la línea colateral, entre el delincuente y el ofendido (artículo 44).

b) Son agravantes de segunda clase:

1a. Causar deliberadamente un mal leve, pero innecesario para la consumación del delito;

2a. Emplear engaño;

3a. Cometer un delito contra la persona en la casa del ofendido, si no ha habido por parte de éste provocación o agresión;

4a. Abuso leve de confianza.

5a. Prevalerse el culpable del carácter público que tenga;

6a. Inducir a otro a cometer un delito, si el inducidor es ya responsable de él por hechos diversos. De lo contrario, la inducción lo constituirá autor o cómplice según el caso en que se encuentra de los enumerados en las fracciones 1a, 2a. y 3a. del artículo 49 y en la 2a. del 50;

7a. Delinquir en un cementerio o en un templo, sea cual fuere la religión o secta a que éste se halle designado;

8a. Perjudicar a varias personas, siempre que el perjuicio resulte directa e inmediatamente del delito, y que éste se ejecute en un sólo acto, o en varios si éstos están de intención, de causa impulsiva, o de causa ocasional;

9a. Cometer el acusado un delito que antes había intentado perpetrar, aunque entonces suspendiese su ejecución espontáneamente y por esto se le absolviera;

10. Vencer graves obstáculos o emplear gran número de medios;

11. El mayor tiempo que el delincuente persevere en el delito, si éste es continuo;

12. Faltar a la verdad el acusado, declarando circunstancias o hechos falsos, a fin de engañar a la justicia y hacer difícil la averiguación;

13. El parentesco de consanguinidad en tercer grado y el de afinidad en segundo de la línea colateral, entre el delincuente y el ofendido (artículo 45).

c) Son agravantes de tercera clase:

1a. Cometer el delito durante un tumulto, sedición o conmoción popular, terremoto, naufragio, incendio, u otra cualquiera calamidad pública, aprovechándose del desorden de la consternación que una desgracia privada causa al ofendido o a su familia;

2a. Cometerlo faltando a la consideración que deba el delincuente al ofendido, por la dignidad de éste o por gratitud;

3a. Valerse de llaves falsas, fractura, horadación o escalamiento.

Se consideran como llaves falsas: los ganchos, ganzúas, llaves maestras, las imitadas o adaptadas por el delincuente a una cerradura y cualquier otro instrumento que emplee para abrirla, y que no sea la llave misma destinada para esto por el dueño, inquilino o arrendatario;

4a. Cometer el delito contra una persona, por vengarse de que ella o alguno de sus deudos haya servido de escribano, testigo, perito, apoderado, defensor o abogado de otro, contra el delincuente, o contra los deudos o amigos de éste;

5a. Inducir a otro por cualquier medio a cometer un delito, si el inducidor es abogado, maestro, tutor, confesor o superior del delincuente.

Esta fracción se entiende con la limitación que expresa la 6a. del artículo 45.

6a. Delinquir al estar el reo cumpliendo una condena;

7a. Ser el delito contra un preso, o contra persona que se halle bajo la inmediata y especial protección de la autoridad pública;

8a. Delinquir en un templo o en un cementerio, si el delito se comete cuando se está practicando una ceremonia o un acto religioso;

9a. Cometer el delito, después de haber sido amonestado o apercibido por la autoridad política o judicial para que no lo cometiera o de haber dado la caución de no ofender;

10. Cometerlo en un teatro, o en cualquier otro lugar de reuniones públicas, durante éstas;

11. Haberse prevalido el delincuente de la inexperiencia del ofendido, de su ignorancia, miseria o desvalimiento;

12. Ser frecuente en el territorio el delito que se trate de castigar;

13. Desempeñar un puesto público superior en la Baja California, o alguno de los mencionados en el artículo 104 de la Constitución Federal;

14. El parentesco de consanguinidad en segundo grado de la línea colateral, y el de afinidad en la línea recta entre el delincuente y el ofendido. (art. 46)

d) Son agravantes de cuarta clase:

1a. Cometer el delito por retribución dada o prometida;

2a. Ejecutarlo por medio de incendio, inundación o veneno;

3a. Ejecutarlo con circunstancias que añadan la ignominia a los efectos del hecho, o que arguyan crueldad o rencor;

4a. Cometerlo auxiliado de otras personas, armadas o sin armas, o tener gente prevenida para procurarse la impunidad;

Bajo la denominación de armas se comprenden:

I. Las propiamente tales, esto es, toda máquina o instrumento cuyo uso principal y ordinario sea el ataque;

II. La reata o lazo, los palos y piedras;

III. Cualquiera otra cosa cortante, punzante o contundente, que sin estar destinada para el ataque se empleare en él, o de la cual se eche mano con ese fin.

5a. Causar deliberadamente un mal grave que no sea necesario para la consumación de un delito;

6a. Abuso grave de confianza;

7a. Cometer un delito contra una persona por vengarse de los actos que ella o alguno de sus deudos hayan ejecutado como arbitrios, asesores, jurados o jueces en negocio del reo o de un deudo o amigo de éste; a no ser que se trate de alguno de los casos comprendidos en los artículos 910, 912 a 914, y 916 a 918;

8a. Inducir por cualquier medio a un hijo suyo a cometer un delito;

9a. Delinquir en un lugar en que la autoridad se halle ejerciendo sus funciones;

10. Causar a la sociedad grande alarma, escándalo o desorden, o poner en grave peligro su tranquilidad;

11. Cometer un delito con violación de inmunidad personal o de lugar, con conocimiento de la inmunidad.

Se exceptúa el caso en que la pena de violación de inmunidad es mayor que la del delito, pues entonces se considera éste como circunstancia agravante de aquélla.

Queda al prudente arbitrio de los jueces calificar la clase a que pertenece la circunstancia mencionada; pero lo harán de modo que el delincuente no resulte castigado con mayor pena que si los dos delitos se hubieren acumulado;

12. Cometer de nuevo, contra el ofendido, el mismo delito que éste había perdonado antes al delincuente;

13. Calumniar el verdadero reo a personas inocentes, procurando que aparezcan como autores del delito de que aquél es acusado, o como cómplices;

14. Cometer el delito haciendo violencia física o moral al ofendido;

15. Ser el reo ascendiente, descendiente o cónyuge del ofendido, a excepción de aquellos casos en que al tratar de un delito, se considera en la ley como atenuante o como excluyente esta circunstancia (artículo 47).

Es importante destacar que en la época de promulgación de este código se consideraba al delito como un todo monolítico, es decir, no era analizado estratificadamente. También cabe observar que muchas de las circunstancias que el Código considera como atenuantes son consideradas actualmente como causas de exclusión del delito, porque afectan directamente a la conducta, que se refleja en la tipicidad, o a la antijuridicidad o a la culpabilidad, o bien porque influyen en la personalidad del delincuente.

Por lo que hace a las agravantes algunas afectan la personalidad del sujeto activo, pero no inciden sobre el hecho ilícito, como puede ser la avanzada edad del sujeto pasivo, el sexo, si se comete de noche o por tener mala costumbre, por ser sacerdote o ministro de cualquier religión o secta. Otras, en cambio, son circunstancias que agravan el injusto penal, por la forma en que se comete el delito o la calidad del sujeto que interviene en el hecho en forma directa, ya sea por el arma empleada, por la confianza que el pasivo le tiene al sujeto activo, o por la calidad de este último, por el cargo que ocupe o por el grado de parentesco, o bien cuando se comete en casa del ofendido, por los medios empleados y por la relación con el parentesco, o cuando el delito se comete en un tumulto, sedición o conmoción popular, terremoto, naufragio, incendio; o cuando se ejecuta el delito por inundación, incendio, veneno, etc.; o se comete auxiliado de personas armadas, ejerciendo violencia moral al ofendido o éste sea funcionario público.

c).- El Código Penal de 1929.

Conocido como Código de Almaraz, en virtud de que su principal autor fue José Almaraz, a quien también se le encargó la redacción de la exposición de motivos de éste Código ³⁵

En la exposición de motivos se tiene una idea clara de la naturaleza jurídica de las agravantes y atenuantes, al referir Almaraz que "hay circunstancias accidentales del delito y circunstancias modificativas de la imputabilidad del agente. Las primeras son objetivas y por su carácter

35.- Cfr. **Leyes Penales Mexicanas**. Tomo III. op. cit. pp. 9 a 129. Este Código inicialmente no tuvo exposición de motivos, la que existe fue elaborada por José Almaraz dos años después, o sea en 1931.

accidental no pueden ser independientes del delito sino, por el contrario inherentes a la naturaleza especial de cada uno. Lo accidental se adhiere a lo principal y forma con ello un todo inseparable, por consiguiente, es un grave error conceder a esas circunstancias una vida común, propia y peculiar”³⁶ También distinguen aquéllas circunstancias que se refieren a la persona del autor.

Por otra parte, la redacción del articulado choca con las ideas de Almaraz; así, el artículo 47 refiere que “las circunstancias agravantes o atenuantes determinan la temibilidad del delincuente y la graduación de las sanciones (penas)”.³⁷

Lo anterior nos obliga a reflexionar sobre la verdadera naturaleza jurídica de las agravantes o atenuantes; para ello es importante acudir a la interpretación del referido artículo 47. En este sentido debemos de entender que la temibilidad en aquel entonces podría interpretarse de varias maneras, pero el contenido del código adjetivo y sustantivo, nos orilla a utilizarlo en lugar de la culpabilidad, contribuyendo además para determinar el grado de responsabilidad; si eso es así las calificativas influyen fuera de la estructura del injusto, afirmación que tiene sustento al advertir que el sistema que imperaba en la doctrina penal mexicana, era el causalismo. De acuerdo a esta corriente el injusto era considerado objetivamente, mientras que el elemento subjetivo era motivo de estudio en la culpabilidad o responsabilidad penal; luego entonces, si las calificativas forman parte del dolo, o sea del elemento subjetivo, provocaban que éstas se estudiaran en la responsabilidad o fuera de ella.

36.- Ibidem. p. 48.

37.- Ibidem., p. 127

Por otra parte, este Código no hace la distinción de cuáles agravantes o atenuantes son inherentes al hecho y cuáles a la personalidad del sujeto, como vemos de los capítulos VII, VIII y IX del Título Primero que hablan sobre prevenciones comunes de las atenuantes o agravantes; en el capítulo VII menciona criterios generales en su aplicación, además de las facultades del juez para considerar aquellas que no contempla el Código, etc.³⁸

También este código divide en cuatro clases a las agravantes y atenuantes, como se observará a continuación:

a) Son atenuantes de primera clase:

I. Hallarse al delinquir en estado de ceguera y arrebatado, producido por hechos del ofendido contra una persona ligada con el delincuente por un gran afecto lícito, si éste no es un agravio para el mismo ofendido, y

II. Delinquir excitado por una ocasión favorable, cuando ésta sea verdaderamente fortuita y no constituya una circunstancia agravante del delito, ni el delincuente haya procurado cometerlo antes por otros medios (artículo 56).

b) Son atenuantes de segunda clase:

I. Presentarse espontáneamente a la autoridad para ser juzgado;

38.- Cfr. *Ibidem.* arts. 47 a 55. pp. 27 y 128.

II. Cometer el delito excitado por hechos del ofendido que sean un poderoso estímulo para perpetrarlo, y

III. Cometerlo por temor reverencial, si el delito fuera leve (artículo 57).

c) Son atenuantes de tercera clase:

I. Dejar de hacer lo que manda la ley, por un impedimento difícil de superar;

II. Confesar circunstanciadamente su delito el delincuente que no fue aprehendido infraganti, si lo hace antes de quedar convicto por la instrucción, y

III. Haber precedido inmediatamente provocación o amenaza grave de parte del ofendido (artículo 58).

d) Son atenuantes de cuarta clase:

I. Haber tenido anteriormente el acusado hábitos de moralidad personal, familiar y social, comprobados con hechos positivos;

II. La defensa legítima, cuando intervenga la primera o la segunda de las circunstancias enumeradas en la fracción III del artículo 45. Cuando intervenga la tercera o la cuarta, habrá imprudencia punible;

III. Contravenir las disposiciones de una ley penal violentando por una fuerza física difícil de superar;

IV. La violencia moral que causa un temor difícil de superar, si tiene los demás requisitos que se expresan en la fracción III del artículo 45;

V. Obrar el agente creyendo con error fundado en algún motivo racional, que lo hacía en el ejercicio legítimo de un derecho, o en cumplimiento de un deber propio de la autoridad, empleo o cargo público que desempeña;

VI. Ser el delincuente tan ignorante o supersticioso, que en el acto de cometer el delito no haya tenido el discernimiento necesario para conocer toda la gravedad de aquél;

VII. Cometer el delito en estado de ceguedad y arrebató, producidos por hechos del ofendido, ejecutados contra el delincuente, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes, o contra cualquiera otra persona con quien lo ligen vínculos de gratitud, de estrecha amistad o de grande afecto lícito;

VIII. Haberse propuesto hacer un mal menor que el causado; a no ser en los casos exceptuados en las fracciones I y II del artículo 15;

IX. Haber reparado espontáneamente e inmediatamente el responsable todo el daño que causó o la parte que le fue posible, o procurado impedir las consecuencias del delito, si es con sacrificio de sus propias condiciones económicas;

X. En el caso del artículo 41, si los medios de evitar el delito eran inadecuados para impedir su consumación;

XI. Haber obrado por sugestión de una muchedumbre amotinada, y

XII. Presentarse espontáneamente a la autoridad para ser juzgado, inmediatamente después de cometido el delito (artículo 59).

Por lo que hace a las agravantes, la clasificación es la siguiente:

a) Son agravantes de primera clase:

I. Ejecutar un hecho delictuoso contra la persona, faltando a la consideración que se deba al ofendido por su edad o por su sexo;

II. Cometerlo de propósito por la noche, o en despoblado, o en paraje solitario;

III. Emplear el engaño;

IV. Aprovechar para cometer el delito, la facilidad que proporciona al delincuente el tener algún cargo de confianza del ofendido, si no obra en el ejercicio de su cargo;

V. Hallarse el delincuente sirviendo algún empleo o cargo público al cometer el delito;

VI. Ser el delincuente persona instruida;

VII. Haber sido de malas costumbres, demostradas por la vida anterior viciosa o desarreglada, sea personal, familiar o social;

VIII. Ser sacerdote o ministro de cualquier religión o secta;

IX. Ejecutar un hecho con el cual se violen varias disposiciones penales. En este caso habrá tantas circunstancias agravantes cuantas sean las violaciones, y

X. El parentesco de consanguinidad en cuarto grado de la línea colateral entre el delincuente y el ofendido (artículo 60).

b) Son agravantes de segunda clase:

I. Causar deliberadamente un mal leve, pero innecesario para la consumación del delito;

II. Emplear astucia;

III. Cometer el delito contra la persona en la casa del ofendido, si no ha habido por parte de éste provocación o agresión;

IV. Abuso leve de confianza;

V. Ser frecuente en el territorio el delito que se trata de reprimir;

VI. Inducir a otro a cometer un delito, si el inducido es ya responsable de él por hechos diversos. De lo contrario, la inducción lo constituirá autor o cómplice, según el caso en que se encuentra de los enumerados en las fracciones I, II, III y IV del artículo 37 y en la II del 38;

VII. Delinquir en un cementerio o en algún templo, sea cual fuere la religión o secta a que se halle destinado o en objetos expuestos a la confianza pública, o guardados en establecimientos destinados a la utilidad, defensa o veneración públicas;

VIII. Delinquir en una oficina pública, o en lugar destinado a que la autoridad ejerza sus funciones;

IX. Perjudicar a varias personas siempre que el perjuicio resulte directa o inmediatamente del delito, y que éste se ejecute en un solo acto, o en varios, si éstos están íntimamente ligados por la unidad de intención, de causa impulsiva o de causa ocasional;

X. Vencer graves obstáculos o emplear gran número de medios;

XI. El mayor tiempo que el delincuente persevere en el delito, si éste es continuo, y

XII. El parentesco de consanguinidad en primer grado, el de afinidad en el segundo de la línea colateral, o las estrechas relaciones sociales entre el delincuente y el ofendido (artículo 61).

c) Son agravantes de tercera clase:

I. Cometer el delito durante un tumulto, sedición o conmoción popular, terremoto, naufragio, u otra cualquiera calamidad pública,

aprovechándose del desorden o confusión general que producen, o de la consternación que una desgracia privada cause al ofendido o a su familia;

II. Cometerlo faltando a la consideración que debe el delincuente al ofendido por la dignidad de éste o por gratitud;

III. Valerse de llaves falsas, fractura, horadación o escalamiento.

Se consideran como llaves falsas: los ganchos, ganzúas, llaves maestras, las imitadas o adaptadas por el delincuente en una cerradura y cualquier otro instrumento que emplee para abrirla y que no sea la llave misma destinada para esto por el dueño, inquilino o arrendatario.

La fractura consiste: en demoler o destruir el todo o parte de la cerca de un parque o lugar cerrado, de un muro exterior o interior, o del techo, puertas o ventanas de un edificio cualquiera o de sus dependencias; en forzar éstas o aquellas, o un saco, maleta, armario, caja o cualquier otro mueble cerrado. Se tendrá también como fractura: el hecho de llevarse cerrado, el ladrón, alguno de los muebles susodichos.

Se dice que hay escalamiento: cuando alguno se introduce a un edificio, a sus dependencias, o a un lugar cerrado, entrando por el techo, por una ventana o por cualquiera otra parte que no sea la destinada para la entrada;

IV. Cometer el delito contra una persona, por vengarse de ella o alguno de sus deudos haya intervenido como funcionario o empleado de la administración de justicia, o servido de testigo, perito, apoderado, defensor o abogado de otro, en negocio que éste siga o haya seguido contra el delincuente;

V. Ser el delito contra un preso, o contra persona que se halle bajo la inmediata y especial protección de la autoridad pública;

VI. Delinquir en un templo o en cementerio, si el delito se comete cuando se está practicando una ceremonia o un acto religioso;

VII. Cometer el delito después de haber sido amonestado o apercibido por la autoridad administrativa o la judicial para que no lo cometiera o de haber dado la caución de no ofender o de buena conducta;

VIII. Cometerlo en un teatro o en cualquier otro lugar de reuniones públicas, durante éstas;

IX. Haberse prevalido el delincuente de la inexperiencia del ofendido, de su ignorancia, miseria, o desvalimiento;

X. Desempeñar un puesto público superior del Distrito Federal o de los Territorios, o alguno de los mencionados en el artículo 108 de la Constitución Federal.

XI. El parentesco de consanguinidad en segundo grado de la línea colateral, y el de afinidad en línea recta entre el delincuente y el ofendido;

XII. Faltar a la verdad del acusado, declarando circunstancias o hechos falsos, a fin de engañar a la justicia y hacer difícil la averiguación (artículo 62).

d) Son agravantes de cuarta clase:

I. Cometer el delito por retribución dada o prometida, por mandato de otro, o por cualquier motivo fútil;

II. Ejecutarlo por medio de incendio, explosión, inundación, veneno o gases asfixiantes;

III. Ejecutarlo con circunstancias que añadan ignominia a los efectos del hecho, o que arguyan crueldad o rencor demostrados por la conducta reprobable hacia el ofendido, hacia sus parientes o hacia las personas presentes;

IV. Cometerlo auxiliado de otras personas, armadas o sin armas, o tener gente preventiva para procurarse la impunidad.

Bajo la denominación de armas se comprenden las señaladas en el Capítulo Tercero del Título Cuarto del Libro Tercero de este Código;

V. Causar deliberadamente un mal grave que no sea necesario para la consumación del delito;

VI. Abuso grave de confianza;

VII. Cometer un delito contra una persona por vengarse de los actos que ella o alguno de sus deudos hayan ejecutado como árbitros, asesores, jurados, jueces o magistrados, en negocio del reo o de un deudo o amigo de éste; a no ser que se trate de alguno de los casos comprendidos en los artículos 501, 502 y 503 a 506 de este Código;

VIII. Inducir por cualquier medio a un hijo suyo a cometer un delito, o hacer que cooperara en él a menores, personas de corto entendimiento, enfermos mentales alcohólicos o toxicómanos.

Esta regla se entiende con la limitación de la fracción VI del artículo 61;

IX. Delinquir en un lugar en que la autoridad se halle ejerciendo sus funciones;

X. Causar a la sociedad grande alarma, escándalo o desorden, o poner en grave peligro su tranquilidad;

XI. Cometer un delito con violación de inmunidad personal o del lugar, con conocimiento de la inmunidad.

Se exceptúa el caso en que la sanción de violación de inmunidad sea mayor que la del nuevo delito, pues entonces se considerará éste como agravante de aquélla;

XII. Calumniar el verdadero reo a personas inocentes, procurando que aparezcan como autores del delito de que aquél es acusado, o como cómplices o encubridores;

XIII. Cometer el delito haciendo violencia física o moral al ofendido;

XIV. Ser el reo ascendiente, descendiente o cónyuge del ofendido;

XV. Embriagarse o intoxicarse intencionalmente, para asegurar o facilitar la ejecución del delito;

XVI. Las condiciones de anormalidad orgánica o psíquica, antes, durante y después del delito que, no constituyendo debilidad mental, revelen en el delincuente tendencias criminales, y

XVII. Valerse de cualquier medio que oculte o modifique la verdadera personalidad del delincuente, como el empleo de disfraz, uniforme, etc. (artículo 63).

Como podemos observar, las agravantes y atenuantes que se mencionan son casi las mismas que las señaladas en el Código de 1871, por lo que valen las críticas; en efecto, se puede observar a este código que la mayoría de las calificativas se encuentran previstas en la parte general, y, las menos en la parte especial consignadas a los delitos que puedan aplicarse.

Además, se advierte una confusión al distinguir las circunstancias que influyen en la personalidad del delincuente, como presentarse ante la autoridad y confesar las circunstancias del delito etc., de otras que influyen en el injusto, por ejemplo: actuar en legítima defensa; en cambio hay circunstancias como el actuar en estado de ceguedad o arrebatos producidos por hechos del ofendido, cometerse en condiciones de anormalidad orgánica o psíquica antes o después del delito, donde consideramos que su naturaleza jurídica es diferente, ya que las primeras no afectan al delito a diferencia de las últimas que se sí reflejan en la mismo.

Lo mismo sucede con las agravantes, ya que la mayoría son circunstancias que influyen en la persona del individuo, como es que sea una persona instruida, de malas costumbres o que falte a la verdad, mientras que otras influyen en forma directa en la comisión del hecho, las cuales se pueden agrupar de acuerdo a su forma de realización, como pueden ser por el lugar cometido, en despoblado, paraje solitario, templos, cementerios, en oficina pública; otras se caracterizan de acuerdo a la calidad del sujeto ya sea como servidor público, por su calidad de sacerdote o ministro religioso, por el parentesco hasta el cuarto grado; o por la calidad del sujeto pasivo, sea menor, por el sexo, por la confianza que le tiene el pasivo al sujeto activo; por los medios empleados, por la violencia, por cometerse por inundación, durante tumultos, sedición, terremoto, naufragio, por valerse de llaves falsas, fracturas, por horadación o escalamiento, por las armas empleadas, por embriagarse o estar intoxicado.

Otras de las críticas que planteamos es que distingue agravantes de la parte general y otras en la parte especial, provocando confusión, ya que las primeras pueden entenderse como aplicables para todos los delitos con

independencia de los que en forma específica contempla agravantes en la parte especial, por ejemplo: la premeditación, alevosía, ventaja y traición, para el delito de lesiones y homicidio, (959, 985 y 991).³⁹ También se contemplan algunas agravantes para el delito de robo, como es cuando se comete despojando un cadáver de sus vestidos o alhajas o apoderarse de cosas pertenecientes a establecimientos públicos (Art. 1128 fracción I), o en camino abierto (fracción II); robo de documentos o de una causa criminal (art. 1130); por ser cometido por dependiente o doméstico (Art. 1131 Fracción I), por huésped o comensal (fracción II), o cuando lo cometa el dueño contra el dependiente (fracción III), cuando se cometan por operarios; aprendices o discípulos (fracción V), en lugar cerrado o un edificio o cuartos que están destinados a casa habitación (Art. 1133), robo con violencia (Art. 1139).

d).- El Código Penal de 1931.⁴⁰

En la parte general de este Código, los artículos 54 y 55 hacen referencia a las calificativas, utilizando también el término "modificativas"; las

39.- Cfr. Ibidem. pp. 212 y 214." Art. 959.- Serán calificadas las lesiones:

I.- Cuando se infiere con premeditación, alevosía, ventaja o traición;

II.- Cuando se cometa por retribución dada o prometida;

III.- Cuando se causen por motivos depravados, vergonzosos o fútiles;

IV.- Si se infieren con brutal ferocidad;

V.- Las inferidas en camino público;

VI.- Cuando se causen por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos;

VII.- Dando tormento al ofendido u obrando con ensañamiento o crueldad";

VIII.- Cuando se causen por envenenamiento, contagio, asfixia o enervantes.

"Art. 985.- Llámese homicidio calificado el que se comete con premeditación, con ventaja, o con alevosía y traición".

"Art. 991.- Se aplicara relegación de quince a veinte años: al homicidio que sin reunir los requisitos que señalan los artículos 985 y 986, se cometa: 1.- Por motivos depravados, vergonzosos o fútiles.- 2.- Con brutal ferocidad.- 3.- En caminos públicos, 4.- Dando tormento a la víctima u obrando con ensañamiento o crueldad".

40.- En los trabajos de la Comisión Revisora del Código Penal de 1931, intervinieron los Licenciados de la talla de don José Angel Ceniceros y Luis Garrido, José López Lira y Ernesto Garza, así como el magistrado Carlos Angeles. Este Código en su inicio no contiene exposición de motivos, pero posteriormente en forma muy concreta la elabora el licenciado Alfonso Tejera Zabre a nombre de la Comisión Revisora de las Leyes Penales.

consideran como aquellas que repercuten en la sanción y que tienen relación con el hecho.⁴¹ De acuerdo al contenido del artículo 54, las circunstancias calificativas en estricto sentido se relacionan con la conducta o hecho delictuoso, aunque su consecuencia se refleje en la pena.

A diferencia del Código de 1929, en el Código de 1931 las agravantes o atenuantes se encuentran previstas en el Libro Segundo y descritas según su naturaleza para ciertos delitos; esa estructura es la que a la fecha nos rige. La mayoría de agravantes que en este Código se describen, se relacionan con la calidad del sujeto; por ejemplo: cuando el sujeto activo es funcionario o empleado del Gobierno Federal o Estatal o Municipal o de Órganos Públicos Descentralizados;⁴² cuando es cometido por funcionarios, empleados o agentes de seguridad encargados de prevenir el tráfico ilegal de vegetales o sustancias comprendidas en el artículo 193;⁴³ cuando la persona presta sus servicios profesionales o técnicos o sea funcionario o empleado público;⁴⁴ cuando es cometido por médicos, cirujanos y demás profesionistas similares y auxiliares;⁴⁵ cuando es cometido por dependientes o domésticos

41.- **Leyes Penales Mexicanas. Tomo III.** p. 312. Artículo 54. Las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación con el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión de un delito.

Artículo 55. Las circunstancias personales de alguno o algunos de los delincuentes, cuando sean modificativas del delito, perjudican a todos los que lo cometan con conocimiento de ella.

42.- Ibidem. p. 323. Estas calificativas se relacionan con los delitos contra el Estado como son Traición a la Patria (artículo 123), Espionaje (artículo 127), Sedición (artículo 130), Motín (artículo 131), Rebelión (artículo 132), Terrosismo (artículo 139) y Conspiración (artículo 141).

43.- Ibidem. p. 328. Esta agravante se relaciona con el artículo 193, se refiere a los delitos contra la salud derivado de la producción y tenencia, tráfico, proselitismo y actos en materia de estupefacientes y psicotrópicos.

44.- Ibidem. p. 331. Estas agravantes se relacionan con el delito de Revelación de secretos y en el delito de Violación previsto por el artículo 266 bis, párrafo último.

45.- Ibidem. p. 374. Se refiere a la responsabilidad médica prevista por el artículo 228.

contra el patrón, por un huésped o comensal, cuando lo comete el dueño contra el dependiente por el obrero o aprendiz.⁴⁶

También hay agravantes que tienen que con la calidad del sujeto pasivo, ejemplo: Cuando se comete contra funcionario público o agente de la autoridad;⁴⁷ cuando el ofendido fuera ascendiente del autor de la acción,⁴⁸ o cuando el delito fuere cometido por un ascendiente contra descendiente, por éste contra aquél; tutor contra pupilo, padrastro o amasio contra hijastra;⁴⁹ por ultimo cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerce la patria potestad.⁵⁰

Las agravantes mencionadas se caracterizan por vincularse con un elemento normativo de valoración jurídica que recae en el sujeto activo o pasivo, obligándonos a entender el contenido de cada uno de ellos en los términos que establece la ley.

Otras agravantes dependen del número de sujetos que intervienen en el evento, como es cuando participan tres o más sujetos, con la característica adicional de que se derive el hecho de una reunión habitual, ocasional o transitoria, sin estar organizados con fines delictuosos⁵¹; esta agravante se caracteriza, además porque no se encuentra al lado de los delitos a los cuales podría aplicarse, como sucede en las demás agravantes;

46.- Ibidem. p. 352. Estas agravantes se relacionan con el delito de Robo previsto por el artículo 381.

47.- Ibidem. p. 328. El capítulo se denomina Delitos cometidos contra funcionarios públicos, el artículo que prevé esta agravante es el 189.

48.- Ibidem. p. 344. Es una agravante derivada del delito de lesiones previsto por el artículo 300.

49.- Relativo al delito de Violación previsto por el artículo 266 bis párrafo segundo.

50.- Es en relación al delito de Privación ilegal de la libertad previsto por el artículo 366 fracción VI dos últimos párrafos.

51.- Se refiere a la pandilla prevista en el artículo 164 bis.

otra agravante que requiere nada más la intervención directa de dos o más personas.⁵²

Hay agravantes que se caracterizan por el medio utilizado, como la violencia física o moral o aprovechando la falta de vigilancia, desorden o confusión que se produzca por un incendio, naufragio, accidente de tráfico de vehículos o aeronaves o cuando se cometa por medio de escalamiento y empleo de llaves falsas,⁵³ agravantes cometidas en un lugar determinado como es el lugar cerrado o el cometido en edificio, vivienda, aposento o destinado para habitación o en vía pública.⁵⁴

Otras agravantes que el Código en forma específica denomina como calificadas, son la premeditación, ventaja, alevosía o traición.⁵⁵; lo mismo sucede con el delito de robo. Se plantea la atenuante de la riña, con características propias, al requerir una contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas.⁵⁶

Como podemos advertir, las calificativas que se señalan en el Código de 1931 en su mayoría se encuentran vigentes, sin contar aquellas que se han venido incluyendo hasta la fecha. Es importante mencionar que la parte general del código sufrió modificaciones por decreto del treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, en particular el artículo 54, para quedar como sigue: "El aumento o disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias objetivas del

52.- Relativo al delito de Violación previsto por el artículo 266 bis, párrafo primero.

53.- Relativa al delito de Atentados al pudor previsto por el artículo 260 y el delito de Robo previsto por el artículo 372 y 381, respectivamente.

54.- Agravantes previstas por los artículos 381 y 381 bis, respectivamente para el delito de Robo.

55.- Se refieren al delito de Homicidio y Lesiones previsto en el artículo 315.

56.- En el delito de Homicidio y Lesiones cometidos en riña que prevé el artículo 314.

autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Son aplicables los que se fundan en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas"; disposición que será analizada más adelante.

La trascendencia del Código Penal de 1931 se puede mirar bajo dos aspectos: El primero, que ubica a las agravantes o atenuantes a un lado de los tipo penales que la requieren y, la segunda, que de acuerdo al artículo 54, al hablar de las circunstancias calificativas o modificativas que se relacionan con el hecho y como consecuencia alteran la sanción, ello nos invita a desentrañar su verdadera naturaleza jurídica. Para encontrar su ubicación sistemática en la estructura del delito o fuera de él, se requiere conjugar en forma armónica las reformas a la Constitución y al Código Sustantivo y Adjetivo que se han dado al respecto y que será objeto de análisis en el Capítulo Quinto de este Trabajo.⁵⁷

e).- Anteproyectos de Código Penal de 1949, 1958, 1963, 1983 y 1991.

1).- Del anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1949, no se advierten criterios diferentes al seguido en relación a las circunstancias calificativas. Hablan sobre el tema los artículos 47 y 49.⁵⁸, que establecen que para los efectos de la

57.- Las últimas reformas a este ordenamiento punitivo salieron publicadas en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, en ella surgen modificaciones de trascendencia para las calificativas. Por señalar algunas se encuentra el artículo 9 que antes hablaba de "hecho típico", ahora cambia el término por "tipo penal"; el artículo 15 tenía como título "circunstancias excluyentes de responsabilidad penal", ahora se denomina "causas de exclusión del delito" y en la fracción II del citado artículo se refiere a "la falta de alguno de los elementos del tipo penal".

58.- **Leyes Penales Mexicanas. IV.** Instituto Nacional de Ciencias Penales. op. cit. pp.14 y 15.

individualización de la pena, el juez tomará en consideración, entre otras circunstancias, los medios empleados, circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que demuestren la mayor o menor peligrosidad del delincuente; aquí el legislador retoma el criterio del Código de 1929, que dice que las calificativas influyen para determinar el grado de peligrosidad. En la parte especial, se describen las agravantes y atenuantes en los mismos términos que lo hace el Código de 1931, por lo que valen los mismos comentarios.

2).- En el anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1958, el artículo 49, al hablar de los criterios para dictar sentencia, contempla "la circunstancias de ejecución de la conducta o del hecho",⁵⁹ pero no define cuáles son esas circunstancias de ejecución de la conducta, indicando que para el caso de que dentro de este concepto se incluyeran las agravantes o atenuantes, de acuerdo al contenido de ese artículo servirá solamente para fijar las sanciones.

En este anteproyecto destacan algunas circunstancias atenuantes que la legislación actual no contempla, por ejemplo, en el delito de homicidio, cuando "en vindicación próxima a una ofensa grave causada al

"Art 47.- El Juez deberá tomar conocimiento directo, del delincuente, del ofendido y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso. Al efecto tendrá en cuenta:

I ...

II ...

III ... La naturaleza del acto u omisión y los medios empleados en su desarrollo; la extensión del daño causado o del peligro corrido y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestran la mayor o menor peligrosidad del delincuente".

"Artículo 49.- Las circunstancias calificativas o modificativas del delito aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del mismo".

59.- Cfr. "Artículo 49 que dice: Los Jueces y Tribunales al pronunciar la sentencia que corresponda fijarán las sanciones que estimen justas dentro de los límites establecidos por este Código, conforme a su prudente arbitrio, apreciando las condiciones personales del delincuente, su peligrosidad, los móviles del delito, los daños materiales y morales cuasados por el mismo, el peligro corrido y todas las circunstancias de ejecución de la conducta o del hecho".

autor del delito, su cónyuge, concubino, ascendiente o descendiente o hermano" y "por móviles de prioridad mediante súplicas de la víctima ante la inutilidad de todo auxilio para salvar su vida" (homicidio cometido por piedad);⁶⁰ en el delito de robo calificado, agrega tres agravantes que la legislación actual no contempla que es cuando se comete aprovechando la falta de vigilancia; por medio de escalamiento o por llaves falsas.⁶¹ Como podrá observarse, en este anteproyecto aparecen algunas calificativas novedosas siendo ello el reflejo de la influencia de la política criminal que en ese momento se ejercía.

3).- El proyecto del Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, se derivó de una recomendación del II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia de ese año,⁶² del articulado en su parte general el que habla de las calificativas es el artículo 62, que refiere:

"Los Jueces y Tribunales al pronunciar la sentencia que corresponda, fijarán las sanciones que estimen justas, dentro de los límites establecidos por este Código, apreciando conforme a su prudente arbitrio, los antecedentes y condiciones personales del delincuente, la peligrosidad, las circunstancias especiales en el momento de la comisión del delito, los móviles del mismo, los daños materiales y morales causados, el peligro corrido y todas las circunstancias de

60.- Ibidem. p. 243 se refiere al delito de Homicidio previsto por el artículo 222.

61.-Estas agravantes van dirigidas al delito de Robo previsto en el artículo 367 del Código Penal.

62.- Se integró una comisión para redactar el proyecto del Código Penal tipo para que lo adoptaran diversos Estados de la República y terminar con la diversidad de Legislaciones Punitivas.

realización del delito y las condiciones personales del ofendido".⁶³

Este numeral deja abierta la ubicación de las circunstancias calificativas a la interpretación de algunas figuras jurídicas como "circunstancias especiales en el momento de la realización del delito", postura que en ese momento histórico era sana, porque daba cabida al ejercicio científico del derecho por medio de la doctrina y jurisprudencia para encontrar la ubicación sistemática de las calificativas.

En la parte especial sigue la estructura del Código de 1931, donde se mencionan las calificativas cuando el tipo lo requiere, pero llama particularmente la atención la descripción de las agravantes en los delitos de homicidio y lesiones (Art. 279), de las cuales la III, IV y VI son aportaciones interesantes que en la legislación vigente contemplan, como son:

- I. Cuando se cometan con premeditación, alevosía y ventaja y traición;
- II. Cuando se ejecuten por contribución dada o prometida;
- III. Cuando se causen con motivos de depravados;
- IV. Cuando se infieran con brutal ferocidad;
- V. Cuando se causen por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos;
- VI. Cuando se dé tormento al ofendido o se obre con ensañamiento o crueldad;
- VII. Cuando se causen con envenenamiento, contagio, y asfixia o estupefacientes;

63.- Cfr. *Leyes Penales Mexicanas IV*. op. cit. p. 381. (El subrayado es ajeno al texto).

VIII. Cuando se cometa en lugar concurrido por personas ajenas a los hechos y que pudieran resultar muertos o lesionados".⁶⁴

Es importante destacar que la actual tendencia político criminal, es crear nuevas figuras (agravantes o atenuantes) atendiendo a las exigencias del momento, procurando proteger bienes jurídicos de constante lesión; pero ello no excluye que hagamos algunos comentarios sobre las calificativas previstas en las fracciones II, V y VII, pues ellas pueden estar inmersas en cualquier hipótesis a que se refiere la fracción I, ya que requiere una deliberación previa y para llevarlas a la práctica lo hacen utilizando los motivos o medios a que se refiere la fracción I; las fracciones III, IV y VI, en cambio son circunstancias que agravan el delito, donde se va a calificar la actitud intolerante e irreflexiva del sujeto, que recae en un daño excesivo en el pasivo.

Las agravantes en el delito de robo, se reducen a cinco, como se observa del "Artículo 336: a).- Cuando se ejecuta con violencia, b).- Aprovechando la relación de servicio, de trabajo o de hospitalidad; c).- se cometa en lugar cerrado, vivienda, aposento, etc.; d).- Reaiga sobre vehículo estacionado en vía pública o sobre parte u objetos en el interior, y e).- Por falta de vigilancia, desorden o confusión".⁶⁵ En relación a las demás agravantes o atenuantes aplicables a diversos delitos, su descripción es semejante al de los anteproyectos ya analizados.

4).- Del anteproyecto del Código Penal tipo para la República Mexicana de 1983, se advierte una redacción más concreta; habla sobre las calificativas el artículo 34 al referir: "el juzgador al sentenciar tomará en

64.- Ibidem. p. 408.

65.- Ibidem. p. 414.

cuenta la personalidad del imputado, los móviles del delito y todas aquellas circunstancias que concurren en el hecho y que determinan la culpabilidad del sujeto".⁶⁶ Lo anterior permite interpretar que dentro de aquellas circunstancias que concurren en el hechos se encuentran las agravantes o atenuantes y como consecuencia parte de la estructura del delito.

En la parte especial de este anteproyecto se describe solamente para los delitos de homicidio y lesiones, las calificativas de premeditación, la alevosía y la ventaja (artículo 105), y se contempla como atenuante el homicidio cometido por emoción violenta; las agravantes en el delito de robo son las mismas que las establecidas en el proyecto de 1963.

5).- En el anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal de 1991, se advierten importantes avances en los criterios político criminales y en la técnica legislativa utilizada donde se plasman principios como; el de legalidad, tipicidad, bien jurídico, culpabilidad, jurisdiccionalidad, territorialidad y extraterritorialidad; asimismo, se determina con claridad la autoría y participación; se regulan las causas de inexistencia del delito en forma muy semejante a la descrita en la legislación actual a raíz de las reformas de 1994;⁶⁷ son principios y conceptos que van vinculados con el tema de investigación.

66.- **Anteproyecto del Código Penal tipo para la República Mexicana**, Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1983, p. 16

67.- **Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal en 1991**, fue elaborado por la Comisión Legislativa de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. En la parte especial, nos llama la atención que se advierte una estructura diferente. Se abordan los delitos comenzando con aquellos que van contra las personas y no como los demás Códigos que se inician con los delitos contra la nación y al final contra las personas. Adelanto extraordinario que refleja la utilidad que debe tener el Código Penal al servicio del hombre. Se determina con claridad los delitos calificados y separa la punibilidad de cada uno de ellos.

En el artículo 64 del anteproyecto, que establece los criterios de la individualización de las penas, en sus fracciones I, II, y III se mantiene estrecha relación con las circunstancias calificativas, al establecer que el juzgador tomara en cuenta:

"I. La extensión del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión;

IV..."⁶⁸

Estas fracciones de alguna manera toman en cuenta a las calificativas, al hacer referencia a la extensión del daño causado, ya que no solamente se debe considerar en forma intrínseca lo que afectó al bien jurídico, (que por ejemplo en el delito de robo sería el patrimonio de las personas), sino también a los medios y circunstancias que influyeron para que se consumara ese delito, como es el caso del uso de la violencia física que en ocasiones hace que la afectación al bien jurídico tutelado sea más grave; caso semejante sucede con relación a las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión que en algunos casos tiene la función de agravar el hecho. Por ello este anteproyecto viene a ser el ejercicio previo de diversos nuevos contenidos de la legislación vigente que le dan mayor seguridad jurídica al juez para individualizar la pena.

En la parte especial del mencionado anteproyecto se determinan con mayor precisión los casos de agravación de la pena. Llama la atención

68.-Cfr. Artículo 64. p. 39.

que en el artículo 128, al hablar del delito de homicidio y lesiones calificadas, omite hacer mención de la alevosía y sí, en cambio, menciona otras tantas calificativas que la legislación actual contempla.⁶⁹

Llama también la atención que este anteproyecto, haga mención a la calificativa de pandilla (artículo 78), como sucede igualmente en algunos Códigos de los estados de la República.

2.3.- Resumen.

Resulta interesante analizar la evolución histórica de las calificativas en el Código Penal y la influencia que en su momento tuvo la política criminal y la dogmática penal, de las que nos ocuparemos más adelante.

En la legislación penal azteca, la costumbre y la decisión del soberano incidían en ciertas reglas que contemplaban conductas que afectaban con mayor gravedad al individuo, al gobernante y a la sociedad y que ahora son conocidas como agravantes, como el hurto de la mazorca o el asalto en despoblado, la muerte con bebedizos, etc. Situación que cambia en el México independiente por la influencia legislativa española, como se observa desde el Código de 1835, que ya habla expresamente de las circunstancias agravantes y atenuantes, a las que a su vez divide en cuatro clases, sin precisar cuáles se relacionan con la personalidad del delincuente y

69.-En efecto, se señalan como calificativas:

- I.- Ventaja, premeditación y, traición.
- II.- Se ejecute por retribución dada o prometida.
- III.- Se causa por inundación, incendio, minas, bombas, etc.
- IV.- En envenenamiento, asfixia, estupefacientes, etc.
-V.- Tormento, ensañamiento, crueldad, etc.

cuáles con el injusto o la culpabilidad; independientemente de ello aunque en este período no pudiera hablarse todavía de un desarrollo dogmático en la concepción del delito, tenían preciso que las calificativas influían en agravar o atenuar el delito y como consecuencia la pena.

Lo mismo sucede con el Código de 1871, al definir la función y naturaleza de las agravantes y atenuantes, a las que se consideran parte integrante del delito, al referir en sus artículos 35 y 36, que las circunstancias aumentan o disminuyen la criminalidad de los delitos y consecuentemente aumentan o disminuyen la pena. Cosa contraria, sucede con el Código de 1929, ya, que en contraposición a lo señalado en la exposición de motivos, sigue manteniendo en la parte general las agravantes y atenuantes, y provoca confusión al señalar, por su filiación positivista, que las calificativas determinan la "temibilidad" del delincuente y gradúan la sanción, término que se le ha considerado como sinónimo de culpabilidad o responsabilidad, ya que se utilizaba como criterio para individualizar solamente la pena; lo que, por supuesto, es inaceptable.

Por su parte el Código de 1931, señala en forma más precisa las agravantes o atenuantes en la parte especial y menciona a cuáles delitos son aplicables. En esta legislación utiliza diversos términos para describir a las agravantes o atenuantes, algunas veces las llama calificativas y otras modificativas, lo mismo sucede en los anteproyectos de 1949, 58, 63 y 83; con la observación de que en éste último, al individualizar la pena, hace referencia a que el juez debe tomar en consideración esas circunstancias, pero la incertidumbre continuo al no definir la ubicación sistemática de las calificativas dejando dicha labor a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que en ese entonces fijó criterios muy cuestionables. La situación se mejora relativamente

en el anteproyecto de 1991, el que refleja una técnica jurídica más depurada, donde da cabida a que la jurisprudencia y la doctrina planteen nuevos horizontes en relación al tema que nos ocupa.

3.- Evolución legislativa de las circunstancias calificativas en los Códigos de Procedimientos Penales.

Para el procedimiento penal, es importante tener presente que no es posible en el mundo fáctico la aplicabilidad por sí sola de éste Código, ya que se encuentra vinculado con el Código Penal, por lo tanto, a la vez que el legislador da origen a la legislación penal sustantiva o material, debe también regular un procedimiento para su aplicación; de ahí la vital relación de uno y otro para su aplicación jurídica. Por lo que es también fundamental analizar la evolución histórica que ha tenido el Código de Procedimientos Penales, sobre todo con relación a los criterios que ha sustentado para acreditar los elementos constitutivos de los ilícitos penales y su relación con las circunstancias calificativas; por ello, es determinante tener claridad en la comprensión de los elementos que se deben analizar lo que fue el "cuerpo del delito", ahora "tipo penal", para que de esta manera estemos en posibilidad de conocer la naturaleza de las llamadas calificativas y su ubicación sistemática y poder dictar resoluciones judiciales apegadas a derecho.

3.1. Ordenamientos procesales de 1869 y 1880.

Durante la conquista, México se rigió por la legislación española, de la cual se ha hecho mención al analizar la evolución histórica de las calificativas en el Código Penal. A nivel procesal el antecedente o la figura

jurídica que tiene relación con las calificativas, sería la de "cuerpo de delito", el cual surge a la vida jurídica por primera vez, en las reglas de "Instrucción que debían observar los tenientes y comisarios del Real Tribunal de la Acordada, Santa Hermandad y Juzgado Privativo de Bebidas Prohibidas, expedido el 20 de marzo de 1977 en cuya nota tercera catorceavo párrafo establece las normas de comprobar el cuerpo del delito en los ilícitos de homicidio, lesiones, violación, secuestro..."⁷⁰

a).- En el México independiente se crearon diversas leyes que regulaban algunas instituciones de la administración de justicia, pero la más importante fue la Ley de Jurados en materia Criminal en el Distrito Federal de 1869, bajo la presidencia de Benito Juárez, no tanto por la creación de un procedimiento penal, sino porque dio la pauta para la formación del Ministerio Público Federal. En este ordenamiento no se hace ninguna referencia a las calificativas.

b).- En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1880 se cubrió íntegramente la laguna de un procedimiento deficiente. En este se señalan con uniformidad y precisión las reglas adjetivas a aplicar en todos los procesos criminales.⁷¹ Por otra parte, y tratando de encontrar alguna información relacionada con las agravantes o atenuantes, advertimos que si bien este ordenamiento no hace referencia en forma específica a las mismas, hay algunos artículos interesantes, donde se considera dan origen a ellas. El capítulo IV habla de la comprobación del cuerpo del delito y fija algunas reglas para tal efecto; así, el

70.- Bermudez Molina, Estuardo Mario. **Del cuerpo del Delito a los elementos del tipo**. Procuraduría General de la República. 1996. p. 15. Citado por el autor.

71.- Cfr. Díaz de León, Marco Antonio. **Obra Jurídica Mexicana "Historia del Código Federal de Procedimientos Penales"**. Editado por la Procuraduría General de la República. México, 1988. pp. 76, 82 y 83.

artículo 121 establece: "la base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho o la de una omisión que la ley reputa delito: sin ella no puede haber procedimiento ulterior"; mientras que el artículo 157 señala que: "si el delito no hubiese dejado vestigios permanentes, o éstos no existieren ya, el juez recogerá todas las pruebas relativas a la naturaleza y circunstancias del hecho; y en el segundo caso, hará constar los motivos que hayan producido la desaparición de los vestigios, y tomará todas las providencias que conduzcan a la comprobación del delito".⁷²

En dichas normas, no se hace referencia expresa a las calificativas, pero del contenido del referido artículo 121 se advierte que "no puede haber procedimiento penal si no se comprueba la existencia del hecho u omisión que la ley reputa como delito"; frase que tiene una concepción muy amplia, y nos induce a considerar que las calificativas se encuentran inmersas en la concepción del hecho reputado como delito. Para ello tenemos que apoyarnos en el Código Penal de 1871, que en forma clara considera a las agravantes o atenuantes para aumentar o disminuir la criminalidad de los delitos y consiguientemente para aumentar o disminuir la pena; de ahí que las calificativas, de acuerdo a la consideración global de estos dos ordenamientos, forman parte del hecho considerado como delito y, por tanto, su análisis debe de ser en la estructura del delito.

72.- Cfr. **Código de Procedimientos Penales de 1880**. Imprenta de Comercio de Dublin y Compañía. pp. 37 y 46. En ese sentido el artículo 255 refiere: "Sobre la formal prisión o preventiva se decretará cuando medien los siguientes resultados:

-I.- Que esté comprobada la existencia de un hecho ilícito que merezca pena corporal.
-II.- Que el detenido se le haya tomado la declaración preparatoria, e impuesto de la causa de su prisión y de quién es su acusador si lo hubiere.
-III.- Que contra el inculpaado haya datos suficientes a juicio del Juez para suponerlo responsable del hecho".

3.2.- Código Procesal Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1894.

Estando como Presidente de la República Porfirio Díaz, por decreto del 3 de junio de 1881 se reforma total o parcialmente el Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales, en el que tampoco se hace referencia expresa a las calificativas, lo que no impide el analizar su posible ubicación dentro de las distintas figuras jurídicas que las podrían contemplar. Hay un capítulo destinado a la "comprobación del cuerpo del delito", con reglas tanto generales como especiales, éstas últimas dirigidas para los delitos de aborto, infanticidio, robo, abuso de confianza y fraude,⁷³ en las que, se exigía satisfacer ciertos requisitos para tener por comprobado el delito. Por lo que hace a los ilícitos penales que no tienen forma de acreditación específica, el artículo 104 del citado ordenamiento,⁷⁴ establece la regla general de comprobación; numeral que en la actualidad es de suma importancia por ser el antecedente de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vigentes.

Tal numeral, al hablar de "los elementos que constituyen el delito", da cabida a una interpretación más amplia, ya que obliga a comprobar el cuerpo del delito (ahora tipo penal), con todos los elementos que lo componen, aún cuando el Código Penal de 1871, consideraba a esas circunstancias como aquellas que aumentaban o disminuían la criminalidad, o

73.- Cfr. Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1894. Editorial Herrera, Hermanos sucesores. p. 30.

74.- "ART. 104.- Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por éste en el artículo 9o."

sea el delito, por lo que las agravantes o atenuantes formaban parte del delito para su comprobación.

3.3.- Código de Organización de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929.⁷⁵

Este Código habla en el capítulo IV del "cuerpo del delito" y en el artículo 262 se establece que para determinar el estado peligroso del delincuente el juez tomará en consideración, entre otros factores, los móviles que lo impulsaron a cometerlo, la calidad, la fuerza o astucia empleada, los medios o instrumentos usados.⁷⁶ Este numeral, al hablar de "los medios o instrumentos usados", da lugar a que dentro de ésta figura se pueda encontrar las agravantes o atenuantes, ya que son circunstancias objetivas para cometer el delito, aunque dicho numeral lo enfoca para determinar el grado de peligrosidad del sujeto; tendencia que obedece a la influencia positivista y que es congruente con el contenido del artículo 47 del Código Penal de 1929, ya que también en éste considera a las agravantes o atenuantes para determinar la peligrosidad o temibilidad del delincuente; por ello, al analizar en conjunto las leyes secundarias, permite considerar que las calificativas sean motivo de estudio fuera del injusto, ya sea en la culpabilidad o en la responsabilidad o con repercusión en la pena.

75.- Este Código, es publicado en el Diario Oficial el 7 de octubre de 1929, se denominó Código de Organización de Competencia de Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios.

76.- El artículo 262 señalaba: "En cualquier caso de delito, el juez apoyado en sus observaciones, en los dictámenes periciales que procedan deberá determinar el estado peligroso del delincuente por medio de la comprobación de los móviles que lo impulsaron a cometerlo; de la calidad, de la fuerza o astucia empleada, de los medios o instrumentos usados, de la importancia del daño causado o que se pretendía causar; así como la gravedad del peligro para la propiedad, la vida, la salud y la seguridad de las personas".

3.4.- Código de Procedimientos Penales de 1931.

Finalmente, el Código Procesal vigente, publicado en el Diario Oficial del 29 de agosto de 1931, dispuso un capítulo denominado "CUERPO DEL DELITO, HUELLAS Y OBJETOS DEL 'MISMO", en el cual se siguen utilizando los acostumbrados medios de comprobación específico y genérico, aplicando el artículo 115 del código adjetivo las reglas para comprobar los delitos de robo, fraude, abuso de confianza, infanticidio, aborto, entre otros, pero siempre atendiendo para tal fin a los elementos objetivos del mismo, mientras que los que no tenían una regla de comprobación se regulaban por el artículo 122 que a la letra expresaba:

"ART. 122.- El Cuerpo de los delitos que no tenga señalado prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción"⁷⁷.

El referido numeral, al hablar de "comprobar los elementos materiales de la infracción", obliga a seguir lo resuelto por la Corte de que: "el cuerpo del delito se comprobará con los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del delito, y reservar el elemento subjetivo hasta la culpabilidad"⁷⁸. Criterio que limita la forma de comprobar el cuerpo del delito y

77.- **Código Procesal Penal para el Distrito Federal de 1931.** Ediciones Botas. México, 1931. pp. 27 a 34.

78.- Cfr. **CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.** Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Quinta Epoca:

Suplemento de 1956, p. 178. A.D. 4173/53. Héctor González Castillo. Unanimidad de 4 votos. Tomo CXXX. p. 485, A. D. 6337/45. J. Jesús Castañeda Esquivel. Unanimidad de 4 votos.

Sexta Epoca. Segunda Parte:

Vol. XIV, p. 86. A.D. 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XVII, p. 77. A.D. 2677/58. Juan Villagrana Hernández. 5 Votos.

Vol. XLIV. p. 54. A.D. 6698/60. José Zamora Mendoza. 5 Votos.

que, de acuerdo a su conformación, el elemento subjetivo lo remite a la culpabilidad, obligando a ubicar las calificativas en cualquier otro elemento del delito, distinto al del injusto, que puede ser en la culpabilidad (responsabilidad).

El citado numeral a sufrido dos reformas: la primera de 1983, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1984, para quedar como sigue:

"Art. 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".⁷⁹

Para este momento, la política criminal comienza a jugar un papel importante, al ser más clara y describir con mayor precisión lo que se debe de entender por "cuerpo del delito". Su redacción es más rica en su contenido dogmático, ya que da cabida a analizar los elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal; pero ésta tuvo desaciertos, ya que en la parte final de dicho numeral se privilegiaba a la regla especial de comprobación,

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.

Tomo XXVIII.- Aguilar, Anastasio. p. 209.

Flores, Antonio. p. 365.

Galván, Ramón y coag. p. 388.

Martín, Adalberto. p. 1982.

Tomo XXIX.- Ramos Téllez, José María. p. 1295.

Jurisprudencia No. 312, Apéndice al Tomo XCVIII, p. 603.

79.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. México Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 1992.

conforme a la cual el cuerpo del delito se comprueba sólo con elementos objetivos o materiales, con abstracción del elemento subjetivo; derivando de ello que las calificativas no forman parte del cuerpo del delito, ni define en qué parte de la estructura del delito se estudian. En cambio, cuando se aplicaba la regla general, al analizar los elementos del tipo de acuerdo a su contenido, permite encontrar el origen de la mayoría de las calificativas.

La reforma de 1984, da inicio a su vez a una serie de cuestionamientos al contenido y naturaleza de las calificativas; así advertimos que en el capítulo de la libertad provisional bajo caución sufre algunas modificaciones, al utilizar los términos "modalidad" y "calificativas" para los efectos de obtener la libertad provisional.⁸⁰ Ello trajo como consecuencia ambigüedad y confusión en el criterio sustentado por la Corte,⁸¹ pero este criterio de alguna manera también contribuyó para que en las reformas publicadas el 10 de enero de 1994, a los artículos 122 para el Distrito Federal y 168 para el Federal, tuviera el tipo penal un contenido diferente; esta reforma maneja una técnica más clara con el fin de que no existan dudas en su composición y no suceda lo que pasó al interpretar el concepto de cuerpo del delito con la descripción anterior; ahora, al describir los elementos del tipo incluye a las circunstancias calificativas; por lo tanto, su estudio se hará donde el tipo las requiera, ya sea por la naturaleza de éstas en la parte objetiva o normativa, o en la culpabilidad, como se analizará detalladamente en el Capítulo Quinto.

80.- Código de Procedimientos Penales de 1968 Trigésima Octava Edición. Editorial Porrúa artículo 556 Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión Al juez atenderá para ese efecto a las modalidades y calificativas del delito cometido. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor

81.- Jurisprudencia dictada en 1989 con un voto particular de la Ministra Victoria Adato donde se define que las calificativas serán motivo de estudio en sentencia.

3.5.- Resumen.

La evolución de las circunstancias calificativas a la luz del derecho procesal es fundamental para encontrar su correspondencia, ya sea en el cuerpo del delito ahora tipo penal o, en responsabilidad o en la punición, de ahí la importancia de ubicarnos en el momento histórico de su creación.

En la segunda mitad del siglo pasado el legislador es más transparente al describir la naturaleza jurídica de las calificativas; en el Código de 1880 se manejan conceptos más precisos como de "comprobar la existencia de un hecho delictuoso", mientras que el Código penal de 1871 hace referencia a que las agravantes o atenuantes agravan o atenúan la criminalidad de los delitos y consiguientemente la sanción; lo que nos lleva a afirmar en la legislación del siglo pasado considera a las calificativas como aquellas que agravaban o atenuaban el delito, sin que se podamos exigir una mayor precisión en su ubicación dentro de la estructura del mismo, ya que tenían un concepto diferente de lo que era el delito, por ello, consideraban a algunas causas de licitud o de inculpabilidad (legítima defensa o error) como atenuantes.

La regulación procesal y penal de las calificativas en este siglo, se caracteriza por tratar de encontrar su naturaleza jurídica y ubicación sistemática, ya sea en la estructura del delito o fuera de él.

En esa búsqueda observamos que se cometieron errores en la utilización de términos que provocaron confusión, así el Código de 1929 dejó cerrada la posibilidad de analizar el cuerpo del delito con elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo, y al hacer una interpretación global con otros

numerales (artículo 162 del Código Procesal y artículo 35 del Código Penal), que consideraban a las calificativas para determinar el grado de temibilidad o peligrosidad del delincuente, o sea en la responsabilidad o con incidencia en la pena, limitaba su contenido dogmático. Por su parte el Código de 1931 al definir el cuerpo del delito con elementos materiales de la infracción, dio cabida a una interpretación limitada de esta figura, razón explicable en virtud de influencia en el sistema causalista que se distinguía por tener un concepto restringido del tipo penal y como consecuencia del cuerpo del delito; luego entonces, las calificativas representan la misma incertidumbre que el Código de 1929.

La regulación procesal de las calificativas comienza a tener mayor claridad en estas dos últimas dos décadas con las reformas de 1984 y 1994, donde se define con mayor precisión el contenido de lo que es el "tipo penal" y responsabilidad. Derivado del contenido de estas figuras es que encontramos la naturaleza jurídica de las calificativas y su ubicación sistemática en la estructura del delito siendo plausible este avance ya que era una existencia científica.

4.- Regulación de las circunstancias calificativas en las legislaciones penales y procesales de los Estados de la República Mexicana.

Este punto y el siguiente representan un ejercicio pragmático que nos lleva necesariamente al campo del derecho comparado. El analizar los Códigos penales y de procedimientos penales de algunos estados de la República, tiene como fin el conocer el tratamiento que legislativamente se le dan a las calificativas y de esa manera poder conocer su naturaleza y función, así como su situación con respecto de la legislación federal.

En ese sentido formulo una clasificación de los códigos penales y de procedimientos penales estatales, para señalar cuáles se ajustan a criterios del Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales y cuáles se apartan de ellos.

4.1. Códigos que siguen criterios de la legislación penal y procesal federal y Códigos que siguen criterios distintos.

Con relación a la legislación penal en la parte general, son pocos los estados que hacen referencia en forma específica a las calificativas,⁸² incluyendo el código federal, enfocan la descripción de las mismas en la parte especial; además, cada uno de estos estados ha descrito las calificativas de acuerdo al delito que las requiere, pero atendiendo a su situación social, política, cultural y económica, de ahí que no todas las entidades contemplan las mismas agravantes o atenuantes,⁸³ como lo hace el código federal.

Como característica común de los Códigos de los Estados, es que las calificativas tienen como función agravar o atenuar la pena; para algunos estados esas circunstancias incidieran en la estructura del delito, ya sea en el tipo penal o en la culpabilidad, según su naturaleza; para otros, serán motivo de análisis sólo en la responsabilidad; así advertimos que hay

82.- Con excepción del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Sinaloa, Querétaro y Guerrero. Edición 1976. Editorial Cajica. Que contemplan la agravante de pandilla en la parte general. Cfr. artículos 94, 95 y 70 respectivamente.

83.- Cfr. Código Penal del Estado Libre y Soberano de Veracruz. Edición 1977. Editorial Cajica. Este Código no contempla la agravante cuando el pasivo se encuentra en un vehículo particular o de servicio público en relación con el delito de robo, ni robo de accesorios de vehículo, así como la agravante de violencia en la violación equiparada; los Estados de Tlaxcala, San Luis Potosí, Estado de México, Michoacán y Querétaro; no contemplan el robo en casa habitada, aposento, vivienda, etc. o el robo de vehículo estacionado en vía pública o destinado para su guarda. El Estado de Michoacán no contempla la violencia en la violación equiparada; los Estados de San Luis Potosí, Morelos y Guerrero no regulan la agravante de concurso de sujetos en el delito de violación. Ediciones 1976-1977. Editorial Cajica.

códigos que se apartan de la Constitución, otros que no son precisos en ubicar las calificativas en forma más sistemática dentro de la estructura del delito y por último los que siguen la estructura del Código Federal vigente, como veremos a continuación:

Los códigos procesales estatales, que siguen los lineamientos del código federal, según las últimas reformas al artículo 168 son: el Estado de Sinaloa; Aguascalientes; Puebla; Tabasco; Yucatán; Morelos; Querétaro; Tamaulipas y Chiapas.⁸⁴

El Estado de Guanajuato sigue utilizando el concepto de "cuerpo del delito", pero hace referencia para comprobarlo al tipo penal con la regla general de comprobación que existía antes de las últimas reformas al código federal, que es "con la comprobación de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso";⁸⁵ en forma semejante el Estado de Nuevo León y Chihuahua utiliza el concepto cuerpo del delito como regla especial y como regla general hace referencia a comprobar los elementos del tipo sin especificar cuales son.⁸⁶

El Estado de Campeche sigue manejando el concepto de "cuerpo del delito" con reglas especiales y cuando no tienen señalada una regla especial lo acreditan en términos del artículo 168 del Código Federal vigente,

84.- Cfr. Código de Procedimientos Penales para el estado Libre y Soberano de Sinaloa (art. 10); Aguascalientes (art. 183); Puebla (art. 83), Tabasco (art. 171); Yucatán (art. 255); Morelos (art. 170-179); Querétaro (art. 63), y; Tamaulipas (art. 158). Edición 1996 Editorial Cajica; Chiapas (art. 95bis-A). Edición 1977. Editorial Anaya.

85 Cfr. Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Guanajuato. 1977. Editorial Cajica.

86.- Cfr. Código de Procedimientos Penales para el Estado libre y soberano de Nuevo León (art. 181), y; Chihuahua (art. 185) . Edición 1977. Editorial Cajica y Porrúa respectivamente.

postura que es ambigua e imprecisa; el Estado de Tlaxcala siguen utilizando el concepto "cuerpo del delito."⁸⁷

El Estado de Guerrero y Estado de México utilizan el término tipo penal pero lo acreditan con la fórmula vigente en 1984, que es cuando "se requiere acreditar los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso", pero siguen manteniendo el criterio de considerar a la responsabilidad como la forma de participar al sujeto en el evento.⁸⁸

Los Estados que hablan de cuerpo del delito pero a la vez hacen referencia al tipo penal y lo describen como el código federal, son los estados de Baja California Norte; Baja California Sur; San Luis Potosí; Jalisco; Michoacán y Querétaro.⁸⁹

Los estados que mantienen la misma descripción legal del código procesal de 1931 son los estados de Veracruz, Tlaxcala, Durango y Nayarit.⁹⁰

4.2.- Resumen.

Es interesante advertir, que el Código de 1931 que sigue vigente, ha sufrido una serie de reformas que han dado como resultado el definir la naturaleza jurídica de las calificativas y como consecuencia su ubicación

87.- Cfr. Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Campeche (ver artículo 131 y 132), y; Tlaxcala. Edición 1997. Editorial Cajica.

88.- Cfr. Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Guerrero y Estado de México. pp. 193 y 11 respectivamente. Edición 1996. Editorial Cajica.

89.- Cfr. Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Baja California Norte (art. 274-255); Baja California Sur (art. 259); San Luis Potosí (art. 179); Jalisco (art. 116-166); Michoacán (art. 86), y; Querétaro (art. 246), respectivamente. Edición 1996-1997. Editorial Cajica.

90.- Cfr. Códigos de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz, Tlaxcala, Durango, y Nayarit. Últimas reformas. Editorial Cajica.

sistemática dentro de la estructura del delito, ello en concordancia con la Constitución vigente.

Por otra parte, del análisis del Código Penal y Procesal Penal de los estados, se advierte que algunos lejos de adecuarse a las disposiciones de la ley suprema, siguen atados al manejo, de conceptos desterrados por la reforma y a una práctica obsoleta utilizada hace más de un siglo. Muestra de ello es que algunos estados siguen manejando el concepto "cuerpo del delito", en franca contradicción con la terminología que se señala en los artículos 16 y 19 Constitucionales reformados.

El concepto de tipo y responsabilidad que señalan los citados preceptos constitucionales y que el Código Procesal regula, no ha sido aceptado en su totalidad por todos los Estados de la República, impidiendo con ello no solamente un estancamiento en el ejercicio científico del derecho, sino también ha provocado inseguridad jurídica, tanto para la autoridad como para el gobernado.

**CAPITULO
III**

**LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICATIVAS
A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO**

U.N.A.M

FACULTAD DE DERECHO

CAPITULO TERCERO.

LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICATIVAS A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

1.- Importancia de las calificativas en la legislación de otros países.

Como una fuente ilustrativa, es indispensable conocer los sistemas legales que han adoptado otros países en la regulación de las circunstancias calificativas, para tener una noción más clara de los criterios legislativos en otros países y compararlos con los seguidos en nuestra Legislación. Este análisis permitirá también para determinar si nuestros ordenamientos jurídicos penales (C.P. y C.P.P.) cumplen o no con las exigencias de una política criminal congruente con un Derecho Penal democrático que brinde mayor seguridad jurídica.

Es importante destacar que el tema de las circunstancias calificativas, agravantes o atenuantes, es aún motivo de múltiples

cuestionamientos dogmáticos, ya que la forma en que se ha legislado no siempre se corresponde con los criterios de la doctrina; tampoco hay uniformidad de criterio en la interpretación de los textos legales.

En este punto sólo analizaré la legislación de tres países europeos y tres países latinoamericanos, que son los que en las últimas décadas han aportado más a la ciencia del Derecho Penal y Procesal Penal.

2.- Países europeos.

2.1.- Alemania.

2.1.1.- Regulación de las calificativas en la legislación penal Alemana.

La forma de regular las calificativas en el Código penal en la parte general, no las describe en forma precisa, pero consideramos que se relacionan con el concepto de "hecho"; así el artículo 1 al hablar de la legalidad de los delitos y de las penas, refiere que "sólo puede castigarse el hecho cuya punibilidad estuviese legalmente establecida antes de su comisión"; de la misma manera cuando se habla de los límites temporales de aplicación (artículo 2), límites de aplicación espacial (artículo 3), delitos cometidos en el extranjero, define lo que es tiempo de hecho (artículo 8), y lugar de hecho (artículo 9);¹ además al describirse las calificativas en la parte general y especial, advertimos que tienen como función principal la de agravar o atenuar la pena. Esa agravación o atenuación de la pena incidirá previamente en el hecho o delito cometido, tal como lo dispone el artículo 18

1.- Cfr. **Código Penal Alemán. Parte General.** Traducción directa al español por Espínola-Julio César. Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1976. Artículos 1, 2, 3, 8 y 9 pp. 9,10 y 13.

al hacer referencia a "la agravación de la pena en virtud de especiales consecuencias del hecho".² Ello nos induce a su vez a interpretar que las circunstancias especiales o consecuencias del hecho, son todas aquéllas que influyen en la comisión del delito, sin hacer la distinción de las que son esenciales del tipo o aquéllas que intensifican o atenúan el hecho. Apoyan la afirmación anterior, cuando para individualizar la pena se tomará en cuenta: los móviles y finalidad del autor; la intención que se manifiesta en el hecho y la voluntad aplicada a su comisión, así como el modo de ejecución, que prevé la fracción II del artículo 46,³ disposiciones que no definen con claridad la naturaleza jurídica de las calificativas, pero sí dan la pauta para una interpretación sistemática en vinculación con el Código procesal, no sin antes precisar que en la parte especial, cuando habla de agravantes o atenuantes, forma grupos de valoración especial en atención a la menor o mayor gravedad del delito, dándole facultad al juez para la fijación de la pena al caso concreto.

El Código de enjuiciamiento criminal Alemán en congruencia con la legislación sustantiva, toma en consideración las agravantes o atenuantes para los efectos del hecho cometido y como consecuencia para agravar o atenuar la pena, como se advierte en el procedimiento de averiguación al señalar que "...la averiguación de la fiscalía deberá extenderse a las circunstancias que sean de importancia para la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho..."(artículo 160),⁴ al igual que para librar la

2.- Cfr. Op. cit. Artículo 18. pág. 17

3.- Cfr. Artículo 46. pág. 27

4.- Gómez Colomer, Juan Luis. **Ley Procesal Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas.** Bosch Casa Editorial. Barcelona España, 1985. pág. 337

Artículo 160 que establece: "(1) Tan pronto hubiere tenido conocimiento la fiscalía por medio de denuncia u otra sobre la sospecha de un hecho punible, deberá averiguar las circunstancias con el fin de tomar su resolución sobre sí ha de ejercer acción penal.

(2) La fiscalía deberá averiguar no sólo las circunstancias que sirvan de inculpación, sino también las que sirvan de exculpación y evitar de recoger las pruebas cuya pérdida fuera de temer.

orden de aprehensión se requiere: "...del hecho del que fuera fuertemente sospechoso, tiempo y lugar de su comisión, las características legales del hecho punible y las disposiciones penales aplicables" (artículo 114).⁵ Por último, para la fundamentación de la sentencia "...se tendrá que expresar además de la ley penal aplicable, indicar las circunstancias que hubieren sido determinantes para la medición de la pena, si existieran atenuantes o agravantes tendrá que desprenderse de la fundamentación de la sentencia..." (artículo 267).⁶

De lo anterior podemos concluir que las calificativas tienen como función (artículo 18) agravar o atenuar la pena y esa agravación o atenuación obedece a que previamente se agrave o atenúe el delito.

2.1.2.- Opinión de la doctrina Alemana.

Lo anteriormente afirmado encuentra su apoyo en las opiniones de diversos autores alemanes, particularmente de la doctrina penal moderna, quienes se han ocupado de esta materia.

Así, por ejemplo, para el iniciador y principal exponente de la teoría finalista de la acción, Hans Welzel, al hablar del tipo objetivo refiere que es "el núcleo real-material de todo delito. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad de un hecho externo"⁷. Nos sigue diciendo Welzel que "el hecho externo es la base de la construcción dogmática del

(3) Las averiguaciones de la fiscalía deberá extenderse a las circunstancias que sean de importancia, para la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho. Para ello podrá servirse de la ayuda judicial".

5.- Cfr. Artículo 114. pág. 308.

6.- Cfr. Artículo 267. pág. 367-368.

7 Cfr. Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán. Parte General.** pp. 93 y 94.

delito...A la acción se agregan, dado el caso, los medios especiales ejemplo "llave falsa" y las modalidades especiales de la acción (tiempo y lugar del hecho), como otras circunstancias objetivas del hecho de determinado delito"⁸.

En el mismo sentido, Hans Heinrich Jescheck indica que "la aparición externa del hecho constituye el núcleo objetivo del tipo, que es la descripción de la acción; el objeto de la acción; en su caso, el resultado, las circunstancias externas del hecho y la persona del autor". Asimismo, al hablar de los tipos, menciona que existe relación entre delito base y variante (cualificada o privilegiada). "El delito base es el tipo de partida, mientras que la variante se presenta como especificación dependiente, resultante de la adición de ciertos elementos de la forma básica expresada en el tipo de partida..." "los elementos adicionales pueden expresarse tanto una agravación como una atenuación del contenido del injusto o de culpabilidad del delito base. Se distinguen, según esto, variantes cualificadas y privilegiadas";⁹ por lo tanto, al hablar de las agravantes o atenuantes las considera como parte del hecho cometido por el autor,¹⁰ y si esas circunstancias se consideran variantes es porque pueden o no presentarse en la comisión del hecho, pero para el caso de que se presentaran se adicionará a los elementos del tipo básico.

Como comentario general que podemos hacer respecto a la postura de la legislación y doctrina alemana es que las circunstancias que

8 Ibid.

9 Cfr. Jescheck, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.** op cit. pp. 362 a 374.

10 Lo que el autor nos da a entender es que las variantes que denomina cualificadas o privilegiadas se adicionan al tipo básico, agravando o atenuando el injusto o la culpabilidad; luego entonces, aquí se realizará el estudio de las calificativas.

sean de importancia para la determinación y consecuencia jurídica del hecho mismo, influirán para agravar o atenuar el delito y como consecuencia la pena.

2.2.- Italia

2.2.1.- Regulación de las calificativas en la legislación penal Italiana.

El Código Penal italiano se destaca porque contiene, tanto en el Libro Primero como en el Segundo, un amplio catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes. En el Libro Primero, describe las circunstancias agravantes o atenuantes, sin hacer por supuesto una distinción entre aquellas circunstancias que pueden aplicarse dentro del injusto y aquéllas circunstancias que pueden considerarse relacionadas con la culpabilidad del sujeto, o aquellas que sólo se toman en cuenta para los efectos de la individualización de la pena, como se observa del contenido de los artículos 61 y 62 del Código Penal.¹¹ De la descripción de las mismas consideramos que las agravantes que se relacionan con el injusto tienen que ver con "los medios utilizados" o por "la calidad del sujeto activo", como los siguientes: por haber obrado por motivos abyectos o fútiles; por haber utilizado servicios o haber obrado con crueldad hacia las personas; por cometer el hecho por abuso de poderes o con violencia de los deberes inherentes a la función pública (servidor público), o bien el carácter de ministro de un culto; por haber cometido el hecho contra un funcionario público o una persona encargada de un servicio público; por haber cometido el hecho con abuso de autoridad o por las relaciones de cargo, de profesión de obra, de cohabitación o de hospitalidad. También hay algunas que inciden en la individualización de la

¹¹Cfr. **Código Penal Italiano**. 19 de Octubre de 1930. Vittorio Emanuele. Mussolini Rocco. Art. 61 y 62. Por lo extenso de su contenido se omite su transcripción.

pena, como son: el haber cometido el delito para actuar y ejecutar otro, haber obrado en delitos culposos a pesar de la previsión del resultado.

En relación a las atenuantes, la mayoría influye para la individualización de la pena, por ejemplo: el haber obrado con motivos de particular valor social; el haber obrado por la sugestión de una multitud tumultuosa, siempre que no se trate de reuniones o concentraciones prohibidas; en los delitos contra el patrimonio haber causado un daño de especial levedad, o haber reparado el daño antes del juicio mediante la restitución.

En el campo del arbitrio judicial hay figuras novedosas, que le dan facultades discrecionales al juez para tomar en consideración circunstancias diversas a las previstas en el código con el fin de justificar la disminución de la pena (62 bis), detalla la manera de aplicar las penas cuando concurren una atenuante o agravante, o cuando se da el concurso de agravantes o atenuantes (artículo 63 a 69), y define cuáles son las circunstancias objetivas (artículo 70).¹²

12.- Cfr. Artículo 62 Bis.- (Atenuantes genéricas).- "El Juez independientemente de las circunstancias previstas en el artículo 62, puede tomar en consideración a otras circunstancias diversas, siempre y cuando crea que son necesarias para justificar una disminución de la pena. Ellas son consideradas en cualquier caso a los fines de aplicación de este principio, como una sola circunstancia, la cual también puede concurrir con una o más de las circunstancias indicadas en el mencionado artículo 62".

Los artículos 63, 64, 65, 66, 67 y 68 hablan sobre los límites a los aumentos o disminución de la pena en caso de concurso.

"Artículo 70.- (Circunstancias objetivas y subjetivas). Para los efectos de la ley penal.

1.- Son circunstancias objetivas aquellas que conciernen a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o el peligro, o sea las condiciones o las cualidades personales del ofendido.

2.- Por quien, aunque fuera de los casos previstos en los dos números siguientes, haya promovido u organizado la cooperación en el delito o dirigido la actividad de las personas que ocurrieran en el delito mismo.

3.- Por quien, en ejercicio de su autoridad, dirección o vigilancia haya determinado a cometer el delito a otra persona.

El problema del concurso de personas y las circunstancias agravantes o atenuantes es tratado de la siguiente manera: Se caracterizan por el número de sujetos y la calidad del individuo al requerir de cinco o más sujetos salvo que la ley disponga otro modo o; al que promueva u organice la cooperación en el delito; por quien en ejercicio de su autoridad, dirección o vigilancia ha determinado cometer el delito; si el sujeto activo es menor de 18 años o la persona se encuentra en estado de enfermedad o deficiencia psíquica. Los tres primeros casos, se consideran agravantes y el último atenuante, como la prevé los artículos 112 y 114.¹³ Por último el juez para imponer la pena, debe tomar en consideración la gravedad del delito derivado de los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra circunstancia que sea considerada como modalidad de la acción (artículo 133)¹⁴. Del contenido de éste precepto podemos desprender que contemplan a las agravantes o atenuantes.

El libro segundo del Código penal describe algunas otras que se relacionan con los tipos penales que las requieren; señaló como ejemplo: en relación al delito de homicidio el artículo 575 lo define y el artículo 576 y 577 con el título "circunstancias agravantes" hace referencia a las aplicadas para este delito; lo mismo sucede con el delito de robo (artículo 624 y 625).

De lo hasta aquí descrito, podemos deducir lo siguiente: Si los artículos 61 y 62 describen algunas agravantes y atenuantes, que se relacionan con la naturaleza, especie, medios o cualquier otra modalidad de la acción, es porque deben ser atendidos dentro de los elementos del delito; más

4.- Por quien, fuera del caso previsto del artículo antes mencionado, ha incitado a cometer el delito cuando sea un menor de 18 años o una persona en estado de enfermedad o deficiencia psíquica".

13.- Cfr. Op.cit. artículo 112 y 114.

14.- Cfr. Op. cit. Artículo 133.

aún cuando al decretar el juicio se requiere la enunciación del hecho y de las circunstancias agravantes como lo prevé el inciso C del artículo 429 del Código Procesal Italiano.¹⁵

Es incuestionable que las calificativas tienen como función la de agravar o atenuar la pena y, sin duda, de acuerdo al Código Penal italiano previamente influyen en los contenidos de los presupuestos de la pena.

2.2.2.- Opinión de la doctrina.

La opinión de la doctrina penal italiana resulta también importante; así, Francesco Carrara dice al respecto: "Las circunstancias agravantes de un hecho criminoso, mudan su especie y aumentan su cantidad, y por esto la imputación debida al hecho de esa manera circunstanciado, es la misma imputación ordinaria que se le atribuye a esa especie; el hecho se muda pero se imputa tal como es";¹⁶ el autor señala como ejemplo: el hurto calificado por la condición de doméstico que tiene el autor o el homicidio calificado por cometerse por premeditación. Carrara con claridad nos muestra la naturaleza jurídica de las agravantes al ubicarlas como parte del hecho aumentando su cantidad.

15.- Cfr. **Código de Procedimiento Penal Italiano**. Traducción Fabio Espitia Garzón. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1991.

"Artículo 429. Decreto que dispone el juicio.

I.- El decreto que dispone el juicio debe tener

- a) Los generales de ley del imputado y otras indicaciones personales que sirvan para identificarlo, así como los generales de ley de las otras partes privadas, con indicación de los defensores;
- b) La indicación de la persona ofendida por el reato, en caso de que resulte identificado;
- c) La enunciación del hecho, de las circunstancias agravantes y de aquellas que puedan dar lugar a la aplicación de medidas de seguridad, con indicación de los pertinentes artículos de ley....."

16.- Cfr. Carrara, Francesco. **Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol II**. Ediciones Depalma. Bogotá, Colombia, 1986. p. 190.

Silvio Ranieri, por su parte, al hacer la distinción de circunstancias del delito con los elementos constitutivos de éste, establece que "las circunstancias o accidentalia delicti, o los elementos que eventualmente pueden añadirse a las que son indispensables para la existencia del delito, en conformidad con su modelo legal, y que por lo mismo puede existir o no existir sin que por ello resulte modificada la estructura del delito, de por sí perfecto, pero que si existe, aumentan o atenúan la entidad de dicho delito, y por consiguiente aumenta o atenúa la pena señalada en la ley. De suerte que las circunstancias se caracterizan no sólo porque no influyen sobre la existencia del delito, o sólo su existencia modifica la entidad de la pena que se le impondrá al hecho criminoso en su hipótesis simple, sino porque acarrea esta modificación producida en la cantidad de ese delito".¹⁷

Para Giuseppe Bettiol, "por circunstancia del delito deben entenderse todos aquellos elementos de hecho, objetivos o subjetivos, que influyen sobre la cantidad del delito, en cuanto lo hacen más o menos grave; las circunstancias son elementos accidentales que pueden existir o no, sin que por ello falte el delito; las circunstancias del delito, sólo son aquellos elementos de hecho que agravan o atenúan la hipótesis típica del delito".¹⁸

Francesco Antolisei, finalmente, nos dice que "lo que caracteriza a la circunstancia en sentido técnico, es el hecho de que ella determine de ordinario una mayor o menor gravedad del delito y, en todo caso, una modificación (agravamiento o atenuación) de la pena".¹⁹

17.- Cfr. Ranieri, Silvio. **Manual de Derecho Penal. Tomo II.** Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1975. pp. 1 a 3.

18.- Cfr. Bettiol, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte General.** Editorial Temis. Bogota Colombia, 1965. pp. 431 a 444.

19.- Cfr. Antolisei, Francesco. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** op. cit. p. 308.

De lo afirmado por los autores podemos desprender que, para definir la naturaleza jurídica de las calificativas, han tomado en consideración los contenidos de la propia ley; es por ello que se hace la distinción de las circunstancias que son elementos esenciales del delito y aquellas circunstancias accidentales que intensifican o atenúan el mismo y, como consecuencia, la pena; de no ser así, no se explicaría el lenguaje y la descripción tan detallada de las agravantes y atenuantes que se hace en la parte general.

2.3 España.

2.3.1.- Regulación de las calificativas en el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es importante reconocer que la legislación española describe las calificativas tanto en la parte general como en la parte especial, denominándolas en el Libro Primero, Capítulo III al V, "circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal".²⁰

Resulta interesante advertir cómo la legislación penal española sigue manteniendo un catálogo de atenuantes y agravantes generales o comunes, sin precisar su función; es decir, cuáles son las circunstancias que influyen para atenuar el delito y cuáles se relacionan con la personalidad del sujeto que se toman en cuenta para la individualización de la pena, por lo que de la lectura de las mismas consideramos que las que se relacionan con la segunda son las siguientes: "por haber procedido el culpable antes de

20.- Cfr. **Código Penal de España y Legislación Complementaria**. Vigésima Primera Edición. Actualizada. Editorial Civitas, 1996. Artículo 21 y 22. pp. 41 a 43.

conocer el procedimiento judicial, el confesar la infracción a la autoridad"; "reparar el daño a la víctima o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral" (artículo 21).²¹

Hay un artículo que en forma expresa las denomina "circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad", y otro que las denomina "circunstancia mixta de parentesco" y que se refiere a las circunstancias que puedan atenuar o agravar en la responsabilidad según la naturaleza los motivos y los efectos del delito y exige que el agraviado sea cónyuge o persona a quien se halle ligado en forma estable por análoga a la relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, por adopción o afinidad que los mismos grados del defensor (artículo 23).²²

Marcan la diferencia de las agravantes o atenuantes de carácter de subjetivo y objetivo de la siguiente manera: describe a las primeras como "las circunstancias agravantes o atenuantes que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren". Respecto a las circunstancias objetivas consisten en "la ejecución material del hecho y los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito" (artículo 65),²³ y determina a la vez una serie

21.- Cfr. **Código Penal Español**. op. cit. artículo 21 fracción 3a, 4a y 5a.

22.- Cfr. artículo 23. p. 43

23.- Cfr. artículo 65. p. 55.

de reglas para aplicar las penas de las agravantes o atenuantes (artículo 66 a 71).²⁴

En el Libro Segundo aparecen algunas agravantes que se relacionan con los tipos que la requieren, pero se advierte que hay repetición de éstas con las señaladas en la parte general, ejemplo de ello en el delito de asesinato cuando concurren las circunstancias siguientes. Con alevosía, por precio, recompensa o promesa, con ensañamiento aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido.²⁵

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, los artículos que considero pueden tener relación con las calificativas, son los siguientes: en el Libro Segundo Título IV, denominado "De la instrucción", refiere que: "Constituyen el sumario, las actuaciones encaminadas a preparar el juicio, y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes...", (artículo 299).²⁶

Para comprobar el delito en la averiguación se requiere "...que el juez instructor, describa todo aquello que pueda tener relación con la existencia y la naturaleza del hecho" (artículo 326). Para decretar la formal prisión es necesario "que constate en la causa la existencia de un hecho que tenga los caracteres de delito", (artículo 503).²⁷

24.- Cfr. artículo 66 a 71. p. 55 a 57.

25.- Cfr. artículo 139. p. 89 Esas agravantes se encuentran en la parte general en el artículo 22 fracción 1a., 3a. y 5a.

26.- Cfr. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Madrid España, 1984. Obtenida del Consulado General de España en México. artículo 299. p. 113.

27.- Cfr. artículos 326 y 503. pp. 121 y 162, respectivamente.

De la interpretación procesal concluimos que es obligación del juez el constatar la perpetración del delito, con todas las circunstancias que influyen en la calificación del hecho punible o del delito, ello nos induce a considerar a las circunstancias calificativas (agravantes o atenuantes) como partes integrantes del delito; ahora bien al vincular estos contenidos con el código sustantivo no deja de provocar confusión que en éste se les denomine circunstancias agravantes o atenuantes que modifican la responsabilidad penal, por lo que es necesario definir el concepto de responsabilidad penal ya que al parecer lo asocian como sinónimo de culpabilidad o como presupuesto del delito; pero esa tarea es encomendada a la doctrina y jurisprudencia. También nos causa extrañeza que el juez al tomar la declaración al procesado, le pone de manifiesto "todos los objetos que constituyen el cuerpo del delito o los que el juez considere conveniente, a fin de que las reconozca" (artículo 391), como si con ello nos indicara que identifica el cuerpo del delito con el objeto material, como lo contemplaba nuestra doctrina y jurisprudencia hace menos de una década.

2.3.2.- Opinión de la doctrina.

En la doctrina contemporánea penal española hay una diversidad de criterios respecto de la naturaleza de las circunstancias agravantes y atenuantes, que las podemos agrupar en dos posturas: la primera que encuadra sistemáticamente a las calificativas dentro de la teoría de la pena, y la segunda dentro de la teoría del delito; por ello, me permito señalar algunas voces que han tratado el tema.

a).- Los que sostienen la primera corriente parten de que las calificativas son circunstancias accidentales, que de no acreditarse éstas no

alteran la estructura del delito, por ello su influencia será solamente para los efectos de agravar o atenuar la pena. Seguidores de ésta corriente son M. Cobo del Rosal. y T.S. Vives Anton y José L. González Cussac.²⁸

b).- La segunda corriente considera la teoría del delito como el lugar sistemático adecuado para analizar las circunstancias calificativas al reflejarse en la mayor o menor gravedad del injusto penal o en la mayor o menor gravedad de la culpabilidad del autor, repercutiendo como consecuencia en la pena. Seguidores de ésta corriente son Luis Jiménez de Asúa, José María Rodríguez Davesa, Enrique Bacigalupo, Juan Bustos Ramírez y Esteban Juan Pérez Alonso.²⁹

28.- Cfr. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón. **Derecho Penal. Parte General**. Editorial Tirant lo Blanch. España, 1991. pp. 673 y 678, refieren que "una vez que el delito ha sido lógicamente afirmado, puede ser negada la pena, sin necesidad de negar simultáneamente la existencia del delito, mediante alguna causa de exclusión de la pena. Si esto es admisible no debiera constituir gran inconveniente la admisión de causas que la modifican, sin que esencialmente afecten al delito. Estas causas modifican la pena, comprende según nuestra opinión las denominadas circunstancias agravantes y atenuantes".

González Cussac, Jose L. **Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal**. Valencia España, 1988. p. 177. Refiere que "la naturaleza jurídica de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se asientan en la consideración de que se trata de causas de medición de la pena".

29.- Jiménez de Asúa, Luis. **Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito**. Abeledo Perrot. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1990. p. 443, dice "la circunstancia es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia, circunstancias atenuantes o agravantes son las que modifican las consecuencias de la responsabilidad sin suprimir ésta. Lo que no aparece propio es tratarla como datos para la medida de la pena".

Rodríguez Davesa, Jose María. op. cit. pp. 585 a 587. Es importante destacar el momento histórico en que se escribió la obra (1974) donde el autor habla de delito y no tipo penal. Señala que "la antijuricidad y la culpabilidad son susceptibles de variación, según las circunstancias que concurren en el caso concreto en el delito cometido. Ciertas circunstancias que están previstas en la ley, ya se conocen como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En el Código, ese efecto se traduce comúnmente en una modificación de los límites dentro de los cuales ha de moverse el juez en la determinación de la pena, su lugar se encuentra entre los elementos del delito, las modificativas son circunstancias accidentales cuya falta no ocasiona la ausencia de responsabilidad criminal. Condicionaron no el sí sino el quantum de la pena, las circunstancias se clasifican en atenuantes, agravantes y mixtas".

Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. Op. Cit. p. 87 y 88, refiere que "también pertenecen al tipo objetivo las referencias de los medios (instrumentos) utilizados por el autor para la comisión del delito, que sería un tipo agravado. También

2.4. Comentarios finales.

Realmente es una experiencia extraordinaria el investigar las circunstancias calificativas a la luz del derecho comparado de los países europeos, porque, independientemente de conocer el tratamiento que le dan a las calificativas, permiten conocer parte de su procedimiento, los conceptos y términos que manejan para tratar de descubrir la naturaleza jurídica de éstas y su evolución científica. Para encontrar su naturaleza jurídica, se tiene que hacer una interpretación sistemática de la legislación sustantiva y adjetiva con auxilio de la doctrina y advertimos que cada uno de éstos países tiene características propias para describirlas; por ejemplo, la República Federal Alemana no tiene una descripción detallada de las agravantes o atenuantes en la parte general como lo tienen Italia y España; ahora bien, su naturaleza jurídica se centra en lo que pueda entenderse como "especiales consecuencias del hecho" que es donde recoge a las agravantes y atenuantes.

contempla como tipo objetivo las referencias de tiempo, modo y lugar, señalando como ejemplo de este último caso el robo que se verifique en casa habitación".

Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español. Parte General.** Editorial Ariel. Barcelona España. p. 415, nos dice que "las circunstancias son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena; las circunstancias tienen por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mayor consideración gradual de los valores que lo componen e igualmente, en relación al sujeto responsable, se trata de una mayor graduación de su responsabilidad sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales. Agrega que es adecuado atender el aspecto valorativo; por tanto, en el injusto habría que distinguir aquellas que están relacionadas con el desvalor del acto, o bien con el resultado, y en cuanto al sujeto responsable, aquellos que podrían tener relación con la exigencia de una determinada conciencia o bien con la conducta exigida".

Pérez Alonso, Esteban Juan. **Teoría General de las Circunstancias, Especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio.** Editorial Edersa. Editoriales de Derechos Reunidas. España, 1995. pp. 116 y 117, refiere que "los elementos accidentales del delito tienen el mismo fundamento dogmático y, por lo tanto, han de ser analizados dentro de la teoría del delito, ya que las circunstancias tienen su razón de ser en la mayor o menor gravedad del injusto típico y en la menor o menor culpabilidad del autor por el hecho realizado"

Italia llama la atención por la regulación tan abundante que hace de las calificativas en el Código penal. Este Código es el que con mayor claridad describe la naturaleza jurídica de las mismas, al considerar las circunstancias objetivas como aquellas que conciernen a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquiera otra modalidad de la acción, mismas que se ventilarán dentro de la estructura del delito, en particular en el injusto penal. En cambio, la legislación de España no es clara en cuanto a describir la naturaleza jurídica de las calificativas, más aún cuando la relaciona con un concepto procesal, como es la responsabilidad penal, de ahí el papel tan importante que tiene la doctrina y jurisprudencia para encontrar su ubicación sistemática y sea en la estructura del delito, o con repercusión en la pena, conflicto que aún sigue latente en la doctrina española.

3.- PAISES LATINOAMERICANOS.

3.1. Argentina

3.1.1. Regulación de las calificativas en la legislación argentina.

El Código Penal de este país, como la mayoría de los demás países del mundo, se divide en dos Libros. De su análisis se advierte que se encuentra muy limitada su descripción técnica, ya que en la parte general no hay ninguna norma que describa lo que es el delito ni la forma de manifestarse o realizarse, es decir, no determina si es instantáneo, continuo o continuado, ni qué es dolo y culpa. En cuanto a las calificativas (agravantes o atenuantes), el único artículo de alguna manera se relaciona con éstas es el artículo 48 que habla de la participación criminal y refiere "las relaciones,

circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quien corresponda. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.³⁰

En el Libro Segundo, denominado "De los delitos", se señala previamente el tipo básico y después las calificativas. Por ejemplo, el artículo 79 habla del tipo básico de homicidio y el artículo 80 habla de circunstancias agravantes,³¹ hay un caso donde la circunstancia agravante se encuentra inmersa en el tipo que describe el delito de robo, dando lugar a una figura autónoma, al referir: "Será recluso con prisión de uno a seis años, el que se apodere ilegítimamente de una cosa ajena mueble total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad."³²

El Código de Procedimientos Penales por su parte, al hablar del cuerpo del delito, señala que "la base del procedimiento en materia penal es la comprobación de la existencia de un hecho o de una omisión que la ley reputa delito o falta" (artículo 207),³³ y que "el Juez describirá detalladamente el estado y circunstancias de las personas o cosas objetos del delito, y especialmente todas las que tuvieren relación con el hecho punible (artículo 209),³⁴ aunque no precisa a qué tipo de circunstancias se refiere; no

30- Cfr. **Código Penal de la República de Argentina**. Edición 1994. Editorial Zavalia. Artículo . pp. 18 y 21.

31.- Cfr. Op. cit. Artículo 79 y 80. p. 28

32.- Cfr. Artículo 164. p. 49.

33.- **Código de Procedimientos Penales en Materia Penal para la Justicia Federal y los Tribunales Ordinarios de la Capital y Territorios Nacionales**. Chichizola, Mario I. Profesor de Derecho de las Universidades Nacionales de Buenos Aires y de la Plata. Décimoquinta edición. Leyes complementarias. Abeledo-Perrot. p.83.

34.- Cfr. Artículo 209 p. 84

olvidemos que el concepto "circunstancia" tiene una pluralidad de connotaciones. También dispone que "el juez deberá comprobar la fuerza o la astucia empleada, los medios o instrumentos de que se hayan servido los delincuentes, la existencia del daño recibido o por recibirse..."; (artículo 231)³⁵ luego entonces, las circunstancias referidas pueden interpretarse en dos sentidos: como aquéllas que son elementos esenciales del cuerpo del delito o tipo penal, o como aquéllas que influyen para intensificar o atenuar el delito, que son las agravantes o atenuantes y que al no acreditarse éstas el tipo básico subsiste.

Para puntualizar lo anterior advertimos que al practicarse las resoluciones más importantes del procedimiento penal, como es: cuando el inculpado rinde la declaración indagatoria, se requiere se le pregunte "por todos los demás hechos y pormenores que puedan conducir a descubrir los antecedentes y causas que motivaron el delito y produjeron su ejecución, asimismo por todas las circunstancias que hayan precedido, acompañado y seguido a esa ejecución y que sirvan para establecer la mayor o menor gravedad del hecho y la mayor o menor culpabilidad del procesado".³⁶

De lo hasta aquí dicho podemos deducir que si las calificativas que se describen en el libro segundo, manifiestan su existencia con una punibilidad independiente al tipo básico, y si las circunstancias sirven para establecer la mayor o menor gravedad del hecho, la función de las calificativas será la de agravar o atenuar el delito y como consecuencia la pena. Opinión que se extrae al interpretar los contenidos de la propia ley, pero además, es necesario apoyarse en algunos criterios de la doctrina argentina que han tratado el tema.

35.- Cfr. Artículo 231. p. 87.

36.- Cfr. Artículo 241. p. 89.

3.1.2. Opinión de la doctrina.

De los doctrinarios consultados se obtiene que éstos se inclinan por encontrar la naturaleza jurídica de las calificativas dentro de la teoría del tipo penal; entre ellos se encuentran: Carlos Fontan Balestra, Eugenio Raúl Zaffaroni y David Baigüin,³⁷ quienes se caracterizan por coincidir en que el tipo penal tiene elementos objetivos, normativos y subjetivos, y dentro de los primeros se encuentran las referencias específicas o circunstancias agravantes o atenuantes que se suman a las propias del delito.

3.2. Costa Rica.

3.2.1. Regulación de las calificativas en la legislación de Costa Rica.³⁸

En el Primer Libro se utiliza con mucha frecuencia el término "hecho punible", con que trata de describir lo que es la conducta penalmente relevante; así, partiendo del principio de legalidad que el propio código refiere "nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a pena o medida de seguridad que aquéllas no hayan establecido previamente..." (artículo 1°); en ese sentido también indica que, "el hecho se realiza por una acción o una omisión" (artículo 18) y define lo que es el lugar y el tiempo del hecho punible (artículo 19 y 20); al hablar de la comunicabilidad de las circunstancias, menciona aquéllas circunstancias

37.- Cfr. Fontán Balestra, Carlos. **Derecho Penal. Introducción y Parte General**. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina, 1987. p. 261 y 262; Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. Ediar. Sociedad Anónima, Editora. op. cit. pp. 396 a 399 y 394; Baigüin, David. **Naturaleza de las Circunstancias Agravantes**. Argentina. Ediciones Pannedille. Buenos Aires Argentina, 1970. pp. 29 y 30.

38.- De la lectura del Código Penal de este país, me sorprendió lo ameno y claro que es y con una técnica legislativa moderna, que brinda seguridad jurídica para el gobernado. El Código se divide en tres Libros: el primero se refiere a la ley penal; el segundo a los delitos y el tercero a las contravenciones. Con interés advierto que antes de redactarse un artículo se le da una denominación.

materiales que agravan o atenúan el hecho, teniéndose en cuenta sólo respecto de quienes las conocieron (artículo 49). Para los efectos de la fijación de la pena, el juez tomará en consideración los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, como la gravedad del hecho y la personalidad del partícipe; dentro de éstos se encuentra: la importancia de la lesión o puesta en peligro y las circunstancias de modo, tiempo y lugar, entre otros requisitos (artículo 71). Este mundo normativo nos indica que el término "hecho" debe interpretarse en forma amplia, pues no abarca solamente a aquéllos que dieran lugar al tipo básico, sino también a las circunstancias materiales u objetivas que influyen en su comisión. A mayor precisión con el título "conurrencia de agravantes y atenuantes" refiere que "cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el juez las apreciará por su número e importancia de acuerdo con el artículo anterior"(artículo 72).³⁹

Con el mismo criterio, en el Libro Segundo se habla de "delito simple" o de "delito agravado o atenuado"; así, por ejemplo: en los delitos contra la vida regula primeramente el homicidio simple y después el homicidio calificado o el homicidio especialmente atenuado.⁴⁰

Por lo que hace al Código de Procedimientos Penales, al determinar la competencia material, hace mención del delito consumado, tomando en consideración las circunstancias de calificación del mismo (artículo 14); en el requerimiento de instrucción y en el objeto de la instrucción se exige "la relación circunstanciada del hecho, con indicación si fuere posible del tiempo y modo de ejecución y las normas penales que considere

39.- Cfr. **Código Penal de la República de Costa Rica**. Edición preparada por el Lic. Atilio Vincezi 1972. Artículos 1, 18, 19, 20, 49, 71 y 72, pp.65, 69, 75, 81 y 82, respectivamente.

40.- Cfr. Artículos 111, 112 y 113. pp. 95 y 96.

aplicables" (artículo 170); luego entonces, el objeto de la instrucción será "comprobar si existió un hecho delictuoso y establecer las circunstancias que califican el mismo, lo agraven, atenúen, justifiquen o influyan en la penalidad..." (artículo 185). En los requisitos de la sentencia se requiere la determinación precisa y circunstancial del hecho que el Tribunal estime acreditado (artículo 395).⁴¹

En suma, tanto en el Código sustantivo como en el adjetivo al hablar de "hecho punible", comprende no solamente las circunstancias de tiempo y lugar sino todos aquellos medios o instrumentos que intervienen para la ejecución del delito, por lo que dentro de todas esas circunstancias necesariamente tienen cabida a las agravantes o atenuantes.

Este código determina con precisión la función y naturaleza jurídica de las calificativas al establecer que las agravantes o atenuantes que califican el hecho lo agravan o lo atenúan y justifican o influyen en la punibilidad, como lo establece el citado artículo 185 del Código de Procedimientos Penales.

3.3 Colombia.

3.3.1. Regulación de las calificativas en la legislación colombiana.

El código penal colombiano, tanto en la parte general como en la parte especial regula las agravantes y atenuantes. En la primera, en el Título IV Capítulo Segundo denominado Punibilidad, fija los criterios para imponer la pena y exigen que el juez tome en consideración "la gravedad de la modalidad

41.- Cfr. **Código de Procedimientos Penales de la República de Costa Rica. Colección Leyes.** Editorial Porvenir. Sexta Edición. 1992. Artículos 14, 170, 185 y 395. pp. 8, 43, 46 y 94 respectivamente.

del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de agravación o atenuación y la personalidad del agente" (artículo 61).⁴² Este código se distingue porque indica con el título "atenuantes punitivas" a las circunstancias que atenúan la pena; sin precisar las que influyen en el injusto y otros que se definen en la culpabilidad, como "cuando se obra en emoción o pasión excusable o temor intenso", o sea "obra por sugestión de una muchedumbre en tumulto", "por imparcialidad psíquica", "por la edad o estado orgánico",⁴³ o las que se reflejan en la pena como: la buena conducta anterior, obrar con motivos nobles o altruistas etc.

Problemática que también se presenta con las agravantes (artículo 66), donde nos llama la atención que consideran dentro de estas circunstancias "el obrar en complicidad con otro" aquí lo que se regula es una forma de participación, o aquella que consiste en "observar con posterioridad al hecho, conducta que indique una mayor perversidad" (fracción 13^a),

3

42.- Cfr. **Código Penal de la República de Colombia**. Compilado por Ortega Torres, Jorge. Vigésima Primera Edición. Editorial Temis. Bogota Colombia, 1990. Artículo 61. p. 25.

43- Artículo 64. Atenuación Punitiva. Son circunstancias que atenúan la pena en cuanto no hayan sido previstas de otra manera:

- 1.- Buena conducta anterior;
- 2.- Obrar con motivos nobles o altruistas;
- 3.- Obrar en estado de emoción violenta;
- 4.- La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en ejecución del hecho;
- 5.- Haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto;
- 6.- Procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias;
- 7.- Resarcir voluntariamente el daño, aunque sea en forma parcial;
- 8.- Presentarse voluntariamente a la autoridad después de haber cometido el hecho o evitar la injusta sindicación de terceros;
- 9.- La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto haya influido en la ejecución del hecho; y,
- 10.- Las condiciones de inferioridad siquica determinadas por la edad o por las circunstancias orgánicas en cuanto hayan influido en la agravación del hecho.

circunstancia que consideramos influye solamente para la individualización de la pena; las demás si tienen relación con los elementos del delito.⁴⁴

En la parte especial también se describe el delito básico y después en forma expresa señala cuáles son las circunstancias de agravación punitiva para casos como el del homicidio y el hurto.⁴⁵

En el Código de Procedimientos Penales Colombiano, compuesto de 680 artículos, tienen relación con el tema de investigación aquéllos que hablan que del funcionario de la instrucción, debe investigar no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también los que la eximan de ella, la extinga o atenúe (artículo 358). También se exige que dicho funcionario ordene la práctica de las pruebas conducentes al establecimiento de la verdad sobre los hechos materia de la investigación, tomando en cuenta entre otras cuestiones "las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se realizó el hecho" (artículo 360).⁴⁶

Grosso modo la legislación colombiana señala que las calificativas agravarán o atenuarán la pena, pero señala que al fijarse los criterios para la individualización de la pena, se tomará en consideración en principio la gravedad de la modalidad del hecho punible, luego el grado de

44.- Cfr. "Artículo 66 Agravación Punitiva. Son circunstancias que agravan la pena, siempre que no hayan sido previstas de otra manera..."

45.- Cfr. "Artículo 324.- Circunstancias de agravación punitiva.- La pena será de dieciséis a treinta años de prisión si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere:

1ro.- En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad...

.....
..."

"Artículo 351.- Circunstancias de agravación punitiva..."

46.- Cfr. **Código de Procedimientos Penales de Colombia**. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1990. Artículos 358, 360. pp. 212, 213 respectivamente.

culpabilidad y, después las circunstancias agravantes o atenuantes (artículo 61 del Código Penal). Como podemos advertir, al parecer no identifica la gravedad de la modalidad del hecho punible con las agravantes o atenuantes desde el momento en que las separa; apoya lo anterior lo dispuesto en el Código procesal, al referir que se investigará el hecho y circunstancias que establezcan la responsabilidad del procesado.

Otro criterio de interpretación, es que al hablar de circunstancias de lugar, tiempo y modo del hecho y la necesidad de demostrar la tipicidad del hecho, nos llevaría a ubicar a las calificativas dentro de esta figura, que sería contraria a la interpretación literal de la legislación, por lo que sólo la doctrina marcará los lineamientos de interpretación los cuales hasta el momento no están al alcance de esta investigación, ya que no todos los autores colombianos tratan el tema.

3.4.- Comentarios finales:

Del análisis de las legislaciones de los países latinoamericanos se desprende que el Código que regula con mayor claridad el problema de las calificativas es el de Costa Rica y en forma muy limitada el de Argentina, pero que con auxilio de la doctrina se precisa su naturaleza jurídica y función. Por su parte la legislación Colombiana ante su confuso lenguaje legislativo, sólo la doctrina y jurisprudencia pueden definir la ubicación sistemática de las calificativas.

La influencia legislativa del continente viejo es determinante para la formación del derecho en América Latina, por lo que al comparar la

legislación y doctrina de ambos continentes se logra mayor claridad en la interpretación de la legislación latinoamericana.

Es importante destacar que existen diferencias en las legislaciones de cada país en cuanto a la descripción de las agravantes o atenuantes; pero no debemos olvidar que en cada uno de ellos influyen una pluralidad de factores, como son el geográfico, económico, político y social, que van determinando la orientación de la política criminal en ésta y otras materias.

Por último, se ha cuestionado que algunos países legislativamente señalan la naturaleza jurídica de las calificativas y, con ello, se dice, impiden el desarrollo científico del derecho, obligando a los aplicadores de la norma a seguir el criterio legislativo; pero, por supuesto que no puede ser de otra manera. Por otra parte, considero que cada país atraviesa por problemas diferentes, como puede ser el estancamiento del avance científico del derecho penal hasta la imposición obligada por parte del estado de intervenir sobre la creación de algunas agravantes o atenuantes que se apartan de los criterios adecuados de la política criminal.

**CAPITULO
IV**

**TRATAMIENTO DE LAS CALIFICATIVAS
A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN**

U.N.A.M

FACULTAD DE DERECHO

CAPITULO CUARTO.

TRATAMIENTO DE LAS CALIFICATIVAS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN.

1.- Reflexiones sobre el manejo y contenido de las calificativas antes de las reformas del 4 de septiembre de 1993 a los artículos 19 Y 20 constitucionales.

Para hablar de la figura jurídica denominada "cuerpo del delito", necesariamente debemos de apoyarnos en la Constitución, en particular en la redacción de su artículo 19, anterior a las reformas del 4 de septiembre de 1993. Esta disposición constitucional establecía diferentes prohibiciones, obligaciones y requisitos en relación con la detención preventiva del inculpado; así, dentro de las obligaciones para el órgano jurisdiccional, estaba la de comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado, como requisito para el auto de formal prisión. Se trata de figuras procesales cuyos contenidos tienen que ver también con el tratamiento de las calificativas. Lo propio se hará por lo que hace al artículo 20 constitucional

que hace referencia, entre otras garantías, a la libertad provisional y que obliga a tomar en consideración la punibilidad prevista no solamente para el tipo básico sino también para el tipo calificado.

1.1.- Contenido del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal

1.1.1. Antecedentes.

Toda vez que la Constitución vigente adoptó esta nomenclatura para caracterizar a dos importantes categorías procesales, necesarias para resoluciones judiciales como son la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, conviene conocer sus antecedentes para saber de dónde se tomó y determinó su contenido, aún cuando con las reformas de 1993 se haya sustituido.

a).- Del devenir histórico del concepto del "cuerpo del delito" podemos decir que, según Vincenzo Manzini, fue Farinaccio en 1581 el creador de este concepto, al que caracterizó por "la totalidad de las huellas externas de la comisión de un delito", por ejemplo: el cuchillo, el veneno, la sangre, etc. Posteriormente, señala Manzini, "se requirió que se tenía que acreditar objetivamente la existencia de un hecho punible";¹ con lo que se abrió la posibilidad de observar la conducta y la norma para determinar lo que se llamó hecho punible.

En la segunda mitad del siglo XVIII se desarrolló aún más el concepto de cuerpo del delito, a la par que las reglas para comprobarlo. Así,

1.- Cfr. Manzini, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III.** Italia. Traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín; Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires Argentina, 1952. p. 499.

por ejemplo, para el delito de homicidio, si aún no se sepultaba el cadáver, el juez lo reconocía y asentaba con todas las particularidades el sitio, la postura, las lesiones encontradas en el cadáver, etc.; en el delito de lesiones se observaba la herida.

A fines del siglo XVIII y principios del XIX, el sistema procesal se caracterizó por considerar al cuerpo del delito como la comprobación de los elementos que pertenecen a un determinado delito, es decir, se consideraba al cuerpo del delito como el delito mismo; así por ejemplo: el cadáver con apariencia de muerte violenta, se constataba sobre las heridas que tiene el cuerpo humano, la sangre que lo baña, el arma que producía la herida, etc.²

Posteriormente, este concepto fue evolucionando y se dijo que el cuerpo del delito no es el instrumento con que se ejecutó ni las otras señales de su perpetración, como las heridas, el puñal, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del que la robó, etc., sino que lo es la ejecución del hecho prohibido por la ley.³ En el periodo inquisitivo se enriqueció más el contenido de esta figura y, aunque no aparecía para ese entonces el concepto de tipo penal, es un antecedente del nuevo concepto que ahora manejamos.

b).- Independientemente de la evolución que haya tenido esta figura en la legislación italiana y alemana, en México este concepto alcanza su primer rango constitucional, como se señaló en el capítulo segundo en el proyecto de ley constitucional de 1847, posteriormente en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856, en cuyo artículo 44 refiere tener por averiguado el cuerpo del delito y datos

2.- Cfr. Stratenwerth, Günter. **Derecho Penal. Parte General.** Traducción del Alemán de Gladys Romero. Editorial Edersa. Madrid, España, 1982. p. 61.

3.- Ibidem. p. 62

suficientes para creer que el detenido es responsable al dictar el auto de formal prisión, al establecer que:

“La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguado el cuerpo del delito, que haya datos suficientes según las leyes para creer que el detenido es responsable y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere”.⁴

La Constitución de 1857 no hace mención en forma expresa a las figuras de cuerpo del delito y responsabilidad; solamente hace alusión a la formal prisión, remitiéndose para ello a los requisitos que establece la ley, como se desprende de su artículo 19 que establece:

“Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término constituye responsables a la autoridad que lo ordene, consienta y a los agentes ...”⁵

Debe destacarse que para ese entonces (1857), no existía un Código procesal que determinara los requisitos de la formal prisión, y no es sino hasta el Código de Procedimientos Penales de 1880 donde se requiere comprobar un hecho ilícito (art. 255); en igual sentido el Código de 1894, en su artículo 503 requiere, para decretar la prisión provisional, la existencia del hecho que presente los caracteres de delito y aparezca causa bastante para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya dictado auto de prisión.⁶

4.- Cfr. **Los Derechos del Pueblo Mexicano**. Tomo II. México. Cámara de Diputados, L.Legislatura. Manuel Porrúa, México, p. 189.

5.- *ibidem*l. p. 315.

6.- Cfr. **Código de Procedimientos Penales de 1880**. Editado por Imprenta del Comercio, de Dublan y Compañía y **Ley de enjuiciamiento criminal de 1894**. Editada por el Boletín Oficial

Como podemos advertir, en el Proyecto y Estatuto de la Constitución Mexicana del siglo pasado ya se hace referencia a las figuras "cuerpo del delito" y "responsabilidad", aunque sin precisar su contenido. De ahí que no podríamos afirmar sin duda si para el constituyente las agravantes o atenuantes forman parte de estas categorías procesales para así influir en la pena.

La Constitución de 1917, por su parte, con mejor técnica, introduce en su artículo 19 una serie de términos que, a mi juicio, brinda mayor seguridad jurídica tanto en su versión original como después de las reformas de 1993. En efecto según su primaria redacción, el mencionado artículo establecía como requisitos para la formal prisión la acreditación de...los elementos que constituyen el delito, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y datos que arroje la averiguación previa, bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado;⁷ convirtiéndose éstas dos importantes categorías procesales "cuerpo del delito" y "responsabilidad", en los objetos de regulación por la legislación procesal y de interpretación más amplia tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. De dicha regulación e interpretación se desprenden los criterios relativos a la

del Estado de Madrid. Se recomienda ver Capítulo Tercero puntos 3.1 y 3.2. Artículo 255.- La formal prisión o preventiva sólo podrá decretarse cuando medien los siguientes requisitos: I.- Que esté comprobada la existencia de un hecho ilícito que merezca pena corporal; II.- Que al detenido se le haya tomado su declaración preparatoria e impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere; III.- Que contra el inculcado haya datos suficientes a juicio del juez, para suponerlo responsable del hecho.- Artículo 503.- Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes: 1a. Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito; 2a. Que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien aun cuando tenga señalada pena de prisión menor, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado, hasta que preste la fianza que se le señale; 3a. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar el auto de prisión.

7.- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Reformas y Adiciones 1917-1994.** Cfr Artículo 19.

ubicación o deslinde de las calificativas dentro de las figuras procesales mencionadas, como veremos a continuación.

El concepto de cuerpo del delito es uno de los dos pilares del sistema mexicano, ya que sobre él ha descansado el enjuiciamiento punitivo; luego entonces, para entender el contenido de esta figura y la de probable responsabilidad tenemos que auxiliarnos de los ordenamientos secundarios, de la jurisprudencia y de la doctrina, ya que la Constitución no lo señala.

1.1. 2.- Criterio sostenido por la doctrina y la jurisprudencia.

1.1. 2.1. Doctrina.

Con relación al concepto de cuerpo del delito, la doctrina penal mexicana no muestra uniformidad de criterios; sin embargo, un amplio sector lo vincula con el concepto de tipo y tipicidad. Por ello, me permito señalar los siguientes puntos de vista que han desarrollado con anterioridad a las reformas de 1993 y 1994.

a) Un grupo de autores, entre los que se encuentran Guillermo Colín Sánchez, Eduardo Herrera Lasso y Gutiérrez, Sergio García Ramírez, Manuel Rivera Silva, Carlos Franco Sodi y Mariano Jiménez Huerta, establecen que para entender el concepto de cuerpo del delito, hay que observar su relación con la teoría del tipo penal; por lo que se a dicho que el cuerpo del delito son los elementos que integran la conducta o hecho delictuoso, atendiendo a los elementos objetivos, subjetivos y normativos⁸;

8- Cfr. Colín Sánchez, Guillermo.- **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**, Décima Primera Edición, Editorial Porrúa 1984, p. 274-279, quien señala que para entender el concepto de cuerpo del delito hay que acudir a la doctrina y observar su relación con la teoría

b) Otro grupo de autores, entre ellos Juan José González Bustamante, Alberto González Blanco y Julio Acero, señalan, en cambio, que cuerpo del delito es el conjunto de elementos físicos y materiales.⁹

del tipo, por lo que cuerpo del delito, son los elementos integrantes de la conducta o hecho delictuoso y para la comprobación del injusto corresponderá lo objetivo, subjetivo y normativo de acuerdo a la descripción legal de cada delito.- Herrera Lazo y Gutiérrez, Eduardo. **Garantías Constitucionales en Materia Penal**, Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 1979, p. 41, concluye que: "cuerpo del delito, es el conjunto de elementos fácticos comprendidos en los términos ejecución y sus circunstancias, en cuanto cumplen cada tipo"; García Ramírez, Sergio. **Derecho Procesal Penal**, Editorial Porrúa, México, p. 345, manifiesta "que la tendencia moderna de la doctrina mexicana se pronuncia, en el sentido de referir el cuerpo del delito a los elementos plenarios del tipo, distinguiéndose dentro de sus caracteres los objetivos, subjetivos y normativos. Sin dejar de advertir que el autor en su obra **El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano**, Primera Edición, 1994, Ed. Porrúa, p. 155, manifiesta su inconformidad con el cambio de nomenclatura de "cuerpo del delito" a "los elementos del tipo penal" al referir "... en fin, una observación trivial acerca del cuerpo del delito como el desdén por el desenvolvimiento de la doctrina y la terminología mexicana y el prurito reformista, llevaron a modificar innecesariamente el texto constitucional, para hablar, en lo sucesivo, de "los elementos del tipo penal" o que "integran el tipo penal del delito que se le impute al inculcado..."; Rivera Silva, Manuel. **El Procedimiento Penal**, Octava Edición, 1977. Editorial Porrúa, pp. 157-158, menciona que el cuerpo del delito se acredita con los elementos de la descripción legal y Franco Sodi, Carlos, **El cuerpo del delito y la teoría de la tipicidad**, Revista de Derecho Penal, 1941. Universidad de San Luis Potosí, p. 21, al referirse al cuerpo del delito señala que no nada más se integran con elementos materiales, sino también subjetivos y normativos; Jiménez Huerta, Mariano, **La Tipicidad**, 1955, Editorial Porrúa, pp. 35-42, refiere que sobre el cuerpo del delito descansa el enjuiciamiento punitivo, que ésta figura y el tipo penal se fundan en un todo en la dogmática del delito construido sobre la legislación nacional.

9.- Cfr. González Bustamante, Juan José. **Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano**, Sexta Edición, Editorial Porrúa, 1984, pp. 159-187, nos señala que "cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos y materiales que se contienen en la definición cuerpo del delito, es comprobar su materialidad"; González Blanco, Alberto, **Procedimiento Penal Mexicano**, Editorial Porrúa, 1979, pp. 103-104, considera que el cuerpo del delito debe entenderse el resultado de los daños causados por el comportamiento corporal del inculcado, es decir a los elementos materiales u objetivos que integran en cada caso el tipo descrito por la ley penal, con abstracción de aquellos que puedan catalogarse como subjetivos; Acero, Julio, **Procedimiento Penal**, Séptima Edición, Editorial Cajica, Puebla, 1976, p. 45 dice el autor que cuerpo del delito es el conjunto de elementos materiales que forman parte de toda infracción o si se quiere insistir en identificarlo con ella... es el aspecto meramente material de hecho violatorio de acto u omisión previstos por la ley, prescindiendo de los elementos morales. Sobre el particular, también en la doctrina extranjera hay autores que mantienen la misma postura, tal es el caso del argentino, Ledezma, Julio C., **Revista de Argentina del Derecho Procesal**, número 4, octubre-diciembre, Buenos Aires Argentina, 1969, p. 490, quien opina que cuerpo del delito es "la conducta típica de comisión, de omisión o de comisión por omisión descrita en el tipo, con conclusión de eventuales elementos subjetivos del autor"; opinión semejante sostiene el argentino Rivera, José María, **Consideraciones acerca del cuerpo del delito**. Revista de Estudios Procesales. número 3., , El Rosario, Argentina, pp. 103-104.- El profesor Burgos

c) Existe una tercera corriente, que coincide con algunos puntos con la primera, y es la sostenida por la doctora Olga Islas Magayanes y Elpidio Ramírez Hernández, quienes consideran que el cuerpo del delito se compone de un deber jurídico penal, un bien jurídico, un sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material y el karnel; es decir, el primer elemento es el deber jurídico, si el sujeto no tiene a cargo este deber no se configura el delito; el segundo, que es el bien jurídico, necesariamente es parte del cuerpo del delito, ya que sin él tampoco se daría. En relación al sujeto activo, de éste se desprende la voluntariedad como escaño de la capacidad psíquica del delito, la calidad de garante, la calidad específica y el número de sujetos. En relación al sujeto pasivo, éste comprende la calidad del mismo y el número; el objeto material, que es donde recae la conducta y el karnel, que en su totalidad da contenido al cuerpo del delito y, por último, la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico.¹⁰

Como podemos observar, es muy dividida la opinión que se tiene del concepto de cuerpo del delito; los primeros seis autores mexicanos, con los que coincido, por considerar la postura más aceptable, se inclinan por un concepto más amplio, donde para comprobar el cuerpo del delito, previamente se deben de acreditar los elementos del tipo, que son objetivos, subjetivos y, en ocasiones, normativos. En cambio, los autores señalados en el inciso "b", se inclinan por tener un concepto más limitado del cuerpo del delito, estructurándolo solamente de elementos materiales con abstracción del elemento subjetivo, el cual sólo excepcionalmente lo incluyen. La postura, de

Finol, Francisco, **Cuerpo del delito**. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia, número 62, julio-diciembre 1984, Maracaibo, Venezuela, p. 11, nos dice que la comprobación no es idea de materialidad, sino el aspecto objetivo o elemento objetivo del hecho real cuyos caracteres encuadran en la descripción legal del tipo; entre otros.

10.- Cfr. Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. **El delito en el Derecho de Procedimientos Penales**. UNAM. p. 93 y 94.

Olga Islas y Elpidio Ramírez, a la que se adhiere Rafael Márquez Piñero, en algunos aspectos coincide en considerar al cuerpo del delito con elementos que contiene el tipo penal pero con una estructura diferente.

Con relación al concepto de responsabilidad también se tienen diversas connotaciones en la doctrina, lo que se ha debido a la poca claridad de la ley. Como inicialmente se señalaba, el término "responsabilidad penal" indica una serie de cosas diversas; por ejemplo, el artículo 13 del Código Penal habla de "personas responsables de los delitos"; en el artículo 15 de "circunstancias excluyentes de responsabilidad", pero cada uno de estos conceptos tienen interpretaciones muy diferentes.¹¹

Un sector de la doctrina vincula la responsabilidad con la forma de participación a que se refiere el artículo 13 del Código Penal; entre ellos se encuentran don Sergio García Ramírez, Guillermo Colín Sánchez Julio Hernández Acero..¹²

Otros autores señalan que la responsabilidad es la obligación que tiene un individuo a quien se le imputa un hecho, de responder del mismo, por haber actuado con culpabilidad; dentro de esta corriente se encuentran

11.- Cfr. Sobre esto, Moreno Hernández, Moisés, conferencia titulada **Responsabilidad Penal** presentada en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Abril 1990. p. 11.

12.- Cfr. García Ramírez, Sergio. **Derecho Procesal Penal**, op. cit. p. 345, El autor identifica la responsabilidad como quien interviene en la comisión del delito bajo cualquiera de los títulos que prevé el artículo 13 del Código Penal; Colín Sánchez, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**, op. cit. p. 287, habla de responsabilidad cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción preparación o ejecución de un acto típico, por lo que debe ser sometido al proceso corriente; Acero, Julio. **Procedimiento Penal**, op. cit. p. 23. indica que los elementos morales constituyen la responsabilidad, interpretando dicha opinión, si el acto moral o subjetivo se veía en la culpabilidad, entonces la participación se verá en la responsabilidad.

Manuel Rivera Silva y Alberto González Blanco.¹³ Es decir, vinculan la forma de participación con la culpabilidad; postura que tiene mayor exigencia, ya que para determinar la responsabilidad se requiere la atribuibilidad de un hecho típico y antijurídico a un sujeto que se considera culpable.

Olga Islas Magallanes y Elpidio Ramírez definen a la responsabilidad, como aquello que satisface los siguientes requisitos: la autoría material, la imputabilidad, la violación al deber jurídico penal y la culpabilidad.¹⁴ Esta postura, que parte de la teoría lógica matemática, plantea un concepto de responsabilidad muy semejante a los elementos del tipo penal ya que en éste también advierte la imputabilidad y la forma de intervención del sujeto

Como podemos advertir, la mayoría de la doctrina relaciona a la responsabilidad penal con el contenido del artículo 13 del Código Penal, pero ha sido a consecuencia de la confusión que ha creado la diversa terminología que utiliza el Código Penal, en particular en los rubros de los artículos 13 y 15 así como del artículo 168 del Código Federal De Procedimientos Penales, cuya descripción antes de las reformas de 1994 consideraba a la responsabilidad penal como forma de intervención del sujeto. En efecto, el artículo 13 del Código penal se denominaba "personas responsables de los delitos", título que obedece a la consideración de la forma de participar del

13.- Cfr. Rivera Silva, Manuel. **El Procedimiento Penal**, op.cit. p. 167, al hablar de la responsabilidad refiere que es la obligación que tiene un individuo a quien se le imputa un hecho, de responder del mismo, por haber actuado con culpabilidad (dolo u omisión espiritual) y no exista causa legal que justifique su proceder o lo libere de la sanción, después el autor transcribe el artículo 13 del Código Penal en sus cuatro primeras fracciones. González Blanco, Alberto. **El procedimiento Penal Mexicano**, op cit. p. 106, coincide con Rivera Silva en su definición y agrega que al sujeto se le atribuye el hecho delictuoso que le sea imputable y por lo mismo que deba responder de él.

14.- Islas Magallanes, Olga y Ramírez, Epidio. **El Delito en el Derecho de Procedimientos Penales**. op. cit. p. 95.

sujeto en el delito, que es muy diferente a considerar que de acuerdo a esa forma de participación se determine la responsabilidad; tan es así que en ocasiones se puede afirmar que un sujeto tuvo intervención en la comisión de un delito y, no obstante no ser responsable, por ejemplo porque puede existir una causa de licitud a su favor, o no ser culpable, porque haya incurrido en un error de prohibición al creer que su conducta estaba justificada.

También es cierto que, con el título "circunstancias excluyentes de responsabilidad" se interpretó como aquellos supuestos que solamente se analizaban en relación a la responsabilidad, pero sabemos que las hipótesis que marca el artículo 15 no necesariamente se agotan en la responsabilidad; muestra de ello es que el artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, faculta al Ministerio Público a que en el momento que observa la existencia de una causa de exclusión, tiene la facultad, para no ejercitar la acción penal.¹⁵

1.1. 2.2. Jurisprudencia.

Con relación a la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido los siguientes criterios:

a) Por lo que hace al cuerpo del delito, el criterio que se tenía entendía a éste como un conjunto de elementos materiales con total abstracción de la voluntad o del dolo, y de forma impersonal. Así:

15.- **Código de Procedimientos Penales**, Edición 1993. Editorial Porrúa. "Artículo 3 bis. En la averiguación previa que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluya la responsabilidad penal previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercitará acción penal.

"CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE- Por cuerpo del delito debe entenderse **el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura** delictiva descrita concretamente por la ley penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente".

Séptima Época. Segunda Parte: Vol. 58, Pág. 27 A. D. 1724/73 José Suárez Palomares. Unanimidad de 4 votos.

"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 la comprobación del cuerpo del delito".

Jurisprudencia No. 312. Apéndice al Tomo CXVIII, pág. 603.

b) Con relación a la responsabilidad, se desprenden las siguientes posturas:

a').- La que vincula la responsabilidad con la constatación de la relación de causalidad, que establece:

RESPONSABILIDAD PENAL - CAUSALIDAD.- Para declarar penalmente responsable al acusado, es necesario que se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido.

Sexta Época. 2a. Parte. Apéndice 1917-1975. 2a. parte Primera Sala. Pág. 598. Edic. Mayo.

b').- La que ve el problema de la responsabilidad en la forma de intervención de un sujeto en la comisión del delito en los supuestos del artículo 13 del Código Penal;

COPARTICIPACION, RESPONSABILIDAD EN LA.- Si entre los acusados hubo acuerdo previo para la comisión del

delito, debe concluirse que todos y cada uno son penalmente responsables como copartícipes por haber intervenido en su preparación o en ésta y su ejecución.

Sexta Época. Segunda Parte. Vol. XV, Pág. 123. A. D. 4052/57. Juan López Bernardino y Coags. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXII, Pág. 191. A. D. 175/59. Gregorio Ponce González. 5 votos.

Vol. XXVII, Pág. 49 A. D. 3685/59. José Gonzalo Chan Rosado y Coag. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXVIII, Pág. 87. A. D. 3342/59. José Rascón Gandarilla y Coag. 5 votos.

Vol. XLIV, Pág. 50. A. D. 5793/60. Ramón García Malacara. Unanimidad de 4 votos.

RESPONSABILIDAD PENAL. CORRESPONDE DETERMINARLA AL JUEZ.- La autoría o participación de un procesado en la comisión de uno o varios delitos, toca determinarla al juzgador, sin que obste, en consecuencia, que no haya habido consignación en los términos del artículo 13, fracción V, del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, para que el juez establezca la responsabilidad.

Séptima Época. Segunda Parte:

Vol. 36, Pág. 24. A. D. 3046/71. Ascensión Peña Olivares. Unanimidad de 4 votos.

APÉNDICE. SEMANARIO JUDICIAL. OCTAVA ÉPOCA. TOMO X AGOSTO 1992. TRIBUNALES COLEGIADOS. PAG. 481.

APÉNDICE. GACETA DEL SEMANARIO JUDICIAL. NO. 56. Agosto 1992. Pág. 37

AMPARO DIRECTO 305/92. ENRIQUE LLANOS PERALTA.

"CONSIDERANDO: ...que se apoderó de la bicicleta, de lo que se deducía que el ahora quejoso no había participado en el robo; ello es inexacto, toda vez que si las personas citadas así lo expresaron, sólo se pretende aprovechar en parte lo que ellos declararon. Su participación en el delito por el que fue condenado, se enmarca en términos de lo establecido por el artículo 13 del Código de Procedimientos Penales, ya que no sólo se consideran responsables las personas que materialmente ejecutan el hecho (fracción II), sino también aquellas otras que, como el ahora quejoso, "intencionalmente

prestan ayuda o auxilio a otro en su comisión" (fracción VI), pues de los elementos analizados, se desprende que el encausado amagó a los pasivos con las piedras que llevaba en las manos, ejerciendo así sobre éstos violencia moral, para que uno de sus copartícipes, el que se dio a la fuga, desapoderara a CRESENCIO de la bicicleta que llevaba, y el encausado al otro de los ofendidos, despojara de la suma de treinta mil pesos, por lo que el referido auxilió a sus coincurpados en la comisión del hecho, y debe responder en calidad de copartícipe del ilícito que se le reprocha".

"CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD.- El concepto de cuerpo del delito se refiere a cuestiones impersonales, independientemente de la autoría de la conducta; comprobar que hubo alteración en la salud a virtud de conducta humana, es acreditar la materialidad del hecho; atribuir la causación del resultado a una persona es problema de responsabilidad".

Amparo directo 4811/74. Javier Fuentes Gutiérrez y otro. 7 de julio de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

1.1. 3.- Análisis.

Algunos criterios que plantea la doctrina y todos los que señala la jurisprudencia, en relación con los contenidos de estas figuras procesales, provocan el siguiente análisis:

El entender al cuerpo del delito solamente con los elementos materiales u objetivos, en forma impersonal y con abstracción de los elementos subjetivos es muy limitado, ya que se reduce a un concepto material o externo,¹⁶ de ser así se adoptaría el concepto que se tenía al inicio

16.- Entendiéndose ese concepto material como el elemento objetivo del cuerpo del delito, por ejemplo el cadáver en el delito de homicidio o el objeto de apoderamiento en el delito de robo.

del siglo pasado, criterio que hasta antes de la reforma de 1994 sostenía la Corte.

Es un extraordinario adelanto el que la doctrina vinculara el derecho sustantivo con el derecho procesal al aceptar equiparar el concepto "cuerpo del delito" con el de "tipo penal" atribuyendole a los tipos penales elementos objetivos y algunas veces también elementos subjetivos o elementos normativos; luego entonces, también habrá la posibilidad de entender al cuerpo del delito con elementos subjetivos.

Es importante destacar que, cuando se habla del análisis impersonal del cuerpo del delito, como lo hacían la doctrina y la jurisprudencia, se relega la atribuibilidad de la conducta a la responsabilidad penal; postura que no resulta estar acorde con los avances de la doctrina e impide equiparar la figura de "cuerpo del delito" con la de "tipo penal", ya que la atribuibilidad de la conducta a un sujeto y al resultado forman parte del elemento objetivo del tipo penal, como se analizará con mayor detenimiento en el capítulo quinto.

Lo que resulta más grave es que en la práctica se reflejen esas confusiones. Con frecuencia se advierte que en las resoluciones judiciales, al analizar el cuerpo del delito se hacía en forma impersonal, acreditando solamente los elementos objetivos y materiales; pero cuando procede una causa de atipicidad sí se analiza la forma de participación del sujeto, tan es así que se ordena la libertad del mismo;¹⁷ igual sucede cuando procede una causa de licitud, como la legítima defensa, donde necesariamente se debe hacer mención a la conducta desplegada por el sujeto activo, cuando ésta es

17.- Esa conclusión se obtiene de la vivencia personal y de observar más de cien resoluciones de los Tribunales del orden federal y común.

permitida por la propia ley, se concluye que no hay delito y se ordena la libertad del sujeto; luego entonces, se hacen juicios personales. De ahí que la postura que sostiene un sector mayoritario de la doctrina mexicana y la jurisprudencia no sea acorde con los adelantos de la dogmática penal y de la política criminal.

Es evidente que el contenido que la doctrina y jurisprudencia en materia penal le han dado al cuerpo de delito y a la responsabilidad penal, ha obedecido entre otras causas, a la influencia que en ellas ha tenido la corriente causalista, como acertadamente lo señala Moisés Moreno.¹⁸ Pero esa postura ya no se justifica, sobre todo cuando los contenidos de la ley han cambiado, como sucedió con las reformas legales de 1984 al artículo 122, y con los artículos 16 y 19 de la Constitución de 1993, donde se hace referencia a los elementos del tipo penal, como más adelante lo veremos.

Resulta incomprensible e inadmisibles la forma en que se ha aplicado el ordenamiento sustantivo y adjetivo en las resoluciones judiciales. Al analizar las dos instituciones exigidas por la Constitución, cuerpo del delito y responsabilidad, se hacía como si éstas dos figuras no tuvieran asidero en lo que es el delito; afirmación que hago después de analizar el contenido de las resoluciones judiciales en particular, como son a las que se refiere el artículo 19 Constitucional, y las sentencias. En ellas casi nunca se analizaban todos los elementos del tipo penal, más que la acción u omisión y el objeto material; en forma ocasional, obligadamente cuando se invocaba, se analizaba la procedencia de alguna causa de licitud. En cuanto a los elementos de la culpabilidad, éstos por lo general tampoco se analizaban, ya que procesalmente lo que se acreditaba era la responsabilidad, pero

18.- Cfr. Moreno, Moisés. **La Responsabilidad Penal**, op. cit. p. 27.

entendida como forma de participación. El contenido que se le daban a esas dos figuras jurídicas, por tanto, no respondían a lo que técnicamente es el delito según se desprende de los contenidos de la parte general del Código Penal.

1.1.4.- Resumen:

La evolución del concepto de cuerpo del delito y responsabilidad, en la legislación y jurisprudencia, ha sido muy limitada, lo que en cierta medida ha impedido por un tiempo histórico el desarrollo científico de estas figuras procesales.

Aunque lo propio puede decirse de la doctrina mexicana, ésta de alguna manera ha impulsado un poco más el desarrollo de lo que es el "cuerpo del delito". No obstante, aún no hay correspondencia entre la elaboración de la dogmática penal y lo que sucede en la práctica procesal, ya que en las resoluciones judiciales, como se ha dicho, no se analizaba lo que dogmáticamente es el delito.

Ahora bien, al evolucionar legislativamente el concepto de cuerpo del delito y equipararlo con el de tipo penal, como sucedió con las reformas procesales de 1984, ello de alguna manera obligaba a analizar todos los elementos del tipo, y entre éstos tanto los objetivos como los subjetivos y los normativos, a pesar de que la doctrina no es uniforme en ese sentido; pero, independientemente de ello, el análisis debe surgir de los contenidos de la propia ley; de ser así, entonces se hubiera dado un cambio sustancial con relación a los criterios convencionales de la doctrina y jurisprudencia mexicana. En efecto, conforme a la moderna concepción tanto el dolo como la

culpa forma parte del tipo penal, así como la forma de intervención del sujeto en la realización del delito, adquiriendo la culpabilidad una nueva estructura.

Sin embargo, a pesar de los cambios legislativos, la diversidad de criterios siguió existiendo. De ahí que resulte fundamental determinar el contenido de los elementos del tipo penal y de la responsabilidad, ya que de ello depende también determinar si las calificativas son partes integrantes de alguna de ellos, o si su influencia solamente se refleja en la pena. Si entendemos que las agravantes o atenuantes son partes integrantes del delito, entonces su estudio correspondería hacerlo, o bien en cuerpo del delito (tipo penal) o en la responsabilidad (culpabilidad). Pero si se considera que éstas no son partes integrantes del delito, entonces sólo habría que considerarlas en la determinación de la pena.

1.2.- Reglas para comprobar el Cuerpo del Delito.

El tipo delictivo y el corpus delicti son conceptos relacionados íntimamente uno del otro; el primero dentro del campo del Derecho Penal, que refiere a la conducta considerada por el legislador como penalmente relevante, y el segundo dentro del ámbito del Derecho Procesal Penal, enfocado a la realización del delito; en consecuencia, para que pueda darse el cuerpo de un determinado delito, deberá existir previamente el tipo delictivo correspondiente; o como lo expone Eduardo Herrera Lasso y Gutiérrez, que "dada la connotación constitucional del término cuerpo del delito, es fácil concluir que entre tipo y cuerpo del delito existe una relación de continente a contenido, pues siendo el primero un concepto penal abstracto y el segundo una noción que mira a la realidad, comprobar el cuerpo del delito no es otra cosa que verificar plenamente, en el caso concreto, la existencia de todos y

cada uno de los elementos fácticos que cumplen el tipo, pero son dos conceptos diferentes con contenidos diferentes".¹⁹

Ahora bien la comprobación del cuerpo del delito se encuentra íntimamente ligada al principio de la prueba idónea; ello explica la necesidad de precisar los elementos que lo integran en relación con los diferentes tipos penales y su relación con las reglas para comprobar el cuerpo del delito, de las cuales, atendiendo al Código de Procedimientos Penales para el fuero federal y común, las podemos agrupar en dos clases:

a) Regla general.

El 4 de enero de 1984 se reformó el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establecía la regla general para comprobar el cuerpo del delito y hacía referencia únicamente a los elementos materiales de la infracción; a partir de entonces cambia su redacción, al hacer alusión a que el cuerpo del delito se comprueba "cuando se acredita la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal". Esta regla permitió, a partir de entonces, comprobar el cuerpo del delito atendiendo a los elementos del tipo penal, es decir, a comprobar tanto los elementos objetivos como los subjetivos y, cuando el tipo lo requiera, también los normativos. Ello nos permite analizar en forma más clara los elementos del tipo y, como consecuencia, encontrar también la ubicación sistemática que corresponde a las calificativas de acuerdo a su naturaleza, que constituyen el tema central de la investigación.

19.- Cfr. Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo. **Garantías Constitucionales en Materia Penal**, 1969. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, p. 45.

b) Reglas especiales.

La Legislación procesal penal que regía antes de las reformas que entraron en vigor en febrero de 1994, nos señalaba las reglas para comprobar el delito en particular; de éstas se desprenden las llamadas "reglas especiales", como la prescrita en el artículo 115 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que plantea varias hipótesis para comprobar el cuerpo del delito de robo;²⁰ la primera hace referencia a los elementos materiales del delito, que ha sido interpretada de dos maneras:

a) La entendida solamente por los elementos materiales u objetivos de la infracción, como es el objeto materia del apoderamiento.²¹

b) La segunda postura se inclina por considerar al "tipo penal" con los elementos objetivos, subjetivos y normativos; en ese sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en noviembre de 1991 resolvió la contradicción de tesis, sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados del Primer Circuito en Materia Penal, donde el Primer Tribunal consideraba que era incorrecto, cuando se acreditaba el cuerpo del delito de

20.- Cfr. **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal**. Edición 1990. Editorial Porrúa; México, cuyo artículo 115 establece .- "En todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes: I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito; II.- Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia; III.- Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito, y IV.- Por la prueba de que la persona ofendida se halla en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada".

21.-Suplemento 1956. p. 449. Para comprobar el cuerpo del delito es suficiente que se acrediten los elementos materiales. El cuerpo del delito de robo queda debidamente comprobado cuando se acredita la existencia de los elementos materiales o externos; Boletín de 1964. p. 140. Primera Sala.- Tratándose de la comprobación del cuerpo del delito de robo, es suficiente que se acrediten los elementos materiales que describe el artículo 367 del Código Penal de acuerdo con lo dispuesto por la fracción I del artículo 115 del Código de Procedimientos Penales.

robo, invocar simultáneamente los artículos 115 y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, argumentando una indebida fundamentación, ya que dichos preceptos eran contradictorios en virtud de que la primera disposición establecía reglas especiales y la segunda tenía una general. Mientras que por el Segundo Tribunal, se manifestaba que no existía contradicción en el contenido de las reglas que para la comprobación del cuerpo del delito establecían los preceptos 122 y la fracción I del artículo 115 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pues ambas normas requieren coincidentemente el acreditamiento de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo, resolviendo nuestro máximo tribunal a favor del Segundo Tribunal Colegiado, puntualizando en el artículo 115, fracción I, que se refería a los elementos que describía la conducta, o sea, el tipo penal, y que ambas disposiciones se complementaban.²² Postura ésta que el suscrito comparte, ya que interpretarla de esta manera da mayor seguridad jurídica para comprobar el cuerpo del delito; pero es importante destacar que esa jurisprudencia fue promulgada tres años antes de las reformas de 1994, en que la tendencia era interpretar al cuerpo del delito integrado sólo con elementos objetivos o materiales, criterio que de alguna manera se ve influido por la doctrina causalista que prevaleció en nuestro país en ese período.²³

Las fracciones II y IV, del citado numeral 115, que hacen alusión cuando el acusado tiene en poder la cosa y por circunstancias personales no justificó su procedencia o su adquisición, o cuando el ofendido goza de buena

22.- Cfr. Contradicción de Tesis 4/90, de fecha 18 de diciembre de 1991, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo el ponente el ministro Santiago Rodríguez Roldán.

23.- Esta aseveración se obtiene de la experiencia dentro de la función jurisdiccional y de revisar los archivos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en 250 causas aproximadamente.

opinión, son hipótesis que deben considerarse solamente como un indicio, ya que por sí solas son insuficientes para tratar de acreditar los elementos del tipo penal; en ese sentido la autoridad federal dictó varias resoluciones.²⁴ En cuanto a la tercera hipótesis, que es la prueba de la preexistencia y falta posterior de lo robado, es la hipótesis de mayor aplicación en los casos concretos, pero por sí sola también es insuficiente e inadecuada para comprobar el cuerpo del delito, ya que no se le exigía al testigo que efectivamente fuera un testimonio de preexistencia al no verificar el funcionario que momentos previos a la comisión del evento al testigo le constará que el ofendido tenía en su poder el objeto robado, concretándose al interrogatorio formal y rutinario de "sí sabía si el pasivo tenía con anterioridad dicho objeto", dejando a un lado el requisito de temporalidad.²⁵

En relación a la regla marcada en el artículo 117, para comprobar también el delito de robo en el caso en que "sin previo contrato de una empresa de energía eléctrica, de gas o de cualquier fluido, se encuentre conectada una instalación particular a las tuberías o líneas de la empresa",²⁶

24.-Primer Sala boletín 1956. p. 227 ROBO. CUERPO DEL DELITO. Si la prueba de preexistencia, propiedad y falta posterior de los objetos robados así como del avalúo de los mismos consisten en declaraciones de los propios ofendidos que recíprocamente se presentaron a testificar sin que intervinieran peritos valuadores, no está comprobado el cuerpo del delito por faltar a tales personas los requisitos exigidos por el artículo 252 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango Amparo directo 3911/54 Simón Ramos Salas y coagraviado resuelto el 11 de marzo de 1956. Por unanimidad de cuatro votos, Ausente maestro Olea Leyva, ponente. Maestro Ruiz de Chávez y secretario; Boletín de 1959. p. 636 Primera Sala. Para la integración del cuerpo del delito de robo, no únicamente es eficaz la prueba directa sobre la propiedad, preexistencia y falta posterior del objeto del ilícito, sino por otras vías se llega a igual certidumbre. Además, la misma ley establece, entre otros medios de comprobación el hecho de que el acusado tenga en su poder el bien y que por sus circunstancias personales no hubiera podido adquirir o porque la demostración del ofendido se hallaba en situación de poseer el objeto sustraído. También la que se encuentra en el Semanario Judicial de la federal tomo XXXII. p. 101. XLV p. 79; XLIX p. 88 y LXXXI p. 35 segunda parte sexta época segunda sala.

25.-Lo anterior se avala con la constatación de la revisión de más de 300 expedientes los cuales se encuentran en los archivos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

26.- Establecía el "Artículo 117 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Se dará por comprobado el cuerpo del delito de robo, cuando sin previo contrato con una

aquí nuevamente se hace referencia al elemento material con abstracción de cualquier elemento subjetivo, ya que por el simple hecho de haberse conectado a una instalación de energía eléctrica se puede considerar que esto es robo, sin verificar quien fue el que realizó la conducta material, tampoco le importa la intención del sujeto o si éste sabía que su actuar estaba prohibido por la ley, por ello esta regla consideramos que hace referencia a los elementos objetivos o materiales de tal suerte que fue derogada en enero de 1994.

Para comprobar el cuerpo del delito de fraude, abuso de confianza y peculado, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 116 del citado ordenamiento adjetivo,²⁷ se aplicaba la fracción I del artículo 115 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; luego entonces, si la fracción I hace referencia a los elementos materiales, realmente es difícil comprobar el cuerpo del delito con esta simple regla, más aún cuando dichos delitos tienen un marcado elemento subjetivo en su integración; por ejemplo, en el delito de fraude se debe acreditar el medio comisivo que es el engaño o el error, en donde se da una estrecha relación entre el sujeto que realiza la conducta y el elemento subjetivo; de ahí que se necesite no nada más comprobar el elemento material sino también el elemento subjetivo, por lo que esa regla también era insuficiente para acreditar el cuerpo del delito.

empresa de energía eléctrica, de gas o de cualquier fluido, se encuentre conectada una instalación particular a las tuberías o líneas de la empresa respectiva o a cualquier tubería o línea particular conectada a las tuberías o líneas de dicha empresa".

27.- Cfr. Artículo 116 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dice: "El cuerpo del delito en el fraude, abuso de confianza y peculado, se comprobará por el medio expresado en la fracción I del artículo anterior, observándose lo que dispone su párrafo final. Además para el delito de peculado es necesario que se demuestren, por cualquier medio de prueba, los requisitos que acerca del sujeto activo prevenga la ley penal", (este artículo fue derogado el 10 de enero de 1994).

El artículo 105 hace alusión al delito de homicidio, donde para comprobar el cuerpo del delito, entre otras diligencias, se requiere practicar la autopsia del cadáver;²⁸ pero ésta es solamente uno de los medios para comprobarlo, ya que también se requiere la fe de cadáver y el dictamen de criminalística, y todos ellos solamente determinan la existencia de un cadáver y que la privación de la vida fue producida por una persona distinta de la que murió; luego entonces, con ello se provocó una falsa práctica para comprobar el cuerpo del delito, al hacerlo solo con los elementos materiales.²⁹

El artículo 123 de la referida ley adjetiva hablaba de las lesiones y el envenenamiento, y para comprobar el cuerpo del delito de estos ilícitos se requería de la inspección y descripción hecha de la persona o de la víctima y se determina los síntomas que tenga el pasivo;³⁰ de la misma manera, en este caso solamente se constata por medio de una inspección y describir el estado en que se encuentra la víctima y el dictamen médico para acreditar el cuerpo del delito, es decir, se requería solamente del elemento objetivo o material.

28.- Cfr. Artículo 105 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; que reza: "Cuando se trate de homicidio, además de la descripción que hará el que practique las diligencias, la harán también dos peritos que practicarán la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarda y las causas que originaron la muerte. Sólo podrá dejarse de hacer la autopsia, cuando el juez lo acuerde, previo dictamen de los peritos médicos".

29.-Anales de Jurisprudencia tomo XII p. 401; XV. p. 724. CUERPO DEL DELITO DE HOMICIDIO. Queda comprobado plenamente cuando se demuestra: 1.- Que la muerte se debió a las alteraciones causadas por las lesiones en los órganos interesados. 2.- Que la muerte del ofendido se verificó dentro de 60 días contados desde que fue lesionado y 3.- Que del certificado de autopsia se desprende que las lesiones fueron mortales; Semanario Judicial de la Federación tomo CIV p. 801-802 Quinta Epoca. El delito típico de homicidio se configura con los siguientes elementos: Hecho de muerte, relación causal entre éste y una acción u omisión humana y culpabilidad.

30.- Cfr. Artículo 123 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece: "En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente del delito, se tendrá por comprobado el cuerpo de éste con la inspección y descripción hecha por las personas a quienes se refiere el artículo 94, de las manifestaciones exteriores que presente la víctima y con el dictamen médico en el que se expresaron los síntomas que tenga, si existen..." (este artículo fue derogado el 10 de enero de 1994).

De lo anterior podemos concluir que, cuando se aplicaban las reglas especiales de comprobación, se exigía solamente la comprobación de los elementos objetivos o materiales que las componen; reglas especiales que, por su limitación, no permitían comprobar el cuerpo del delito en forma plena.

Como podemos advertir, las reglas de comprobación jugaban un papel fundamental, ya que si con ellas el cuerpo del delito se comprobaba sólo con elementos objetivos o materiales, entonces se impedía verificar completamente la existencia de los elementos del tipo penal; de ahí que dichas reglas resultaban insuficientes.

Es importante subrayar que, a partir de las reformas de 1984, a los artículos 122 y 168 del Código Procesal del fuero común y federal, respectivamente, se abre la posibilidad de comprobar el cuerpo del delito con los elementos que estructuran el tipo penal, al hacerse referencia que aquél se comprueba "con los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal"; sin embargo, al establecer que "para ello se atenderá en su caso a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código", se daba con ello a que, para los delitos que tenían una regla de comprobación especial, se aplicara ésta, como era el caso del delito de homicidio, que requería de la fe del cadáver, el dictamen médico y la inspección ocular, impidiendo comprobar el cuerpo del delito con la totalidad de los elementos objetivos y subjetivos; pero aún así dicha reforma es de suma importancia, ya que despierta el interés científico para interpretar el "tipo penal" con todos sus elementos, y si ello es así las calificativas juegan un papel importante en dicha figura.

1.2.1.- Circunstancias Calificativas en el Cuerpo del Delito.

Para abordar éste punto, es imperativo analizar si respecto de las calificativas la Constitución hace alguna referencia expresa y, en su caso, que efectos tenían; siendo para ello de suma importancia saber lo que el constituyente trató de decir en el apartado respectivo del citado artículo 119 Constitucional (antes de las reformas de 1993), cuando refiere que "ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión, en el que se expresarán: **el delito que se le imputa al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito...**". De su análisis podrá determinarse si al hablar de "elementos" o "circunstancias", hace también referencia a las que conocemos como calificativas y, por tanto, si éstas son o no parte integrante del cuerpo del delito.

Sobre el particular, Herrera y Lasso ha establecido que "las circunstancias enunciadas en la teoría penal y en nuestro Código pertenecen claramente al cuerpo del delito",³¹ de ahí que exista la necesidad de interpretar el contenido de los términos que la Constitución utiliza en el citado artículo 19 y que son:

a) Medios:

Los medios consisten en instrumentos o actividades empleados para realizar la conducta o para producir el resultado. Sobre el particular se manejan dos hipótesis: la primera que considera al medio como un

31.- Herrera y Lasso, Eduardo.op. cit. pp. 43 y 44.

"instrumento", que permite la realización de un delito, ejemplo: la pistola o cuchillo que se utilizan para producir el resultado muerte o lesión; este instrumento o medio tiene como función hacer que la conducta tenga relevancia penal o que esa conducta sea calificada y, como consecuencia, que el ilícito revista mayor gravedad aumentando la pena. La segunda hipótesis se deriva de esa "actividad" que encierra el elemento objetivo y subjetivo en el actuar, por ejemplo: el engaño en el delito de fraude, la violencia en el delito de violación propia, etc.³²

Lo anterior permite considerar al medio comisivo como parte integrante del tipo penal para producir el resultado; por lo que si no se acredita éste no se acredita el delito; lo propio sucede cuando se maneja el medio como una circunstancia calificativa en ciertos tipos penales, reflejándose en la gravedad del injusto, por ejemplo, la violencia en el delito de robo; de ahí la dualidad en interpretar el término "medios", que también hace referencia a las circunstancias agravantes.

b).- Lugar.

La circunstancia de "lugar" "es una condición de lugar, señalada en el tipo en la que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado."³³

Es importante establecer que tanto la Constitución como la ley procesal no definen el concepto de "lugar"; lo que nos llevaría a establecer

32.- Ibidem. p. 43; veáse también Marquez Piñeiro, Rafael, El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México 1992. p. 219. En forma semejante describe los medios como "el instrumento o actividad distinta a la conducta exigidos en el tipo, empleados para realizar la conducta o producir el resultado".

33.- Marquez Piñeiro, Rafael. **El Tipo Penal**. Op cit. p. 219; cfr. también Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo. op. cit. p. 44.

que, si la ley no distingue, su interpretación debe ser amplia. Bajo ese entendido, en esta circunstancia también se dan dos hipótesis: la primera, donde se presentan circunstancias que no están descritas en el tipo y no influyen para que la condición tenga relevancia penal, por ejemplo: en el delito de robo, no importa si esa conducta se comete en el parque, en la calle o en el patio de la vecindad; tampoco es relevante si en el delito de abuso sexual se comete en el metro o en el mercado, porque son circunstancias que no exige el tipo.

La segunda hipótesis es cuando la circunstancia de lugar influye en la comisión del delito para agravar la conducta, por ejemplo, el robo cometido en edificio o vivienda o aposento destinado para habitación, previsto por el artículo 381 bis; el robo cometido en lugar cerrado, previsto por el artículo 381 fracción I. En estas hipótesis, por haberse cometido en un lugar determinado por la norma, se agrava el ilícito; en consecuencia, la circunstancia de lugar en ésta hipótesis es una agravante del delito.

c) Tiempo.

El diccionario define al término "tiempo" como "una duración indefinida de las cosas, en los que suceden unos a otros los hechos o fenómenos",³⁴ Rafael Marquez Piñero, por su parte, la define como "la condición de tiempo o lapso descrita en el tipo dentro del cual ha de realizarse la conducta o de producirse el resultado."³⁵ También puede entenderse como el momento o intervalo dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado; ejemplo, cuando la conducta penalmente relevante se

34.- **Diccionario Enciclopédico Ilustrado**, Selecciones del Readers Digest. p. 3723.

35.- Marquez Piñero, Rafael. op cit. p. 219.

lleva a cabo en el momento en que llueve o está nublado; es una circunstancia no descrita por el tipo, sin ningún efecto para agravar o atenuar el injusto. Hay otro tipo de circunstancias de tiempo que sí influyen para agravar o atenuar el injusto, por ejemplo "si el agente espontáneamente libera a la víctima entre los tres días siguientes al de la privación de la libertad, la pena de prisión será hasta la mitad", circunstancia atenuante que se da en el delito de privación ilegal de la libertad previsto en el párrafo último, fracción I del artículo 364 del Código Penal, o también la prevista en el artículo 366 fracción II inciso e), párrafo segundo, respecto del mismo delito

d) Ocasión.

Se ha definido el término "ocasión" como "oportunidad generadora de riesgos para el bien jurídico, que el activo aprovecha para realizar la conducta o producir un resultado".³⁶ De dicha definición podemos deducir que la circunstancia de ocasión puede o no estar descrita en el tipo penal.

Cuando la circunstancia no está descrita literalmente en el tipo penal, pero en el mundo fáctico se presenta éste tipo de circunstancia como, por ejemplo: en el delito de robo, cuando el sujeto activo aprovecha la ocasión de que el sujeto pasivo está descuidado y deja su maletín en el suelo, dicha circunstancia no afecta al injusto penal, como tampoco agrava o atenúa la pena.

En cambio, la circunstancia de ejecución la contempla el tipo penal; como es el caso de la alevosía en el delito de homicidio a que se

36.- Herrera y Lasso, Eduardo. op. cit. p. 45 y Marquez Piñero, Rafael. op. cit. p. 219.

refiere el artículo 318 del Código Penal, que consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse, ni evitar el mal que se le quiere hacer; entonces esa circunstancia si tiene como efecto calificar el delito y agravar la pena.

De acuerdo con todo lo anterior, considero que el contenido del artículo 19 Constitucional, al hablar de las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, hace referencia a las circunstancias que agravan o atenúan el injusto y, consecuentemente tienen como función agravar o atenuar la pena.

1.2.2.- Circunstancias calificativas relacionadas con la responsabilidad penal.

El principio de legalidad a que alude el artículo 14 Constitucional y la garantía de audiencia previa a que se refiere el artículo 16, son derechos del hombre que obligan a la existencia de un juicio que en la sentencia puede afectar la esfera jurídica de los particulares,³⁷ en el entendido de que las circunstancias agravantes o atenuantes también forman parte del análisis en el procedimiento penal y, como consecuencia, también de las sentencias. Ahora bien, para entrar a la búsqueda de las circunstancias calificativas que tienen relación con la responsabilidad penal lo debemos de hacer a la luz de la interpretación de los contenidos de los artículos 16 y 19 constitucionales en sus textos anteriores a las reformas de 1993.

Si tomamos en consideración que las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión influyen para comprobar el cuerpo del delito (artículo 19

37.- Mancilla Ovando, Jorge Alberto. *Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal*. Segunda Edición. Editorial Porrúa, 1989. p. 111.

Constitucional) y que esas circunstancias también agravan o atenúan el ilícito, como vimos en el punto anterior, podemos advertir que existen también algunas circunstancias agravantes que tienen relación con la culpabilidad y, por tanto, con la responsabilidad, si partimos de la idea de que culpabilidad (concepto material) y responsabilidad (concepto procesal) son equivalentes, o que la culpabilidad es presupuesto de la responsabilidad.

Para determinar los alcances del artículo 16 Constitucional, debemos de abordar la problemática que presentó su redacción original; el artículo 16 de la Constitución Política Mexicana, antes de las reformas de 1993, establecía que "...no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención sino por autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas por declaración bajo protesta de personas dignas de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado...". Lo que en principio me asalta es analizar ¿por qué la redacción anterior exigía que para librar la orden de aprehensión solamente se demostrara la "probable responsabilidad" del inculpado, pero omitía hacer referencia expresa de la figura procesal de "cuerpo del delito"? y ¿Dónde entraban en consideración las calificativas?,

Para dar respuesta a lo anterior diremos que, partiendo de la facultad que le otorga el artículo 21 constitucional al Ministerio Público y a la policía judicial, a éstos incumbe la investigación y persecución de los delitos. Redacción que tampoco señala sí; para ejercitar la acción penal se tiene que comprobar el "cuerpo del delito"; por ello, los Tribunales Federales resolvían en el sentido de omitir comprobar el cuerpo del delito, avocándose solamente a cumplir con los requisitos del 16 para declarar o no la probable

responsabilidad del inculpado, para ello, me permito señalar solamente dos de las múltiples resoluciones que se dictaron en el mismo sentido:

ORDEN DE APREHENSIÓN. Para dictarla, no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito, sino sólo que se llenen los requisitos prevenidos por el artículo 16 Constitucional. Quinta Época. APÉNDICE 1917-1985, NOVENA PARTE, PÁG. 128.

ORDEN DE APREHENSIÓN, NO COMPRENDE EL EXAMEN DEL CUERPO DEL DELITO, LA MOTIVACIÓN DE LA. El artículo 16 Constitucional, que es el que consagra la normatividad que debe regir en el libramiento de las órdenes de aprehensión, establece que, no puede librarse orden de aprehensión o detención, sino por autoridad judicial, sin que proceda denuncia acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas, por declaración bajo protesta, de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. Ahora bien, como puede observarse de la copia de la orden reclamada (ver fojas 77, 78 del expediente de amparo), el juez emisor al pronunciarla, soslayó por completo los requisitos del antes citado artículo 16 Constitucional, y equivocadamente orientó su estudio, a la comprobación del cuerpo del delito y a la presunta responsabilidad del activo, aspectos, que en todo caso, serían conducentes en tratándose del auto de formal prisión. Consecuentemente, es indefectible, que el juez responsable, no motivó la mencionada orden, conforme al precepto 16 constitucional ya invocado, dado que, no expuso por qué motivos concretos y con qué datos específicos, se reunían esos requisitos exigidos para librar una

orden de aprehensión y, sólo se refirió a otros aspectos, que no son exigibles en tratándose de este tipo de resoluciones.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. INFORME 1988. TERCERA PARTE. TRIBUNALES COLEGIADOS. PAG. 724.

ORDEN DE APREHENSIÓN. Para librarla, no es indispensable que la denuncia de un hecho delictuoso esté apoyada precisamente en declaraciones de personas dignas de fe, sino que basta que la denuncia esté apoyada en datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. Quinta Época: Tomo XX, Pág. 1072. Garizurieta Milciades.

En el mundo de los hechos y en la mente del funcionario (Ministerio Público, Defensor o Juez), necesariamente se representaba la figura de cuerpo del delito aunque no se plasmara en las resoluciones, porque dentro de la lógica jurídica era incongruente ir directamente al contenido de lo que era la probable responsabilidad, sin antes determinar la existencia del cuerpo del delito; ejemplo de lo anterior es cuando se consignaba solamente por el delito de homicidio, en éste caso para librar la orden de aprehensión se hacía mención solamente a la probable responsabilidad, práctica judicial que comenzó a modificarse ya que se requería analizar previamente lo que es el cuerpo del delito, para posteriormente hablar de responsabilidad; es como si tratáramos de construir un edificio partiendo de un nivel superior o medio; por ello resultaba incongruente seguir esa práctica.

Ahora bien, no deja de ser cuestionable que el Ministerio Público al ejercitar la acción penal, en el pliego de consignación hacía referencia a las agravantes o atenuantes como partes integrantes del cuerpo del delito; pero

seguramente no lo comprendía de esa manera, ya que al librarse la orden de aprehensión o comparecencia o decretar la formal prisión o sujeción a proceso, no impugnaba el por qué las calificativas no eran motivo de estudio en esas resoluciones; creo que dicha institución siempre se subordinó a los criterios planteados por la autoridad federal, por lo que estaba lejos de vigilar el orden constitucional, ya que no permitía hacer una interpretación con un contenido dogmático moderno.

Otro de los aspectos que me inquietan, es que la vinculación de la materia procesal con la sustantiva no era del todo efectiva, ya que el artículo 16 hacía referencia a "hechos determinados como delitos", pero en la práctica no se analizaba lo que en sí era el delito técnicamente hablando (conducta típica, antijurídica y culpable), sino simples indicios para determinar la existencia de un hecho penalmente relevante, que no requiere el afirmar todos los elementos del delito, y acreditar la probable responsabilidad. En realidad, al hablar de probable responsabilidad se ha querido decir que la persona haya tenido intervención en la comisión del hecho, en los términos del artículo 13 del Código Penal. Lo anterior se debe en gran parte, entre otras razones, a la influencia del sistema causalista, el cual sólo analizaba el elemento subjetivo en la culpabilidad; luego entonces, las calificativas al estar inmersas en el elemento subjetivo (dolo) su estudio se reservaba hasta la responsabilidad, pero como esas figuras procesales se estudiaban hasta sentencia, el análisis de las calificativas se daba en la responsabilidad o después de afirmada ésta, por lo que sus efectos fueron solamente para individualizar la pena, lo que resultaba incongruente con los avances dogmáticos que se planteaban en ese tiempo.

2.- Reflexiones sobre el contenido y manejo de los artículos 16, 19 y 20 fracción I, constitucionales reformados en 1993.

Las reformas de 1993 a los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, juegan un papel fundamental en la estructura del procedimiento penal mexicano, ya que buscan la vinculación de conceptos del derecho sustantivo y adjetivo, con el fin de que ambas ramas jurídicas se articulen de tal manera que presenten una congruencia en el sistema penal mexicano. Lo anterior ha generado polémica e inconformación, ya que rompe con criterios tradicionales y con una inercia en la aplicación de ambas ramas del derecho, al sustituir la figura de cuerpo del delito por la de elementos del tipo penal y precisar ciertos requisitos para determinadas resoluciones judiciales, como se verá a continuación.

2.1. Alcances del artículo 16 Constitucional.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993, la Comisión Permanente del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos reformó el artículo 16 constitucional. Para ver en qué consisten esas reformas transcribiremos a continuación el nuevo texto que exponemos en forma paralela al texto anterior, destacando los cambios con negrillas que tienen relación con el tema que nos ocupa:

TEXTO ANTERIOR

Art.- 16 Nadie puede ser molestado, en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y

TEXTO ACTUAL

Art. 16.- Nadie puede ser molestado, en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y

motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o **detención** sino por autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de **un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas, por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado**, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona pueda aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos **sin demora** a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de una autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan a lo que únicamente debe limitarse la diligencia.....”.-

motive la causa legal del procedimiento.

- -No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial sin que proceda denuncia, acusación o querrela de **un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con privativa de libertad** y existan datos que acrediten los elementos que integran **el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado..**

- - La autoridad que ejecute la orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin **dilación** alguna y bajo su más estricta responsabilidad o la contravención a lo anterior, será sancionado por la ley penal.

- - En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

- - **Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave** así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancias, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motivó su proceder...”

Como podemos observar, dicha disposición hace referencia a los requisitos para la orden de aprehensión que sólo la autoridad judicial podrá librar; luego entonces, dispone los requisitos que el Ministerio Público deberá satisfacer para ejercitar la acción penal y que el juez de tomar en cuenta para resolver sobre lo solicitado por el Ministerio Público.

El fin de la reforma, según se expresa en la iniciativa, fue el "llevar al texto constitucional enmiendas que más haya de requisitos de formas expresen avances efectivos, a fin de que las autoridades y los gobernados, cuenten con un marco jurídico que exprese, en equilibrio el goce de las libertades fundamentales del ser humano" y se buscó "con mejorada técnica jurídica otorgar mayor claridad y precisión a éste precepto, por ello se propuso darle una estructura distinta".³⁸

La reforma en éste punto cambio la expresión de "un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal" por la de "hecho determinado que la ley señale como delito y sancionado cuando menos con pena privativa de libertad", como criterio limitador de la sanción que amerita el delito para posibilitar la orden de aprehensión, cambia, asimismo, la expresión "cuerpo del delito" por la de "elementos del tipo penal"; y la palabra "sin demora" por la de "sin dilación". En esta última reforma cambia la política para la detención por caso urgente; antes se requería que solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar una autoridad y tratándose de delitos que se persigan de oficio, para que la autoridad administrativa decretara la detención; ahora, en cambio, se requiere que "sólo en casos urgentes cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia siempre y cuando

38.- Exposición de motivos del artículo 16 de la Constitución del 2 de julio de 1993. Cámara de Diputados año II número 3 Agosto 17 de 1993. p. 14.

no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razones de la hora, lugar, o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad ordenar su detención...”.

Sabedores de que cuando se reforma una ley de esta magnitud se originan comentarios encontrados, la reforma que se comenta no escapó de ello; así, Sergio García Ramírez, en la presentación de su libro *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*, expresa lo siguiente “la acción legislativa cancela, de pronto, bibliotecas enteras, modifica el trabajo de tribunales, suprime jurisprudencia formulado en el curso de los años”;³⁹ que “sean bienvenidas las reformas cuando son verdaderamente necesarias y oportunas. Pero no podemos apostar a ellas, como se hace a menudo toda la suerte de la justicia. En la procuración y la administración de justicia han sido en ocasiones y a veces dramáticamente escenarios para que se muestre, el gran desperdicio de recursos, progresos y esperanzas el síndrome de Penélope: Hacer hoy y deshacer mañana”.⁴⁰

En relación al tema que nos ocupa, el citado autor al hablar del tipo penal y probable responsabilidad nos dice: “al llevar a cabo la reforma constitucional de 1993 varió la terminología procesal de la ley suprema. Se prescindió de la noción de cuerpo del delito y se optó por el giro “elementos que integran el tipo penal. En algunos de los documentos preparatorios de esa reforma se adelantó la idea verdaderamente inaceptable de que “tipo penal” es un concepto menos complejo que cuerpo del delito. Asimismo se dijo que con una nueva expresión acogida en la ley culminaba un esfuerzo científico a propósito de la teoría general del delito. Vale tomar en cuenta, sin

39.- Cfr. García Ramírez, Sergio, *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. Primera edición, Editorial Porrúa, 1994. p. IX.

40.- Ibidem.

embargo, que la idea de cuerpo del delito fue largamente elaborado por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina mexicana, hasta fijar con toda claridad y suficiencia el sentido de esta antigua expresión. Ciertamente el corpus criminis puede significar otra cosa, así, instrumentos para la comisión de delito en algunas legislaciones foráneas, pero su significado era ya unívoco en el sistema jurídico mexicano. El legislador debió de tomar en cuenta que aquí viene al caso una noción de derecho procesal no de derecho sustantivo y respetar el desarrollo de la doctrina en aquel campo, sin perjuicio de hacer lo mismo por lo que toca al régimen sustantivo, en el ámbito que le es propio. Termina el autor su idea refiriendo "que es una observación trivial acerca del cuerpo del delito, el desdén por el desenvolvimiento de la doctrina y la terminología mexicana y el prurito reformista, llevaron a modificar innecesariamente el texto constitucional, para hablar en lo sucesivo de los elementos del tipo penal o que "integran el tipo penal del delito que se le impute al inculgado".⁴¹

Al respecto vale la pena hacer los siguientes comentarios. Es cierto que al reformarse las citadas disposiciones constitucionales se dio un giro total en cuanto a su redacción y contenido; también es cierto, que un sector de la doctrina, las ha criticado y al poder judicial le haya costado trabajo el aplicarlas ya que implicó borrar cien años de utilizar el concepto "cuerpo del delito", que ahora se sustituye por el concepto de "tipo penal". Pero, como podemos advertir, no es simplemente un cambio de términos, sino que va inmerso en ellos toda una concepción dogmática moderna de lo que es el delito; es decir, antes al hablar de cuerpo del delito lo hacíamos con un contenido muy limitado, ahora el contenido del "tipo penal" es mayor y congruente con las exigencias jurídicas de nuestro país y con una concepción

41.- Ibid.

jurídica moderna. Consideró, por ello, que la reforma al artículo 16 constitucional es justificable, ya que el contenido que le dio la ley y la jurisprudencia al concepto de cuerpo del delito fue inconsistente y limitada en su composición; ya que sus efectos en las resoluciones judiciales nos llevaron a considerar al cuerpo del delito con elementos materiales y carente de todo elemento subjetivo, impidiendo con ello la comprobación cabal de todos los elementos del tipo penal.

Es cierto que en algunos países de Europa, como España, siguen manteniendo el concepto de cuerpo del delito, pero dicha figura tiene un contenido diferente, ya que todos ellos conciben a esta figura con elementos objetivos descriptivos y subjetivos y, en ocasiones, cuando el tipo lo requiere, de elementos normativos; postura que es más congruente con los nuevos criterios de interpretación. Se dice que las reformas llevaron implícita una corriente doctrinaria; aunque así fuera, creo que el derecho penal se basa precisamente en corrientes de pensamiento que tienen vigencia en un momento histórico; pero además, si analizamos los conceptos que se tenían antes de estas reformas, llegaríamos a la misma conclusión de que aquellas obedecieron también a un sentido doctrinario,

En relación al tema de investigación podemos concluir que las reformas tienen mayor número de aciertos que desaciertos y son los siguientes:

1.- Se maneja una mejor técnica jurídica, respondiendo al avance dogmático de la ciencia del derecho penal; de ahí que se pueda afirmar que nuestra legislación ha dado un paso adelante en ese sentido.

2.- Los conceptos de tipo penal y probable responsabilidad son más claros y precisos porque los de "cuerpo de delito" y "presunta responsabilidad", no obligaban a acreditar todos los elementos del delito.

3.- Se vincula la teoría del derecho penal sustantivo con la del derecho procesal penal, dándose armonía tanto a los contenidos de la ley, como a las resoluciones judiciales.

4.- La redacción actual brinda mayor seguridad jurídica que la anterior, si vemos que antes el artículo 16 exigía requisitos que solamente representaban indicios para ejercitar la acción penal, mientras que ahora, con los contenidos de las figuras de "tipo penal" y "responsabilidad penal", se satisfacen con mayor exactitud la exigencia de lo que es el delito.

5.- Se busca establecer el principio de responsabilidad del hecho, para garantizar que la ley sancione conductas humanas antisociales y no meros aspectos de la personalidad del inculcado.

6.- Establece disposiciones donde los particulares encuentren en la norma jurídica tutela y protección.

2.2.- Artículo 19 y su interpretación judicial.

Por el mismo decreto del 3 de septiembre de 1993, se reformó el artículo 19 Constitucional, que al igual de ser una garantía destinada a brindar seguridad jurídica en favor del inculcado su resolución es básica en todo enjuiciamiento penal, ya que por medio del auto de formal procesamiento se determina el tema del proceso, además de producir otras consecuencias relevantes como la garantía de plazo para la emisión del auto citado, con la finalidad de evitar detenciones excesivas ante la autoridad jurisdiccional.⁴²

42.- Ibidem. p. 42.

Para marcar las diferencias, transcribo en forma paralela la redacción anterior y la actual, destacando con negrillas los términos que se modificaron y que tienen relación con el trabajo de investigación.

TEXTO ANTERIOR.

Art. 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de **tres días** sin que se justifique con auto de formal prisión, en que se expresarán: el delito que se le imputa al acusado, de los **elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancia 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 le ejecuten.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión...

TEXTO ACTUAL.

Art. 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 le imputa al detenido** y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionado 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 al juez sobre el particular...

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso...

Con esas reformas el legislador "pretende buscar avances reales que se ajusten a la nueva realidad que vive nuestra sociedad, para que tanto la autoridad como gobernados cuenten con un renovado marco jurídico que exprese el equilibrio de goce de las libertades fundamentales del ser humano,

como el deber estatal de procurar y administrar justicia", uno de los objetivos de la reforma "es determinar con claridad la competencia formal y material, así como la referencia temporal que rige para los actos de molestia en materia penal". Asimismo "se refiere a hacer compatibles los extremos de la prueba que rigen la orden de aprehensión y formal prisión o en su caso sujeción a proceso, superando el complejo término de cuerpo del delito por la acreditación que integran el tipo penal, son los requisitos que deben ser considerados por el Juez para fundar y motivar la formal prisión o sujeción a proceso y de esta manera fortalecer la seguridad jurídica de los gobernados al puntualizarse la obligación, por parte de la autoridad, de verificar la existencia del hecho delictuoso además de la probable responsabilidad del inculpado".⁴³

Como señala Sergio García Ramírez, es cierto que con las reformas constitucionales se "modificó el trabajo de los tribunales y suprimió jurisprudencias que se formaron por años", pero era necesario transformar el marco de garantías que no simplemente consistió en el cambio de los complejos términos de "cuerpo de delito" por el de "tipo penal", sino que adopta criterios sistemáticos desde el momento en que se exige analizar todos los elementos del tipo penal y acreditar la probable responsabilidad, obligando con ello a la autoridad a romper con los vicios en que incurrió al acreditar figuras procesales que no responden a exigencias dogmáticas de nuestro tiempo.

En efecto, el citado artículo 19 Constitucional brinda ahora mayor seguridad jurídica al exigir al Ministerio Público y al Juez acreditar la existencia de un hecho delictuoso que, atendiendo a los contenidos que se le

43.- Poder Legislativo Federal, Cámara de Diputados. Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia. Doc. 067/LV/93. Dict. p. 3 y 16.

de al "tipo penal" y la "probable responsabilidad", permite analizar tanto las agravantes como las atenuantes que intervienen en su comisión.

También es de importancia destacar el plazo que se le concede al juez para valorar las pruebas resultantes de la averiguación previa (72 horas), plazo que corre en beneficio de la defensa del inculpado, ya que la propia iniciativa prevé el derecho que tiene de aportar pruebas, desde el momento de la indagatoria, ello trae como consecuencia que el inculpado esté en condiciones de combatir todas aquéllas circunstancias agravantes o atenuantes que el Ministerio Público hace alusión en el ejercicio de la acción penal.

2.3.- La reforma a la fracción primera del artículo 20.

Esta reforma salió publicada en el Diario Oficial de la Federación, en la misma fecha en que se reformaron los citados artículos 16 y 19, pero su entrada en vigor fue un año después, o sea, el 4 de septiembre de 1994; para tener claridad en los cambios y diferencias que sufrió el artículo 20, transcribo en forma paralela la redacción anterior y actual, destacando con negrillas los términos que se modificaron.

TEXTO ANTERIOR

Art. 20.- En todo juicio de orden criminal, tendrá el acusado las siguiente garantías:

1.- Inmediatamente que lo solicite, será puesto en libertad bajo caución que fijará el juzgador, **tomando en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho**

TEXTO ACTUAL.

Art. 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

1.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se **garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones**

delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena, cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad judicial, y otorgar otra caución bastante para asegurarlo, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años de salario mínimo general vigente en el lugar donde se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años de salario mínimo vigente en el lugar donde se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para el autor un beneficio económico o causa a la víctima daño o perjuicio patrimonial, la garantía cuando menos será tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados...

pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser accesibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso.

II.- No podrá ser obligado a declarar, queda prohibido y será sancionado por la ley penal, toda intimidación, incomunicación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos, sin asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III.-...

IV.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra...

El artículo 20 Constitucional contempla garantías que el Estado debe respetar a los inculpados en el procedimiento penal. La reforma propone, por una parte, sustituir el término "juicio de orden criminal", por el de "proceso de orden penal", al considerarse que la expresión clarifica la fase del

procedimiento penal que es competencia del juez; por otra parte el término "acusado" se sustituye por el de "inculpado". Se advierten también modificaciones interesantes en relación a la forma de obtener la libertad provisional, que de alguna manera tenían relación con las circunstancias calificativas.

Para entender los cambios de esta reforma tenemos que conocer su evolución histórica, y su relación con las agravantes o atenuantes; así observamos que la fracción primera del artículo 20 ha sufrido tres cambios después de su redacción original. El primer cambio fue el del 2 de diciembre de 1948, donde se aumentó la fianza a una caución hasta \$250,000.00 para obtener la libertad provisional, sin hacer referencia a la gravedad del delito; la segunda, que fue del 14 de enero de 1985, estableció que para obtener la libertad provisional debía además, tomarse en consideración las circunstancias personales y la gravedad del delito, incluyendo las modalidades, y que el delito tuviera una sanción, cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión.

Ya indicamos que en la redacción de la Constitución de 1917, al hacer referencia a la gravedad del delito, podría interpretarse no solo por la afectación del bien jurídico atendiendo al tipo básico, sino que comprendía todas aquellas circunstancias que influyeran en su comisión y que lo hicieran más o menos grave. En la redacción de 1985, nuevamente se hace referencia a la gravedad del delito y se especifica que deberán incluirse también las modalidades, las que, como señalamos en el capítulo primero, fueron entendidas como agravantes y atenuantes; por lo que, para obtener el derecho a la libertad provisional, se estudiaban las calificativas en cualquier momento y, si dicha redacción contemplaba las calificativas para los efectos

de obtener la libertad provisional, es porque influían en el quantum del delito agravándolo o atenuándolo. Por gravedad del delito debe entenderse no solamente a la afectación del bien jurídico que tutela el tipo básico, por ejemplo: la salud o la vida en los delitos de lesiones y homicidio, sino al delito en sí, que es el quantum por su forma de cometerse, que es donde juegan un papel importante las calificativas. Para tener mayor claridad, en el mundo de los hechos se advierte que en ocasiones primero se consume la calificativa y después el básico, por ejemplo: el robo en casa habitación, primero el delincuente se mete a la casa y después consume el robo; o primero ejerce violencia y después consume el robo; de ahí que las calificativas sean parte integrante de la conducta y, como consecuencia, se reflejen en la gravedad del delito.

En el punto que antecede hacíamos referencia a la interpretación judicial del artículo 19 Constitucional y mencionábamos que si éste artículo refiere acreditar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, en los términos de los artículos 122 y 168 de la ley procesal. Ahora, con las reformas de 1994, la redacción del artículo 20, fracción I, omite hacer referencia a las modalidades, seguramente para ser congruente con la reforma al artículo 19. Entonces, si el artículo 20 a raíz de la reforma de 1994 no hace referencia expresa a las modalidades, es porque la política criminal varió en ese sentido, y si niega el derecho a la libertad provisional para quienes cometen delitos considerados como graves es porque hay una mayor afectación al bien jurídico que se tutela.

De la interpretación histórica del artículo 20 podemos deducir que la jurisprudencia dictada en 1989, donde se consideraba a las calificativas como objeto de estudio hasta sentencia, deja de ser aplicable, ya que ésta se creó para definir el conflicto de criterios entre el primero y segundo Tribunal

Colegiado en relación con los artículos 19 y 20 constitucionales antes de las reformas; por lo que, al modificarse estos artículos la jurisprudencia deja de ser aplicable.

3.- Tratamiento de las calificativas por las instituciones que intervienen en el procedimiento.

3.1.- Criterio del Ministerio Público en el manejo de las calificativas.

La Constitución de 1917, en su artículo 21 define con mayor precisión la función del Ministerio Público, en relación con el Órgano jurisdiccional. Ahora, con las facultades que se le han ido atribuyendo, tiene una dinámica múltiple y adquiere una fisonomía distinta a la que tuvo en el siglo pasado.⁴⁴

Su fundamento, en el orden federal, lo encontramos en el artículo 102 de la Constitución, donde tiene como funciones la persecución, ante los tribunales de todos los delitos del orden federal; solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda la regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine, entre otras funciones; el Ministerio Público del orden común, en el

44.- Antes de promulgada la Constitución de 1917 el Ministerio Público no tenía bien definida su función en el procedimiento penal, regía el sistema inquisitivo que se caracterizaba porque el juez realizaba todas las funciones, investigaba, llevaba el procedimiento que en la mayoría de las ocasiones era oculto, sin llevar un orden lógico procesal, era oral, la confesión era la reina de las pruebas, etc., ahora marca la función que cada autoridad tiene y así en el artículo 21 estableció. "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía..."

Distrito Federal y Territorios, lo establecía en la base 5a. de la fracción VI del artículo 73, actualmente derivado de la fracción II artículo 122 Constitucional.

De acuerdo con la función específica encomendada al Ministerio Público y que se refleja en los artículos 2, 3, 4, 5, 16, 137, 138, 168, 291 a 297 y demás aplicables del Código Federal de Procedimientos Penales; artículos 2, 3, 3 bis, 4, 6, 7, 8, 9, 94 a 122 y 124, 315 a 321, 323 y demás aplicables del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es la de investigar, perseguir y acusar en el procedimiento penal. Derivado de esos lineamientos, podemos afirmar que al Ministerio Público corresponde practicar y ordenar las diligencias conducentes a comprobar los elementos del tipo penal y a demostrar la probable responsabilidad del inculpado.

Bajo esa normatividad, las funciones del Ministerio Público en el procedimiento penal la podemos dividir en dos etapas fundamentales: La primera donde actúa como autoridad en la investigación del delito desde que tiene conocimiento del mismo y, la segunda, en que actúa como parte ante el órgano jurisdiccional donde persiste en la persecución del delito. Ahora bien, es importante precisar cuáles son los criterios que ha seguido la institución del Ministerio Público en relación con las calificativas, las que deben de analizarse tanto en las resoluciones para el ejercicio de la acción penal (pliego de consignaciones) como en las conclusiones ante el juez.

En ese tenor y retomando las ideas expresadas en este capítulo, el Ministerio Público, antes de las reformas de 1993, tenía que verificar si existió "denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigara con pena corporal y apoyada con declaraciones de personas dignas de fe que hicieran probable la responsabilidad del inculpado"; ahora tiene que

“acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado”. En ambos casos dicha institución está obligada a investigar el hecho cometido, es decir, no solamente a investigar la existencia del tipo básico sino todas aquéllas circunstancias que influyeron en su comisión y que pueden alterar la intensidad del delito o atenuarlo, porque precisamente en el pliego de consignación es donde se especifica el delito cometido y bajo qué circunstancias se realizó el evento, fundamentándolo con los artículos correspondientes.

En éste primer momento podemos considerar que el Ministerio Público siempre señala tanto el tipo básico como todas aquéllas circunstancias (agravantes o atenuantes) que determinaron su comisión, por ejemplo, cuando consigna por el delito de ROBO CALIFICADO, invoca como fundamento los artículos 367, 369, 372, 381 bis (hipótesis de casa-habitación), 7 fracción I (instantáneo), 8 (doloso), 9 (el sujeto que conoció el delito quiso el resultado) y 13 fracción II (autor material) y sancionado por los artículos 370, fracción III, 373, 381 bis, párrafo inicial, y al motivar la consignación hace un relato de hechos donde incluye como parte de los mismos a las calificativas.

De acuerdo con lo anterior, se diría que desde siempre el Ministerio Público contempló las calificativas dentro del cuerpo del delito (ahora tipo penal), desde el momento en que en el pliego de consignación hacía mención al tipo básico y a las agravantes o atenuantes, pero no siempre mantuvo un criterio firme de aplicación, ya que antes de las reformas de 1993 esa institución no se inconformaba cuando el juez, al librar la orden de aprehensión o decretar la formal prisión del inculpado, no estudiara las calificativas, lo cual no resulta lógico ni técnico. Tal postura representa, a mi

juicio, la siguiente problemática: Si al librar la orden de aprehensión (artículo 16 constitucional) o definir la situación jurídica (artículo 19 constitucional) no se analizaban las calificativas por el juez, entonces éste no entendía el pedimento del Ministerio Público en su pliego de consignación. Es importante subrayar que tal criterio cambió en el fuero federal, después de las reformas de 1993 y 1994, derivado de los casos de mayor connotación a nivel nacional, donde el sujeto pasivo fue el candidato a la presidencia de la República don Luis Donald Colosio y el Secretario General del PRI José Francisco Ruiz Massieu, en los que la Procuraduría General de la República interpuso el recurso de apelación contra el auto de formal prisión que se decretó por homicidio simple, considerando que debió de haber sido por homicidio calificado, como lo planteó en su consignación.⁴⁵

En ambos casos, por separado, el Ministerio Público Federal en forma coincidente expresa como agravios los siguientes: **Que el juez fue incongruente en el dictado de su resolución que se impugna por esta vía, pues por un lado advierte que no es el caso de entrar al estudio de las calificativas hechas valer por el órgano persecutor porque son circunstancias que no pertenecen a la descripción legal del delito de homicidio (tipo Penal) sino que son circunstancias que conducen a aumentar la pena correspondiente del tipo básico...en respuesta el Ministerio Público refiere que no son circunstancias que no pertenezcan a la descripción legal del delito como lo afirma el A quo, sino al contrario, que por disposición del legislador en los multicitados artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de**

45.- Cfr. Agravios formulados por el Ministerio Público Federal en el caso de Luis Donald Colosio, toca 149/94-1, donde se decreta la formal prisión de Mario Aburto Martínez por el delito de Homicidio. En el caso de José Francisco Ruiz Massieu el Ministerio Público Federal interpone el recurso de apelación contra el auto de formal prisión dictado el 20 de octubre de 1993 por el delito de Homicidio simple contra Daniel Aguilar Trevillo en la causa 78/94.

Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sí pertenecen al tipo penal,. Consideramos que en una correcta interpretación y aplicación de la norma penal en el caso de los artículo 19 constitucional párrafo primero y segundo; 161 fracción II y III y 168 del Fuero Federal del Código de Procedimientos Penales, debe hacerse reconociendo que las circunstancias calificativas ya agravantes o atenuantes previstas en la ley, conciernen al ahora llamado tipo objetivo, por lo que ya es insostenible dejar de considerarlas en todo pliego de consignación, orden de aprehensión o auto de plazo constitucional.

Es importante destacar que la función del Ministerio Público en averiguación previa es determinante, ya que delimita el delito sobre el cual versará el procedimiento; sin olvidar que el artículo 16 Constitucional obliga a esa institución a acreditar los elementos del "tipo penal" para ejercitar la acción penal. De acuerdo con ello, el Ministerio Público debe acreditar los elementos del tipo penal y el contenido de la probable responsabilidad penal, con apoyo en lo establecido en los artículos 122 y 168 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal, respectivamente, en los que se determina cuáles son los elementos que integran el tipo penal y cuáles son las circunstancias que pueden incidir en el delito que son las agravantes o atenuantes. Por ello, el Ministerio Público considera que para ejercitar la acción penal debe basarse en el contenido del tipo penal, incluyendo dentro de éste a las calificativas; de no ser así se rompería con el principio *nullum crimen sine lege*.

En el segundo momento, cuando el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias, éstas tienen necesariamente que atender al auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso, que es el que fija la litis. La

problemática que se presenta en este período, es que si el juez no analizaba las calificativas en la orden de aprehensión ni en la formal prisión o sujeción a proceso y el Ministerio Público no se inconformaba, esa resolución debería quedar firme y, a pesar de ello el Ministerio Público en su acusación invocaba las calificativas para que se tomarán en consideración en la sentencia. Es importante destacar la confusión que reinaba en la institución del Ministerio Público para analizar las calificativas (en conclusiones), ya que lo hacían en la responsabilidad o después de acreditada ésta,⁴⁶ posturas que carecían de una sistemática para ubicar las calificativas porque en el caso de que su estudio se hiciera después de la responsabilidad, es que las contemplaban fuera del delito, porque el capítulo correspondiente posterior a la responsabilidad sería la punición.

Las reformas constitucionales de 1993 han traído como consecuencia dificultades para entender e interpretar los nuevos contenidos de la garantía constitucional que nos ocupa y de los artículos procesales que la reglamentan (168 y 122 de los Códigos Procesales), ya que, como veremos en los puntos siguientes, resultaba difícil desvincularse de los criterios tradicionales para analizar las calificativas, considerando que las reformas del artículo 19 constitucional no habían sufrido cambios sustanciales que modificaran dicho criterio. Por todo ello resulta seriamente cuestionable que el Ministerio Público, en particular el del fuero común, no mantenga una postura acorde a las facultades que le otorga la Constitución donde vigile el debido cumplimiento de lo dispuesto por la ley.

46.- Dichos comentarios obedecen por conocer a esa Institución como ha actuado en ese sentido por más de quince años.

3.2.- Postura del Organo Jurisdiccional.

3.2.1.- Criterio de la Suprema Corte de Justicia.

De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 49 y 94 de la Constitución, el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Se depositará el Poder Judicial de la Federación en la Suprema Corte de Justicia, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, en Juzgados de Distrito y en un Consejo de la Judicatura Federal. La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezca los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución, Leyes y Reglamentos Federales o Locales y Tratados Internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 178 y 179 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el alto Tribunal es competente para resolver la contradicción de tesis en materia penal y civil que se susciten entre los Tribunales Colegiados de Circuito, y tienen la facultad de resolver dicha controversia en los términos del artículo 197-A de la Ley de Amparo.

Nuestro Máximo Tribunal ha dictado dos resoluciones fundamentales en relación con la función que tienen las agravantes o atenuantes.

En la primera resolución, dictada atendiendo a la interpretación que se le dio a los artículos 19 y 20 constitucionales antes de las reformas de 1993, cuando todavía prevalecía el concepto de cuerpo del delito y

consideraba a las modalidades para los efectos de la libertad provisional reservándose el estudio de éstas hasta sentencia, se argumentó lo siguiente:

Auto de Formal Prisión.- No deben incluirse las modificativas o calificativas del delito en el texto; atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello todo juzgador al dictar un auto de formal prisión debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, sin analizar modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva. No es obstáculo a la conclusión anterior, lo preceptuado por el artículo 20 fracción I Constitucional, en el sentido de que al resolverse sobre la procedencia de la libertad provisional, deben tomarse en cuenta las calificativas o modificativas que para el delito materia del ejercicio de la acción penal, se invoquen por el Ministerio Público, ya que esta última disposición no se refiere en concreto al auto de formal prisión, sino a la hipótesis en que el acusado solicite y se le conceda. La libertad bajo caución, además de que al reformarse el último de los dispositivos legales citados, en los términos aludidos, no sufrió enmienda al artículo 19 de la Constitución General de la República.⁴⁷

Del contenido de esta resolución podemos desprender que el criterio que prevaleció al momento de dictarse dicha resolución es de

47.- Contradicción de tesis 5/88 entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 3 de Mayo de 1989. Mayoría de dos votos. Contra el voto de la Ministra Victoria Adato Green de Ibarra. Ponente. Samuel Alba Leyva. Primera Sala. Gaceta del Seminario Judicial de la Federación 8a. Epoca. No. 16-18 Tesis Jlla 4/89. p. 59.

considerar a las calificativas como aquéllas que estaban fuera del "cuerpo del delito" y de la "probable responsabilidad"; pero, por otra parte, se contradice al referir que dichas circunstancias serán motivo de prueba en el proceso penal y su análisis se hará hasta sentencia, lo cual rompe con el principio de defensa, por ello, era necesario que el órgano jurisdiccional fijará la litis del proceso incluyendo las calificativas, de lo contrario, no puede ser motivo de prueba (en el transcurso del proceso) lo que no se definió en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Como resultado de los nuevos contenidos que tienen los artículos 16 y 19 Constitucionales, los Tribunales tanto del orden federal como del común comenzaron a emitir resoluciones donde se fijaban posturas opuestas para resolver cómo se acreditaba el tipo penal y la probable responsabilidad; así, el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, al fallar el amparo en revisión 669/97, sostuvo que:

"la Suprema Corte de Justicia definió respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo y desde el punto de vista doctrinario los clasifican en tipos básicos especiales y complementados, que el delito de robo calificado con violencia moral es un tipo complementado, circunstanciado, subordinado, pues necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiendo una circunstancia en la especie que resulta ser el medio utilizado para llevar a cabo el delito, por lo que debe incluirse en el auto de formal prisión como parte integrante del tipo penal."

Por su parte el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, al resolver el amparo en revisión número 260/95, expresó:

"Si bien en el procedimiento penal al momento de dictar el auto de formal prisión no es dable al juzgador sentar las calificativas de los delitos, pues ello debe ser materia de prueba durante el procedimiento, si es posible que aprecie

tales circunstancias para resolver sobre el beneficio caucional, con independencia de lo que pudiera resolver al dictar sentencia.”

Al denunciarse la contradicción de tesis por el Presidente de la Primera Sala, se dictó la jurisprudencia 6/97 con el título “AUTO DE FORMAL PRISION. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES: AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBE INCLUIRSE LAS CALIFICATIVAS O MODIFICATIVAS DEL DELITO EN EL; QUEDO SUPERADO POR EL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, EL TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES”. Se plantea como argumento fundamental lo siguiente:

“que atendiendo al sentido y alcances del actual contenido de la parte conducente del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuales son según el delito de que se trate los elementos integrantes del tipo delictivo atribuido al inculpado, para determinar no sólo la figura básica, sino aquélla que se configure en el caso de que se trate, ya sea que refiere un tipo complementado, subordinado, cualificado, pues no debe perderse de vista que el auto de prisión preventiva surte el efecto de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso a un inculpado y por tanto deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos incluyendo en su caso las modificativas o calificativas”.⁴⁸

Esta tesis jurisprudencial que interpreta el contenido de las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales, parte no solamente como un rígido vigilante del orden constitucional, sino que obedece a la idea de

48.- Contradicción de tesis número 42/96 entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito dictando la tesis jurisprudencial 6/97 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 12 de febrero de 1997.

estructurar los contenidos del tipo penal y de la probable responsabilidad, que de alguna manera tiene soporte con las reformas procesales que definen con mayor claridad los contenidos de las figuras referidas. Además, esta postura interpretativa se guía por principios dogmáticos modernos, acordes a las exigencias de nuestra legislación.

3.2.2.- Postura de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Derivado de las reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales, los magistrados de los Tribunales Colegiados en Materia Penal y Unitarios del Primer Circuito, los jueces de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, los magistrados del Tribunal Unitario del Segundo Circuito, por medio de un boletín o estudio que circuló en el medio judicial, dieron a conocer algunos puntos de vista en torno a las reformas, teniendo relación con el tema de investigación lo siguiente:

"La actual redacción del artículo 19 Constitucional, en primer lugar establece la obligación de la autoridad judicial de resolver la situación jurídica del detenido dentro del término de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de su Juez, y en segundo lugar contempla exclusivamente requisitos esenciales para que se dicte un auto de formal prisión, como son que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal que se imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. Debe destacarse que la nueva redacción del precepto, elimina la mención de la comprobación del cuerpo del delito, por el acreditamiento de los elementos del tipo penal; asimismo, inutiliza las formas de comprobación específicas que regulan los Códigos de Procedimientos Penales, para estatuir en forma clara y precisa como presupuesto fundamental de todo auto de formal prisión que se acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido, lo cual significa que debe examinarse la descripción que del ilícito se haga en la legislación, para poderse determinar si el hecho que se atribuye al indiciado se adecua a la descripción típica y si también existen datos suficientes que hagan probable su

responsabilidad. La circunstancia de que el precepto actualmente no contemple los requisitos llamados de forma en su anterior redacción como son tiempo, lugar y circunstancias de ejecución del hecho delictuoso, no implica que actualmente todo auto de prisión preventiva no tenga que satisfacer tales circunstancias, porque el diverso artículo 16 de la Constitución Federal en su primera parte, obliga a los órganos del Estado a emitir sus determinaciones en forma fundada y motivada, lo cual revela que en todo auto de formal prisión el Juez debe precisar las razones, motivos y circunstancias que lo condujeron a dictarlo, que constituye propiamente la motivación.⁴⁹

Sobre el particular, resulta necesario hacer los siguientes comentarios: Advierto cierta obscuridad en el criterio sostenido por los citados Tribunales, al referir que "el hecho de que la nueva redacción no contemple requisitos de forma como son las circunstancias de tiempo, lugar y circunstancias de ejecución, no implica que actualmente el auto de formal prisión no tenga que satisfacer tales circunstancias".

Tal interpretación nos lleva a considerar que esas circunstancias de modo, tiempo, lugar y ejecución, que como ellos lo llaman de forma, sean circunstancias ajenas a la conducta típica, como pueden ser la hora, el día, la noche, en la calle, en el parque, etc.; luego entonces, quiero pensar que las circunstancias que sí agravan o atenúan el delito conocidas como calificativas, son circunstancias de fondo que deben ser motivo de estudio desde el ejercicio de la acción penal y también por el juez para librar la orden de aprehensión o sujeción a proceso, postura contraria a la que sostuvieron los tribunales federales; tan es así, que en los casos de la muerte del candidato a la Presidencia de la República Lic. Luis Donaldo Colosio y del Lic. José Francisco Ruiz Massieu, los juzgadores Primero de Distrito y Décimo Segundo

49.- Interpretación Judicial de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, pp. 34 a 38.

de Distrito, así como el Segundo Tribunal Unitario del Segundo Circuito, este último en materia de apelación respecto al primero, resolvieron que las agravantes deben ser motivo de estudio en sentencia. Para ello, me permito transcribir los antecedentes y argumentos que invoca este último Tribunal con fecha 26 de marzo y 1o. de abril de mil novecientos noventa y cuatro a la formal prisión contra Mario Aburto Martínez como probable responsable del delito de homicidio doloso y sujeción a proceso por el delito de portación de arma de fuego sin licencia. Así como la formal prisión contra Tranquilino Sánchez Venegas por su probable responsabilidad en la comisión del delito de homicidio doloso en grado de participación auxilio o ayuda. El argumento toral del tribunal unitario fue el siguiente:

“... A los elementos del tipo, sin duda alguna comprende a los tipos básicos, especiales y complementarios, y por lo que el delito de Homicidio con premeditación, alevosía y ventaja, es un tipo complementario, pues al básico se le incorporan esas figuras jurídicas, que quedan comprendidos con los elementos del tipo, diverso esto al tipo de Homicidio Simple Intencional, además de que cada uno de ellos tiene distinta pena” “...que al añadirse una circunstancia, esto no origina que se trate de un delito autónomo...”. De ahí, que si el Juez de primera instancia, en las resoluciones que se recurren, al referirse a las calificativas del delito en cuestión y estimar que las mismas deberán ser objeto de valoración en la sentencia definitiva, actúa conforme a derecho, pues no hizo más que aplicar el artículo 19 Constitucional, el cual previene que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos precisados en el auto de formal prisión, en el que se deberá realizar el estudio de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado; pues estimar lo contrario equivaldría a prejuzgar sobre el grado de responsabilidad del inculpado, lo que corresponde a la sentencia definitiva al individualizar la pena” “...Es infundada la pretensión de la Institución recurrente de incorporar desde el inicio del proceso el delito calificado por las agravantes, en razón de que los mismos deben ser motivo de acusación, al

formular sus respectivas conclusiones y que serán materia de la sentencia” “... El tipo de Homicidio fundamental o básico, no requiere para su integración de circunstancias modificativas o calificativas, pues éstas surgen únicamente para fines de punibilidad, es decir para aumentar o agravar la sanción privativa de libertad...” En tales condiciones, al observar inexacta aplicación de la ley violación alguna de la valoración de la prueba o alteración de los hechos en perjuicio de los recurrentes, se procede confirmar las resoluciones impugnadas”.

De la lectura de dicha fundamentación no se desprende claridad en las ideas, ya que se afirma que “las calificativas deben ser motivo de análisis en la sentencia, de no ser así equivaldría a prejuzgar sobre el grado de responsabilidad del inculpado”, dejando a un lado la interpretación dogmática de las reformas y como consecuencia la garantía de defensa del inculpado.

Posteriormente refiere que “las circunstancias modificativas o calificativas surgen únicamente para los fines de la punibilidad”, es decir, las calificativas las consideran como circunstancias que están fuera del delito y su efecto es solamente para agravar o atenuar la pena; criterio que es semejante a la establecida antes de las reformas por la Suprema Corte en la citada jurisprudencia 4/89, donde las agravantes y atenuantes se analizaban en la sentencia y sus efectos también eran para agravar o atenuar la pena; en consecuencia para los tribunales colegiados no hay distinción en la forma de interpretar los artículos constitucionales que tienen relación con las calificativas; tan es así, que con relativa frecuencia los Tribunales Colegiados en su carácter de autoridad superior al resolver el juicio de amparo han modificado las resoluciones de la Novena Sala del Tribunal Superior de Justicia (quien a partir de julio de 1995 por unanimidad resuelve que las

calificativas son motivo de estudio en el tipo penal), concluyendo los Tribunales Colegiados que las calificativas no son motivo de estudio a nivel de auto de plazo.⁵⁰ A continuación me permito transcribir una de las múltiples resoluciones que se recibieron en ese sentido, argumentando en esencia que:

Por razones de tiempo, esta resolución inicial (referente al artículo 19 Constitucional), no permite un exhaustivo análisis de todas las circunstancias que rodean al evento y al delincuente para resolver sobre ellas, tales como la edad, la instrucción, situación económica, formas modificativas, agravantes del delito o bien atenuantes, pues lo que en sí requiere el auto en análisis, es un estudio jurídico inicial que permita señalar la existencia de ciertos datos que la ley considera como integrantes del delito y que esa conducta presumible, le sea atribuida al justiciable. Que en relación a la fracción III párrafo segundo inciso e), relativas a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ejecución, no pueden constituir nueva interpretación por la reforma, pues eran estos requisitos exigidos por el artículo 19 Constitucional, antes de suprirlo y por lo mismo con una lógica elemental, no puede modificar la jurisprudencia que invoca el Juez".⁵¹

Como criterio más cuestionable y derivado de apelación del Ministerio Público Federal, el Tribunal Unitario resolvió en el sentido de que las calificativas no deben ser motivo de estudio al dictar la orden de aprehensión, argumentando que el artículo 16 Constitucional no exige que se analicen las calificativas, sino sólo los elementos del tipo básico.⁵² Criterio que impide interpretar en forma sistemática de las reformas constitucionales, al

50.- Con la aclaración de que esta postura la sostuvieron los Tribunales Colegiados hasta que se dictó la tesis jurisprudencial 6/97 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 12 de febrero de 1997.

51.- Toca Penal R.P 356/95-89 Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito

52.- Resolución 12 Oct. 1995. Toca Penal 176/95-111-A Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito

mantener un criterio obsoleto que no responde a la lógica jurídica más elemental, ya que el hecho consignado por el Ministerio Público no es un hecho aislado de las circunstancias calificativas; de aceptar lo contrario dejaría sin materia el ejercicio de la acción penal, ya que no se puede librar una orden de aprehensión si no se fundamenta y motiva la misma donde se describa el hecho y el delito cometido, porque ello va a dar lugar a fijar la litis en el proceso.

Es de justicia mencionar que el magistrado Juan Silva Meza, del Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito, ha sostenido un criterio contrario a la mayoría de los Tribunales de Justicia Federal, al referir que:

“A partir de las reformas introducidas a los citados artículos constitucionales, que entraron en vigor el ocho de septiembre de 1993 y primero de febrero de 1994 respectivamente, es obligación legal y constitucional de todo juzgador establecer cuales son en su integridad los elementos integrantes del tipo delictivo atribuido al inculpado, tomando como base, desde luego, la teoría del delito para precisar, no sólo la figura delictiva básica sino aquella que resulte aplicable al caso de que se trate...no puede perderse de vista que el auto de término constitucional surte el efecto de establecer con precisión por qué delito habrá de seguirse proceso a un indiciado y cuáles son los elementos constitutivos del mismo, de lo que resulta incuestionable que las calificativas o modificativas constituyen elementos del tipo... por lo que no resulta aplicable ni formal ni materialmente la jurisprudencia invocada por el A quo bajo el rubro “AUTO DE FORMAL PRISION NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS EN EL DELITO”⁵³

53.- Resolución del 9 de Enero de 1995. Toca No. 264/94. contra el auto de formal prisión dictado a Daniel Aguilar Treviño o Héctor Reséndiz o José Roberto Ortega, por considerarlos probables responsables del delito de Homicidio y otro delito. Dictada por el Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito p. 51

De las resoluciones aludidas dictadas por los Tribunales Colegiados se advierten los siguientes criterios de interpretación.

a) El primer criterio sostenido por la Corte y Tribunales Federales, antes de las reformas de 1993, determinó que al dictar el auto de formal prisión debe limitarse al estudio del cuerpo del delito y probable responsabilidad del inculgado sin analizar modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que éstos extremos deben ser objeto de proceso y de la sentencia.

b) El segundo criterio, derivado de las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales, donde en forma semejante los Tribunales Federales establecen que los tipos penales no requieren para su integración de circunstancias modificativas o calificativas, pues surgen únicamente para los fines de la punibilidad.

c) El tercer criterio, que surge también de las reformas a los artículos constitucionales aludidos, sostiene que en el momento de fijar la litis es donde se deben de incluir las calificativas.

Estos tres criterios de interpretación en torno a las calificativas son los que han regido en éstos tres últimos lustros, los cuales merecen como comentarios adicionales los siguientes:

El primer criterio plantea contenidos muy limitados de las figuras cuerpo del delito y probable responsabilidad, siendo que la primer figura se consideraba en forma objetiva o material y totalmente impersonal, carente del elemento subjetivo, por lo tanto las calificativas eran motivo de estudio hasta

sentencia, pero ello no respondía a la doctrina que comenzaba a determinar que el cuerpo del delito era equivalente al tipo penal y que éste comprendía de elementos objetivos y subjetivos incluyendo dentro de ambos a las calificativas.

El segundo criterio que sostienen los Tribunales no responde al espíritu que llamó al legislador para realizar la citadas reformas,⁵⁴ donde pretende renovar el marco jurídico ajustándolo a la realidad en que vive nuestra sociedad, brindando con el cambio de términos, mayor claridad y seguridad jurídica para los gobernados; sin dejar de precisar que este criterio transgrede el principio de jerarquía de normas, ya que al momento en que surge una nueva ley que modifica sustancialmente el concepto, la jurisprudencia que interpretaba la redacción anterior deja de tener vigencia.

El tercer criterio es el que considero se ajusta más a una interpretación dogmática para ubicar en forma sistemática las calificativas dentro de la estructura del delito.

4.- Resumen.

Para comprender el contenido que le ha dado la Constitución a las calificativas, es imperativo retomar el origen histórico de éstas en nuestra legislación en conjugación con la postura de la doctrina en el devenir de éste siglo. Las resoluciones judiciales reflejan criterios que en algunas ocasiones provocan confusión respecto de los contenidos de las figuras cuerpo del delito (ahora tipo penal y responsabilidad). Es evidente que el legislador, al realizar

54.- Cfr. Doc. 067/LV/93DICT. Comisión Unida de Gobernación y Puntos Constitucionales de Justicia

las reformas a los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, tuvo como fin no solamente el cambiar simples términos sino que éstos tuvieran contenidos que respondieran a criterios tanto dogmáticos como político criminales más adecuados.

Es entendible que el concepto y contenido de cuerpo de delito y probable responsabilidad que se manejó por más de un siglo, al reformarse éstos por otra figura más clara provoque (en un sector de los funcionarios que intervienen en la procuración y administración de justicia) rechazo. También es entendible que el poder interpretar los contenidos de una reforma nos lleve algún tiempo; de ahí que surja el temor al cambio, pero en un Estado democrático de derecho, donde la seguridad jurídica juega un papel fundamental para todo gobernado, se requiere de los cambios necesarios para dar cumplimiento cabal a las disposiciones legales que pretenden regular con armonía la vida en sociedad; es por ello que las reformas aludidas si bien como lo señala el maestro Sergio García Ramírez borra por completo bibliotecas enteras, también permite renovar en forma más científica los contenidos de figuras básicas que regulan el procedimiento penal.

La redacción actual de los artículos 16, 19 y 20 Constitucionales y los correspondientes a la ley reglamentaria son de observancia obligatoria, de lo contrario se corre el riesgo de violar la garantía de defensa y el principio *nullum crimen sine lege*.

**CAPITULO
V**

**ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LAS CALIFICATIVAS
SEGÚN LA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL**

U.N.A.M

FACULTAD DE DERECHO

CAPITULO QUINTO.

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LAS CALIFICATIVAS SEGÚN LA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL.

Hacer el análisis sistemático de las calificativas implica, por una parte, considerarlas dentro de un sistema y, por otra, determinar su ubicación sistemática en la estructura del delito. El sistema es el que se ha construido en torno al delito, a partir del análisis ordenado y lógico de los propios contenidos de la ley. De ese análisis se han determinado los elementos que estructuran el concepto de delito que, según la opinión dominante en la doctrina, son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, asignándole a cada uno de ellos un determinado concepto y contenido. Se trata de conceptos y contenidos de carácter eminentemente sustantivo o material, pero que tienen una vinculación muy estrecha con ciertos conceptos y contenidos procesales, que son los que permiten que aquellos se concreten. De ahí que el análisis comprenderá el tratamiento de ambas categorías.

1.- Los elementos del tipo y la responsabilidad.

Mientras que en el derecho penal sustantivo se manejan los conceptos de **tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad**, en el ámbito del derecho procesal, particularmente del derecho procesal mexicano, se utilizan ahora las categorías de **tipo penal y responsabilidad**, con funciones específicas, como se desprende de la propia previsión constitucional.

Ahora bien, el problema de las calificativas tiene que ver tanto con los conceptos y contenidos sustantivos o materiales como con los procesales, pero sobre todo con el concepto de tipo y de culpabilidad (o responsabilidad); es por ello que resulta necesario desarrollar el contenido conceptual de cada uno de ellos para comprender y tratar ordenadamente el tema de las calificativas.

1.1.- Concepto y estructura del tipo penal.

El vocablo tipo, que proviene del latín "tipus", según Jiménez Huerta, significa "símbolo representativo de una cosa, figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia".¹

"La descripción de estos comportamientos que hace el estado por medio del legislador, es lo que se ha denominado como tipo penal. los alemanes la han llamado tatbestand que significa "supuesto de hecho"; los Italianos Fattispecie legale".²

1.- Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano. Tomo I.** Quinta Edición. Editorial Porrúa. p. 27, Definición que también se extrae del diccionario para Juristas de Juan Palomar de Miguel. Mayo Ediciones. p. 1326.

2.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal Parte General.** op cit. p. 379.

Para hablar de los contenidos del tipo penal, es preciso considerar su desarrollo histórico, lo que haré dando sólo un panorama restringido y esencial de su evolución doctrinaria, ya que no hacerlo nos limitaría la posibilidad de demarcar los momentos de su transformación y contenido. Habría que resaltar, sobre todo, la concepción de tipo según el sistema causalista, así como la del sistema finalista, que son las que han tenido mayor impacto tanto en la dogmática penal como en el derecho penal contemporáneos. Lo anterior, con el fin de definir cuál de dichos sistemas es el que, en virtud de su mayor sustento teórico, puede servirnos para una más adecuada interpretación de los contenidos de nuestra legislación penal por lo que hace a las calificativas.

Para hacer el estudio del tipo, lo dividiremos en 4 etapas fundamentales, siguiendo a Reyes Echandia: "En la primera, que surge antes de la Revolución liberal en los albores del siglo XVIII, el arbitrio judicial era tan amplio que cualquier comportamiento considerado lesivo al interés humano, a juicio del juzgador, era susceptible de sanción. La inseguridad jurídica que existía creó reacciones en juristas y pensadores liberales en normativizar ciertas conductas".³ Quien introduce al mundo del derecho penal los términos "tipo" y "tipicidad" fue Beling, quien le dio la base lógica a lo que es la teoría moderna del delito. Según este autor, "solo ciertos modos de conducta antijurídica (los típicos), son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública, el legislador tiene la facultad de construir los tipos e imponer las penas".⁴ El "Tatbestand" de Beling nace como algo abstracto y objetivo, lo primero no pertenece a la vida real sino a la ley y lo segundo se

3.- Reyes Echandia, Alfonso. **Tipicidad**. op. cit. p. 2.

4.- Beling, von Ernst. **Esquema del Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo**. Alemania. Traducción de Sebastián Soler. Editorial Depalma. Buenos Aires Argentina, 1994. p. 37.

agota en la descripción formal de la conducta.⁵ En este período al tipo penal lo estructuran únicamente con elementos objetivos descriptivos, carece de todo elemento moral o subjetivo.

La segunda etapa surge con Max Ernst Mayer, quien dice que "la tipicidad está ligada a un vínculo indiciario de antijuridicidad; es decir, su función no es simplemente descriptiva sino reveladora de una contrariedad entre la conducta y las normas de la cultura, legalmente reconocidas".⁶ En este período surgen importantes aportaciones de Mayer y Hegler, quienes advierten que hay tipos penales que tienen elementos subjetivos.

En la tercera etapa, Edmund Mezger quien a diferencia de Mayer sitúa la tipicidad dentro de la antijuridicidad, afirmando que la tipicidad es la ratio essendi de la antijuridicidad y no un mero indicio; además, crea la teoría de los elementos subjetivos del injusto,⁷ que no es otra cosa que los elementos subjetivos del tipo. En esta etapa se sigue manteniendo la idea de que todo elemento objetivo pertenece al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, aunque excepcionalmente ya se admitían elementos subjetivos tanto en el tipo como en la antijuridicidad.

Cuarta etapa se caracteriza por las aportaciones de Graf Zu Dohna y von Weber, quienes incluyen el dolo y la culpa en el tipo penal. Esta etapa culmina esencialmente con la inclusión del dolo en el tipo que

5.- Cfr. Reyes Echandia, Alfonso. op. cit. p. 3.

6.- Mayer, Max Ernst. Alemania. Parte General. Derecho Penal, citado por Jiménez de Asúa en el **Tratado de Derecho Penal. Tomo III**, número 1188. p. 774 y 775.

7.- Cfr. Mezger, Edmund. **Derecho Penal. Parte General. Alemania**. Traducida por el doctor Conrado A. Finzi de la Universidad de Córdoba. Editorial Biográfica Argentina. Quinta Edición. 1954. pp. 135, 143 y 144.

desarrolla con mayor lógica la teoría final de la acción de Welzel.⁸ De acuerdo al contenido que en esta última etapa se le da al tipo penal y a la culpabilidad, es como el elemento subjetivo pasa a formar parte del tipo. La culpabilidad se estructura con un contenido diferente, por lo que con el sistema finalista se plantea otra concepción de la teoría del delito y, por tanto, de la teoría del tipo penal; lo que también permitió mayor claridad sobre la ubicación sistemática que corresponde a las calificativas.

Pero antes de entrar al análisis de las calificativas, y atendiendo a ese devenir histórico, procedemos primeramente a definir lo que es el "tipo penal" y determinar su estructura.

a) Aunque no hay una definición unívoca de lo que es el tipo penal,⁹ la que considero recoge las aportaciones de todas ellas y con

8.- Cfr. Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán. Alemania. Parte General.** 11a. Edición. Editorial Jurídica de Chile. p. 53 a 60.

9.- Así, por ejemplo: López Betancourt, Eduardo. **Teoría del Delito.** Editorial Porrúa. México, 1994. p. 116. Menciona que "tipo penal es la descripción hecha por el legislador, de una conducta antijurídica, plasmada en una ley"; Marquez Piñero, Rafael. **El Tipo Penal** algunas consideraciones en torno al mismo op cit. p. 198, al citar a Olga Islas refiere que "el tipo legal es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos, ese contenido es reductible, mediante el análisis, a unidades-jurídicas denominadas elementos"; Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano. Tomo I.** op. cit. p. 32, nos dice que "el concepto de tipo nos ministra las bases jurídicas substanciales y formales sobre las que descansa el delito, en primer lugar, concretiza la antijuridicidad, creación que dinámicamente realiza el legislador durante el proceso formativo de la ley y estadísticamente queda en ella plasmada como prevención general"; Olga Islas y Ramírez Hernández, Elpidio. **El delito en el Derecho de Procedimientos Penales.** op. cit. p. 61, refiere que "el tipo típico es una figura descrita por el legislador, por ende un concepto de derecho positivo"; Colín Sánchez, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.** México. Octava Edición. Editorial Porrúa. p. 275. dice que "tipo se refiere a una conducta previamente considerada antijurídica por el legislador"; Porte Petit, Celestino.- Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. México. p. 37, dice que "tipo penal es una creación del legislador"; y Villalobos, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano. Parte General.** México. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. p. 267. Define al tipo como "una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales de la conducta que se describe". Me permito también señalar la opinión de autores extranjeros como: Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Alemania.** Traducción de Juan Córdoba Roda. Ediciones Ariel Barcelona 1962. p. 267. dice que "tipo es la terminante

lenguaje sencillo, con la cual coincido, es la definición de Raúl Zaffaroni; que dice: "Tipo Penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas). Tipo: Es la fórmula que pertenece a la ley"¹⁰, es decir, es la fórmula legal que dice, por ejemplo: "el que prive de la vida a otro" (Artículo 302).

b).- Ahora bien, en relación a la estructura del tipo penal, como señalábamos, un sector de la doctrina penal mexicana¹¹ acepta que en la estructura del tipo penal se compone de elementos objetivos, algunos normativos y elementos subjetivos. De ahí que se pueden distinguir los elementos objetivos descriptivos y los elementos objetivos normativos; por lo que hace a los elementos subjetivos, destacan el dolo y la culpa,¹² pero también hay tipos que, además tienen especiales elementos subjetivos en el autor, como son los ánimos, propósitos, deseos e intenciones, a que

descripción de una determinada conducta humana antijurídica"; En ese sentido Reyes, Alfonso en su obra tipicidad. op cit. p. 7, al definir el tipo penal lo hace como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible; Bacigalupo, Enrique en su obra de **Derecho Penal, Parte General**. Editorial Temis 1969. p. 80, también refiere que el tipo penal es un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido, en otras palabras es la descripción de la conducta prohibida por la norma, entre otros.

10.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. Sexta Edición. Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Argentina Buenos Aires. p. 371.

11.- Ver capítulo cuarto punto 1.1.2.1.

12.- Ver sobre ello a Moreno Hernández, Moisés. **La Responsabilidad Penal**. México. Conferencia presentada en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en 1993, p. 10; López Betancourt, Eduardo. op cit. p. 117; Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. op cit. p. 345-346.; Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**. Tomo I. op. cit. p. 73 a 89; Villalobos, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano Parte General**. op. cit. p. 278. entre otros.

inicialmente se refería Mayer y Hegler y que después desarrolla Mezger y que decía que se encontraban en el alma del autor.¹³

Es importante demarcar, que hay quienes consideran que los elementos objetivos y subjetivos no son autónomos, en virtud de que no se puede escindir uno del otro, como lo refiere David Baigúin al expresar que esa vinculación de los elementos objetivos y subjetivos parte del mundo filosófico.¹⁴ Tradicionalmente, se entendía el elemento objetivo, como la objetivación de la voluntad en hecho externo que comprendía simples descripciones que se dan frente a cosas y sucesos externos perceptibles por los sentidos, como pueden ser, "edificio", "matar", "animal", "incendiar", etc., o todos los factores, datos, o acontecimientos referidos al objeto, es decir, de los que queden fuera del ámbito del sujeto. Ejemplo: en la lesión física, lo objetivo es el golpe que recibe el pasivo, o el arma en si. Ahora, ese elemento objetivo se encuentra íntimamente ligado con el subjetivo, ya que sin éste es difícil que pueda existir el primer elemento.

13.- Cfr. Mezger, Edmund. **Derecho Penal Parte General**. Alemania. Cárdenas Editores y Distribuidor, 1957. p. 135-146.

14.- Baigúin, David. op. cit. p. 14. "La relación subjetiva-objetiva, es una contraposición gnoseológica; se da en cualquier proceso de cognición en el marco de la correspondencia sujeto-mundo circundante, en ese sentido, lo subjetivo adquiere una significación dual: por una parte, es todo aquello de que es titular el sujeto porque no hay sensaciones, pensamientos, percepciones que no pertenezcan a alguien. El otro significado, es la existencia de una adecuación del fenómeno psíquico del ser visto, este último en su condición del objeto. Ello nos llevaría a afirmar que lo subjetivo supone, coetáneamente, lo objetivo, es decir, todo lo que el sujeto conoce, todo lo que está fuera de su conciencia analizado desde su propio ángulo personal. Por ello, lo subjetivo y lo objetivo es una relación inextinguible un proceso permanente de interacción reciproca. Esta relación no es estática, sino que se pueden dar cambios de un movimiento de carácter dialéctico que hace que el fenómeno psíquico del sujeto cognoscente no sea imagen idéntica, espectacular, del objeto exterior, sino un reflejo de la naturaleza análoga, semejante subordinado a la viabilidad lógica de todo proceso complejo, como la defensa putativa". "Es indudable porque toda conducta personalmente relevante, va precedida de un fenómeno psíquico y este fenómeno tiene como dueño a un determinado sujeto, luego entonces, es determinante la investigación cognoscitiva del autor, donde se toma en cuenta no sólo las sensaciones, percepciones y el resultado objetivo de ese mecanismo nexo subjetivo-objetivo en su primer significado, sino también el grado creciente o decreciente de adecuación de esas sensaciones y percepciones, es a los estímulos externos su mayor o menor similitud, vínculo subjetivo-objetivo".

Ahora bien, retomando el elemento objetivo, Beling, al hacer referencia al tipo penal, decía que este tenía elementos meramente objetivos y refiere que el legislador para tipificar una conducta utiliza toda clase de elementos, pero toda expresión jurídica al final despliega una función descriptiva. En ese sentido, Mezger coincide al referir que "la descripción se da tanto a cosas y sucesos externos, perceptibles por los sentidos, como frente a procesos y estados psíquicos".¹⁵ Al respecto Mariano Jiménez Huerta, con mayor claridad al hablar del tipo penal, refiere que: "es de naturaleza eminentemente descriptivo. Porque describe por lo general, estados o procesos de naturaleza externa, susceptibles de ser determinados espacial o temporalmente por medio de los sentidos, y por medio de una actitud del conocimiento, y que pueden ser por medio de la vista, tacto, oído, gusto y olfato; por lo tanto, al momento en que se hace la descripción típica, los sentidos se van representando de acuerdo a la figura a que se refiere la norma, de ahí que un número de tipos sean meramente descriptivos",¹⁶ postura que es avalada por algunos otros tratadistas.¹⁷

Al respecto, considero que es evidente esa vinculación de lo objetivo y descriptivo, ya que si bien el elemento objetivo se traduce en un movimiento corporal y un resultado tangible, o pone en peligro el bien jurídico,

15.- Mezger. **Derecho Penal Parte General**. op. cit. p. 148. Indica dentro de los elementos descriptivos del tipo, ubica a los elementos típicos objetivos y subjetivos como parte de la descripción del tipo penal.

16.- Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano. Tomo I**. op. cit. p. 74.

17.- Jescheck en su obra de **Tratado derecho Penal. Parte General. Tomo II**. p. 365 al hablar de los elementos descriptivos del tipo refiere que son conceptos formados en el lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real. Son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como descriptivos, aunque la precisión de su exacto contenido requiere la referencia de una norma y manifieste así un grado de contenido jurídico. Los elementos descriptivos designan objetos del mundo exterior, aprehensibles por los sentidos, por ejemplo edificio, local cerrado, recipiente, etc." Maurach en su obra **Tratado de Derecho Penal**. p. 283, dice que para reducir a un mínimo tolerable los factores de inseguridad, es por ello que el estado de derecho refiere la redacción de sus tipos por medio del elemento descriptivo, entre otros.

también lo es que es perceptible por medio de los sentidos y se percibe a través del conocimiento; por ello, todos los tipos penales, tienen elementos objetivos descriptivos, porque independientemente de que describen la conducta penalmente prohibida, lleva aparejada una acción u omisión que se traduce a un resultado o una puesta en peligro de un bien jurídico; por lo tanto, derivado del resultado se advierte el objeto material que es visible y tangible.

En relación al elemento normativo sabemos que quien inicia su estudio es Mayer en 1915, y Mezger desarrolla la teoría al referir "que hay tipos penales que no sólo contienen elementos descriptivos, sino también elementos típicos normativos, donde no puede el juez atender a simples descripciones que la ley hace, sino que debe realizar un juicio interior relacionado con la situación de hecho, de acuerdo con el campo a que corresponde esta apreciación, se distinguen: elementos típicos de juicio cognitivo y elementos típicos de juicio valorativo",¹⁸ es decir, elementos para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración cultural o jurídica. Aquí ya no se trata de una simple descripción de situaciones y sucesos externos a los que el legislador podría atenerse sin más, sino de determinaciones que requieren de parte del mismo juez una valoración y un juicio más circunstancial de acuerdo a su propio criterio, y otros principios como pueden ser la costumbre, la convivencia, las normas que rigen normalmente el tratado de las personas, etc., que en conjunto podríamos resumirlas a una valoración cultural, pero hay otras que requieren del auxilio de la propia norma para poder entender debidamente el tipo penal, es decir, se presentan tipos penales que por los términos que utiliza provocan el auxilio de la ley para entender su significado. Postura que de alguna manera ha sido

18.- Mezger Edmund. op. cit. p. 147

apoyada por un gran número de tratadistas.¹⁹ Cuando se habla de elementos normativos de valoración cultural, es el juez que bajo ciertos principios de orden cultural que se reflejan en el tiempo y espacio valoran algunos aspectos que se encuentran inmersos en el tipo, como puede ser la castidad y honestidad, cuando existía el delito de estupro. En cuanto a los elementos de valoración jurídica, de la misma manera el juez se apoya en normas plasmadas por la ley, en la doctrina y jurisprudencia que permiten tener claridad en esos conceptos normativos y que obligan al juez a aplicarlos, tal es el caso de los términos "funcionario público", "corporación policíaca" "ajeneidad", "sin derecho", etc.

Respecto al elemento subjetivo del tipo penal, podemos decir, que el precursor de la doctrina de los elementos objetivos, es Francesco Carrara, cuando al hablar del objeto del delito refiere que "se debe ver en la ley violada y deducirlo del fin de la gente".²⁰ Es importante distinguir que a fines del siglo pasado y a principios de este, el concepto que se tenía de delito era muy reducido; no olvidemos que Frank von Liszt, consideraba el injusto como objetivo (conducta antijurídica y culpable), observando lo subjetivo (dolo o culpa) en la culpabilidad, posteriormente vienen las aportaciones de Beling con el concepto de tipo y tipicidad, pero sigue manejando el elemento subjetivo en la culpabilidad, postura que es apoyada por Radbruchs. En 1911 "Hans Albrecht Frischer, reconoció la necesidad de distinguir entre injusto y culpabilidad, admitiendo que ante la antijuricidad objetiva, pueden darse

19.- Veáse por ejemplo a Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**. Tomo I. op. cit. p. 73-77; Porte Petit, Eugenio. **Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal**. op. cit. p.345; Jeseheck. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. op. cit. p 365; Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. Tomo III. op. cit. p. 188; Reyes, Alfonso. **Tipicidad**. op. cit. p. 52; y Maurach Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. op. cit.p. 283 y siguientes, entre otros.

20.- Carrara, Francesco. **Programa de Derecho Penal. Parte General Vol. I**. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 1977 no. 152 y 153 p. 120,

elementos subjetivos".²¹ Como señalábamos fue August Hegler y M. Mayer, quienes refieren en forma indirecta sobre los elementos subjetivos del tipo al sostener que en muchos casos los elementos subjetivos contribuyen a fundar la antijuricidad y Mezger como el creador de los elementos subjetivos del injusto; desarrollo histórico del cual coincide un gran número de tratadistas.²² Como se señalaba Dohna y Weber plantearon un concepto complejo de tipo con aspectos objetivos y subjetivos y Welzel con precisión ubica el dolo y la culpa en el tipo penal, al referir, "toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se requiere -el momento intelectual y por la decisión al respecto de querer realizarlo- el momento volitivo. Ambos momentos conjuntamente como factores configuradores de la acción típica real, forman el dolo del tipo".²³ Postura con la cual coinciden un gran número de autores contemporáneos.²⁴

Ahora bien, del desarrollo que ha tenido el tipo penal, bajo las aportaciones de los diferentes sistemas que lo han tratado (causalista, finalista y lógica matemática), el que mejor responde a un concepto de tipo rector que cumple con los contenidos de la legislación procesal, es el sistema finalista que estructura el "tipo penal" con elementos objetivos descriptivos, cuando el tipo lo requiere de elementos normativos y elementos subjetivos.

Una vez definido lo que es el tipo penal y la forma en que este se estructura, podemos analizar como la propia ley lo concibe; así, los

21.- Citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal.** op. cit. p. 330.

22.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** op. cit. p.423; Bacigalupo Enrique. **Manual de Derecho Penal.** op. cit. p. 114; Jescheck. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II.** op. cit. p. 434, entre otros.

23.- Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán. Parte General.** op. cit. p. 96.

24.- Jescheck. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II.** p. 334; Maurach. **Tratado de Derecho Penal. Tomo I.** p. 302; Bacigalupo. **Manual de Derecho Penal.** op. cit. p. 303, Muñoz Conde. **Teoría General del Delito.** op. cit. p. 55, entre otros.

artículos 168 y 122 de los Códigos de Procedimientos Penales, federal y distrital respectivamente, describen en sus párrafo primero y segundo lo que son los elementos del tipo penal, al establecer:

“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 penal; 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 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;**
- III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.**

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades en el sujeto activo y pasivo; b) el resultado y su atribuidad 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

De tal descripción podemos deducir que los elementos objetivos del tipo penal son:

- 1.- La existencia de la acción u omisión y de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado;
- 2.- La forma de intervención de los sujetos,

Cuando el tipo lo requiera:

- 3.- La calidad de los sujetos activo y pasivo;
- 4.- El resultado y su atribuidad a la acción u omisión;
- 5.- El objeto material;
- 6.- Los medios utilizados;
- 7.- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, y

8.- Las demás circunstancias que la ley prevea.

Es importante distinguir que no todos los autores coinciden en cuanto a cuáles son los elementos objetivos del tipo, ya que algunos son más rígidos que otros en su conformación, por ejemplo, hay autores como Reinhart Maurach, y Enrique Bacigalupo que consideran como parte del delito objetivo, la acción, el resultado y el nexo causal;²⁵ otros agregan a los elementos indicados, el autor, el sujeto activo o pasivo; el objeto material; las referencias de tiempo, lugar ocasión y modo y otras circunstancias, tales como Hans Welzel, Raúl Zaffaroni, Juan Bustos Ramírez, Muñoz Conde y Jescheck.²⁶

Los elementos subjetivos, en cambio, son los que se encuentran previstos en las fracciones III y en el inciso g), de los citados numerales que hacen referencia al dolo y a la culpa, así como al elemento subjetivo específico, que pueden ser los ánimos, deseos, intenciones del autor. Finalmente, en el inciso f) se hace mención a los elementos normativos.

25.- Cfr. Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Volumen I.** Alemania. op. cit. p. 286; Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal Parte General.** op. cit. p. 91-94.

26.- Cfr. Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán. Parte General.** op. cit. p. 93. Refiere que el núcleo objetivo de todo delito, es la acción, la lesión o puesta en peligro el bien jurídico que constituye la circunstancia del resultado de la acción. A la acción se le agregan dado el caso los medios especiales y las modalidades especiales de la acción (tiempo, lugar de hecho) como otras circunstancias objetivas del hecho de determinados delitos; Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal Parte General.** op. cit. En su obra anexa un cuadro sinóptico donde se deduce al hacer mención a contrario sensu en que caso se da la atipicidad y señala a la acción, al resultado, al nexo causal, al sujeto activo y pasivo y a las referencias de tiempo lugar, medios, modo y ocasión; Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español. Parte General.** op. cit. p. 196. Menciona que entre los elementos objetivos se encuentra la actividad y medios; el sujeto activo y pasivo; el objeto material; las circunstancias temporales parciales y sociales; Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del Delito.** op. cit. p. 47 y siguientes. Señala el autor; formas y medios de acción, el resultado, el objeto material, etc.; Jescheck, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Volumen I.** p. 374. Señala que son la acción, el objeto de la acción, el resultado, las circunstancias externas del hecho y la persona del autor.

De esta manera se estructura el tipo penal y su importancia es tal que podemos encontrar la relación de las calificativas con cualquiera de estos elementos como lo analizaremos en el punto 2.

1.2.- Concepto y contenido de la responsabilidad penal.

Para hablar de responsabilidad penal, que es un término procesal, tenemos que vincularlo con el derecho penal y en particular con el concepto y estructura del delito, de otra manera no tendría aplicabilidad un concepto procesal si no tiene sustento en la disposición sustantiva.

En el capítulo anterior señalé la evolución y el contenido de las categorías cuerpo del delito y tipo penal, así como el de culpabilidad y responsabilidad penal, interpretados con cierta sinonimia, aunque no sean iguales en su significado. En relación a esta última figura advertíamos que tiene diversas connotaciones de acuerdo a la opinión de la doctrina y la jurisprudencia y a los contenidos que también le ha dado la propia ley.

Para definir la responsabilidad penal, tenemos que hacerlo bajo la óptica de vincular la ley sustantiva con la adjetiva, y así encontramos que el concepto de cuerpo del delito se llegó a considerar equivalente al de tipo penal y el de culpabilidad al de responsabilidad, postura con la cual algunos doctrinarios coinciden,²⁷ esto es, para desprender el

27.- Tal es el caso de Moreno Hernández, Moisés, en conferencia que dictó respecto a la Responsabilidad Penal. op. cit. p. 33, quien al establecer la relación entre las figuras sustantivas y adjetivas, considera que es equivalente la culpabilidad a la responsabilidad; Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** op. cit. p. 147, en el índice señala en el subtítulo la culpabilidad y entre paréntesis responsabilidad; Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal.** op. cit. p. 378 y siguientes, el capítulo XXI lo denomina "los elementos de la responsabilidad" y posteriormente habla de la inimputabilidad, conciencia del injusto y la exigibilidad de otra conducta.

contenido de la responsabilidad debemos de atender a los contenidos que la propia ley establece; así el artículo 122 habla no nada más del tipo penal, sino del delito en si y refiere en su párrafo penúltimo "...para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, 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...", es decir, se requiere previamente acreditar el injusto penal que sería la tipicidad y que no existiera a favor del inculpado una norma permisiva o de licitud que justifique su actuar, luego entonces, lo restante del delito será la culpabilidad, que la propia ley lo establece a contrario sensu en la fracción VII, VIII inciso b) y IX del artículo 15 del código penal, de ahí que para hablar de la responsabilidad se tienen que afirmar el injusto y la culpabilidad, luego entonces la responsabilidad al vincularla con la legislación sustantiva (culpabilidad) serán equivalentes, es decir, se debe de acreditar la existencia del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), para poder afirmar la responsabilidad.

Para definir con mayor precisión lo anterior, diremos que si la culpabilidad parte del principio de libre albedrío y de la determinación del sujeto, que por cierto ha sido en esta última década seriamente cuestionada,²⁸ pero como lo señala Bustos Ramírez "el hombre solo puede ser comprendido en cuanto vive en sociedad, pero evidentemente esto es una determinación demasiado amplia y vaga, la cual nos servirá para fundamentar la culpabilidad; en ese sentido no basta entonces la afirmación de Ferri, de que el hombre responde... solo porque y en tanto vive en sociedad, como autor de

28.- Ver por ejemplo a Claus Roxin, en sus trabajos sobre la culpabilidad y prevención, así como en su obra: *Teoría del Tipo Penal*. Traducción al castellano del doctor Bacigalupo, Enrique. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979. p. 290 y siguientes; algunas críticas de Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. op. cit. p. 151 a 158; Ver críticas de Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. op. cit. p. 128; Gimbernat, Elscheid, Hassemmer, entre otros.

una relación social concreta, lo que caracteriza al hombre en el curso de la historia del desarrollo de las relaciones sociales, es que toma conciencia de su papel, es el acto consciente lo que le permite desempeñar un papel. Este acto consciente es un acto social dentro de la relación social; de ahí que las características físicas, biológicas y psíquicas, hay que considerarlas primeramente en su dimensión social, en esa medida el hombre puede responder de su actuación por su papel por lo realizado. La capacidad de responder no es de carácter abstracto ni metafísico, sino en razón de la conciencia concreta dentro de una relación social concreta".²⁹

Luego entonces, para afirmar la responsabilidad se debe acreditar la culpabilidad, teniendo como defecto el hacer el planteamiento declarativo ante la sociedad, tanto por el papel que se le ha asignado como por los controles y específicamente con la pena. En ese sentido y retomando las ideas de Bustos Ramírez refiere que "la responsabilidad implica que el hombre es actor, esto es, que desempeña un papel y, por lo tanto, alcanza conciencia de él, pero como autor está dentro de un drama de una relación social, el hombre responde por su comportamiento, por la conciencia de él, ese es fundamento y límite de la reacción social que se ejerza sobre él, por eso también responde a toda la sociedad".³⁰

Grosso modo diremos que la responsabilidad implica responder por el hecho propio cometido; es un juicio de desvalor que grava al sujeto; luego entonces, si la culpabilidad exige la concurrencia de un reproche personal que es imputable al autor, ello nos permite afirmar como lo señala Maurach que "la culpabilidad se constituye sobre la base de la

29.- Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** op. cit. p. 375 y 376.

30.- Ibid.

responsabilidad por el hecho. La culpabilidad es, por esencia, responsabilidad incrementada. La relación entre la responsabilidad por el acto y culpabilidad es la misma".³¹ Entonces para acreditar la responsabilidad debemos agotar los presupuestos de la pena.

Afirmando lo que es el tipo penal y la responsabilidad, podemos encontrar la relación de estas con las calificativas.

2.- Ubicación sistemática de las circunstancias calificativas en la estructura del delito.

Al derecho penal lo que le interesa son las conductas penalmente relevantes. De esas conductas, tenemos que distinguir aquellas en las que el individuo se motiva para afectar o poner en peligro un bien jurídicamente tutelado. Esa lesión o puesta en peligro, a su vez, puede ser graduada de acuerdo al interés que tiene el legislador de sancionar aquellos hechos que lesionan más al individuo, a sus bienes, a la sociedad y al estado; ejemplo, no es igual el delito consumado de robo al de un homicidio, o el delito de robo simple al de robo cometido con violencia. Es por ello que en los códigos penales de casi todo el mundo aparecen agravantes y atenuantes. El problema ahora se plantea en cuanto a la ubicación sistemática de éstas, ya sea en la estructura del delito o dentro de la teoría de la pena, habiendo opiniones diversas sobre el particular; así, por ejemplo, señala Maurach que "las causas de agravación y atenuación pueden ser calificadas en causas de determinación de la pena", y que "acerca de la esencia de las agravantes y

31.- Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal Tomo II.** op. cit. p. 35

atenuantes, el juicio es vacilante, en parte serán atribuidas al acto, en parte a la culpabilidad y en parte a ambos componentes³²

En efecto, un sector importante de la doctrina se inclina por considerar que la esencia de las mismas ha de encontrarse en la mayor o menor gravedad del injusto del hecho o en el mayor o menor grado de culpabilidad del autor por hecho realizado.³³ Ello significa que las circunstancias, aunque produzcan sus efectos en la determinación de la pena, previamente deben agravar o atenuar el injusto o la culpabilidad; por ello, El quantum de la pena depende de la concurrencia o no de las circunstancias agravantes o atenuantes, esto es, de la mayor o la menor gravedad del delito; de ahí que dentro de la teoría del delito encuentren su origen y su naturaleza jurídica.

Debemos partir de que la descripción legal de dichas calificativas hace referencia a datos, a situaciones, o factores de naturaleza puramente objetiva, junto a otros de naturaleza descriptiva y el elemento subjetivo sin el cual no se podría materializar la conducta. La presencia de estos elementos objetivos y subjetivos es absolutamente indispensable para que pueda aplicarse la circunstancia en cuestión.³⁴ También habrá que estar

32.- Ibidem.p. 330.

33.- Cfr. a Ranieri, Silvio. **Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General.** Editorial Temis, Bogotá, 1975. p. 1 y 2; Carrara, Francesco. **Programa de Derecho Criminal. Parte General Vol. II.** Editorial Temis Depalma, Bogotá Colombia. Edición 1986. p. 190. Rodríguez Davesa, José María. **Derecho Penal Español. Parte General.** Editorial Dykin Sonis. p. 690 y 691; Welzel, Hans. op. cit. p. 93. Cuando habla que a la acción se agregan dado el caso las modalidades especiales, tiempo, lugar del hecho, así como las circunstancias objetivas del hecho de determinado delito. Bettiol. **Derecho Penal Parte General.** Editorial. Temis. Bogotá 1965. p. 441 a 444; Fontán Balestra, Carlos. **Derecho Penal. Introducción y Parte General.** Editorial Abeledo Perrot. p. 262; Novoa Monreal, Eduardo. **Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II.** Editorial Jurídico de Chile. 1967. p. 13. Puig Peña. **Derecho Penal. Parte General. Tomo II.** Edición Sexta. Madrid, 1969. p. 156. entre otros.

34.- Cfr. González Cussac, José L. **Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal.** op. cit. p. 184.

consciente de que "la relación objetivo-subjetiva nos ha permitido observar que las agravantes son un sector más de la praxis humana, objetivada en el tipo"; "el tipo es de contenido material y un sector del injusto y las circunstancias calificativas, si bien determinan un incremento en la punición, al mismo tiempo son integrantes de la descripción de la conducta".³⁵

Cuando decimos que la mayoría de las calificativas se encuentra en el tipo penal, es que la ley delimita una conducta a una situación concreta, y el actuar del ser humano al adecuarse a esa conducta lo puede hacer también bajo ciertas circunstancias, que se encuentran impresas desde la fase primaria del inter criminis, que es la concepción de una conducta penalmente relevante donde va implícita la que le corresponde a la calificativa, determina los medios y posteriormente se representa el resultado; luego entonces, al poner en marcha todo ese proceso ideatorio da un resultado, no solamente la configuración del tipo básico sino lleva implícito también las agravantes o atenuantes.

De conformidad con la moderna teoría del delito, no sólo es decisiva la voluntad de la acción, sino también lo que ha producido y, al hablar de la ejecución de las calificativas, observamos también que son parte de la acción que vulnera el mandato prohibido por la norma, su observancia se encuentra implícita no como un elemento del delito que acarrearía consecuencias por su estructura diferente, sino como consecuencia de que su relación es con uno de los elementos del tipo penal, ya que no tienen existencia autónoma. Es importante precisar que las calificativas, si bien es cierto se derivan de la conducta y son antijurídicas, también lo es que algunas se relacionan con la personalidad del sujeto (culpabilidad).

35.- David Baigún. op. cit. p. 32.

Para aquellos, que consideran que las circunstancias agravantes o atenuantes son motivo de estudio exclusivo en la teoría de la pena, hay un sector de la doctrina que considera esas circunstancias con un carácter accidental, que transforma su fisonomía para los efectos de la pena, es decir, que esas circunstancias no afectan la sustancia del hecho sino que la deja intacta, afirmando como argumento que el tipo básico subsiste aún cuando la agravante desaparezca; por ello le llaman circunstancias accidentali delicti.³⁶ El aceptar esta teoría implicaría desconocer la naturaleza jurídica de las calificativas, ya que estas son parte de la conducta típica o bien tienen que ver con la culpabilidad del sujeto, en ellos interviene uno o varios sujetos para su comisión, son antijurídicas e influyen para producir un resultado.

Con independencia de que a las calificativas se les considere como elementos accidentales a los tipos básicos, o como conformantes del tipo complementado, como lo han denominado algunos autores mexicanos,³⁷ y también la doctrina extranjera,³⁸ que nosotros llamamos calificados, el hecho de que no se acrediten dichas calificativas no afectan su funcionalidad en el tipo.

36.- Cfr. a Villalobos, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano. Parte General.** Cuarta Edición. Editorial Porrúa. S.A. 1983. p. 443. Antolisei, Francisco. **Manual de Derecho Penal. Tomo II.** Editorial Temis. Bogotá, 1979. p. 308; Sainz Cantero. **Derecho Penal. U.N.B.D.** Madrid, 1974. p. 29, entre otros.

37.- Porte Petit, Candaudap, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.** op. cit. pp. 354 a 358, a las agravantes y atenuantes las ubica como tipos complementados, circunstanciados o subordinados que a su vez pueden ser privilegiados o cualificados; Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano. Tomo I.** op. cit. p. 254; López Betancourt, Eduardo. **Teoría del Delito.** op. cit. p. 114, este autor hace referencia solamente a los tipos básicos, especiales y complementados.

38.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III.** Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. Primera Edición. Mayo 1988. p. 365, habla de tipos básicos y especiales, que a su vez pueden ser cualificados o privilegiados; Heinrich Jescheck, Hans. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.** op. cit. p. 363, las denomina variables dependientes; Mezger, Edmund. **Derecho Penal. Parte General.** op. cit. pp. 148 y 151, a las agravantes los denomina cualificados y a las atenuantes privilegiados.

2.1.- Circunstancias que se relacionan con los elementos del tipo.

Si aceptamos que las calificativas agravan o atenúan el injusto o la culpabilidad, ¿dónde podemos encontrar su fundamento procesal?. Al respecto, los artículos 122 y 168 de los Códigos de Procedimientos Penales, distrital y federal respectivamente, al describir los elementos del tipo penal nos permiten distinguir cuáles de ellos son esenciales, para todos los tipos penales y que son los que describen en las tres primeras fracciones: 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. Después en el párrafo segundo, hace alusión a aquéllas circunstancias o elementos del tipo que en particular se requiere y que son: a).- La calidad del sujeto activo y pasivo, b).- El resultado y la atribubilidad a la acción u omisión; c).- El objeto material, d).- Los medios utilizados; e).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f).- Elementos normativos; g).- Los elementos subjetivos específicos y; h).- Las demás circunstancias que la ley prevea.

De los elementos descritos, algunos tienen una doble función; en efecto, los previstos en las tres primeras fracciones no solamente son esenciales para el tipo básico, sino también para la configuración de toda agravante o atenuante; lo mismo sucede con los contenidos de los incisos del párrafo segundo, sobre todo los previstos en los incisos e) y h).

Por qué lo hace al inciso e), si recordamos que el artículo 19 Constitucionales antes de las reformas de 1993 hacía referencia a "...los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución

y datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado...”, decíamos que esas circunstancias jugaban un doble papel, como aquéllas que se daban al momento de cometerse el delito pero que no influían en su comisión, como la hora, la noche, la lluvia, etc. y, la segunda función es que algunas circunstancias de lugar, tiempo y ocasión, sí influían para obtener el resultado deseado, como por ejemplo la circunstancia de lugar (casa-habitación), de ocasión (premeditación) etc., que son circunstancias que agravan o atenúan el injusto; luego entonces, siendo congruente con la legislación actual las circunstancias a que se refería la constitución pueden ser las que alude el citado inciso e) y las demás circunstancias agravantes o atenuantes que pudieran presentarse se relacionan con cualquiera de los elementos del tipo penal, las cuales se analizarán en los puntos siguientes.

2.2.- Circunstancias que se relacionan con la culpabilidad.

Si bien la mayoría de las circunstancias calificativas se relacionan con los elementos del tipo penal, también existen algunas que tienen que ver con la culpabilidad del sujeto. Señalábamos en el capítulo anterior, al hacer mención del desarrollo histórico de la culpabilidad y del concepto que le dio el sistema finalista, que dicho concepto es afín a los contenidos que la propia ley le da en nuestra legislación, como puede desprenderse del artículo 15, fracciones VII, VIII y IX, del Código Penal federal, entendidas a contrario sensu, que regula la capacidad de la gente de comprender el carácter ilícito de la conducta y de conducirse de acuerdo a esa comprensión, que además tenga conocimiento o posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, es decir, que no actúa en situación de error sobre la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto

desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta y, por último, que le sea exigible al agente una conducta diversa a la que realizó; elementos todos ellos que son partes integrantes de la culpabilidad, según la concepción moderna, por lo que, al acreditarse, son suficientes para fincar un juicio de reproche al autor de la conducta típica y antijurídica.

Bajo esa concepción podemos afirmar que hay circunstancias agravantes o atenuantes que tienen relación con algún elemento de la culpabilidad. El Código Penal alude a una de ellas que es el estado de emoción violenta, como se prevé en el artículo 310 que se refiere al delito de homicidio cometido en estado de emoción violenta.

El estado de emoción violenta, según el diccionario es "un estado de consciencia transitorio de alteración de los sentidos//perturbación psíquica que impide el razonamiento y la reflexión, e impulsa a veces a cometer actos que normalmente no se hubieran realizado"³⁹. En ese sentido, también el Tribunal Colegiado de Circuito la ha definido como "un estado de ánimo caracterizado por una conmoción orgánica consiguiente a impresiones de los sentidos, ideas o recuerdos, la cual produce fenómenos viscerales que percibe el sujeto emocionado, traduciéndose en gestos, actitudes u otras formas violentas de expresión".⁴⁰ Para tener mayor claridad de esta figura se exige "la concurrencia de un elemento subjetivo, o sea el estado de emoción violenta que atañe al sujeto activo, ubicado en su espíritu, y de otro elemento de carácter normativo que precisa un juicio valorativo jurídico-cultural: "que las

39.- Palomar de Miguel, Juan. **Diccionario para Juristas**. op. cit. p. 590

40.- HOMICIDIO COMETIDO EN ESTADO DE EMOCION VIOLENTA (Legislación del Estado de México), Séptima Epoca primera Sala. Semanario Judicial de la Federación Tomo XXIV, Segunda Parte. p. 13.

circunstancias hagan explicables"; de manera que no basta el raptus emotivo que inhiba o disminuya los controles volitivos del sujeto, para la existencia de la figura atenuada del delito, sino que es del todo indispensable para la presencia de un acontecimiento o un hecho de orden externo que lo origine, provocando el estallido incontenible que excede el poder de inhibición. Dicho en otros términos, lo que sirve como atenuante no lo es el sólo hecho de haber obrado bajo el influjo de la emoción, sino fundamentalmente las circunstancias motivantes, dado que la emoción no es atenuante por sí, sino que a su vez tiene que ser excusada ella misma por medio del análisis de la situación objetiva. Además, esos móviles deben ser capaces de determinar adecuadamente las reacciones de una conciencia normal, de tal manera que el hecho aparezca explicable de acuerdo al consenso común y a las normas de convivencia social"⁴¹.

Bajo tales argumentos, procede encontrar su naturaleza jurídica, ya sea como una circunstancia que afecta la imputabilidad, o bien como una simple atenuante que afecta directamente la pena. En ese sentido y reproduciendo los argumentos expresados en el punto 1.2.2 del capítulo anterior, diremos que, si entendemos la imputabilidad como la capacidad psíquica de ser sujeto de reproche, es decir, sujeto con capacidad de comprender la antijuridicidad de la conducta y capacidad para motivarse o adecuarse a esa comprensión, como se desprende del artículo 15 fracción VII, en el caso de homicidio cometido en estado de emoción violenta nos encontramos ante un caso de imputabilidad disminuida,⁴² donde la exigibilidad

41.- HOMICIDIO COMETIDO EN ESTADO DE EMOCION VIOLENTA. Octava Epoca. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI, Segunda Parte-2. p. 545.

42.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Ediar, Editores Comercial Industrial y Financiera. Buenos Aires Argentina. p. 536.

de la comprensión de la antijuridicidad no se haya totalmente excluida, es decir, el sujeto de alguna manera tiene cierta conciencia de que su actuar esta prohibido por la norma, pero a la vez padece cierta obnubilación, que le impide conocer con exactitud su actuar y motivarse para ajustar su comportamiento a las exigencias de la norma; de ahí que el reproche es menor, como consecuencia, se reflejará en la individualización de la pena. Atenuante que se analizará con mayor precisión en el último punto de este capítulo.

Existen otros casos que surgen al mundo de los hechos y que, a diferencia de la anterior, no están contemplados en nuestra ley en forma específica, pero que pueden presentarse y tener que ver con algún elemento de la culpabilidad, como es el caso del sujeto que, en un momento de angustia, frustración o impotencia, da muerte a su cónyuge, con el fin de ponerle término a los graves sufrimientos derivados de su enfermedad y que analizaremos en el punto correspondiente.

3.- Las calificativas en nuestra legislación y diversas formas de manifestarse.

3.1.- Circunstancias que contempla el Código Penal.

Existen diversas maneras en que se puedan presentar las circunstancias calificativas; algunas como se ha dicho, se reflejan en relación al tipo penal (que son la mayoría); otras su influencia es en la culpabilidad y las menos repercuten solamente en la pena. Para ello, se considerará tanto contenidos de la parte general como de la parte especial del Código Penal,

pero también nos auxiliaremos de lo que disponen los artículo 122 y 168 de los Códigos de Procedimientos Penales distrital y federal, respectivamente.

Nuestro código penal contempla una serie de agravantes o atenuantes que se manifiestan en forma diversa; en la parte general, en el título tercero denominado "aplicación de las sanciones", el artículo 52 hace referencia a que el Juez tomará en consideración para los efectos de la sanción no nada más aquellas circunstancias que motivaron la comisión del delito (tipo básico), sino también aquellas circunstancias calificativas que agravan el delito; tan es así que para ello se toma en cuenta la magnitud del daño causado, la naturaleza de la acción, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho realizado, la forma de intervención del agente, la calidad de la víctima u ofendido, entre otras circunstancias pero todas ellas tienen relación con las agravantes o atenuantes.⁴³ De la misma manera, el artículo 54 hace referencia al aumento o disminución de la sanción atendiendo a las circunstancias subjetivas del autor, entendiéndose éstas como aquellas que tienen relación directa con la personalidad del sujeto como la edad, sexo, enfermedades, educación, etc., que pueden aumentar o disminuir la pena, por ello no son aplicables a los demás sujetos. En cambio, es aplicable el aumento o disminución de la pena si se fundan en circunstancias objetivas que son aquellas calificativas que influyen en la intensidad del delito y siempre que el sujeto conozca de ellas.

43.- El artículo 52 es importante, ya que determina qué circunstancias deberá tomar en consideración para determinar la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, y menciona cinco fracciones de las cuales algunas que hemos mencionado en el texto, van dirigidas no nada más al tipo básico, sino al delito en sí, de entenderlo de otra manera sería el no reconocer que la calificativa puede influir en el daño causado, o que no pertenezca a la naturaleza de la acción u omisión y muchos menos, que sean medios para poder ejecutarla o que en ellas no intervenga el autor de esta conducta, etc.

A diferencia del Código Penal de España, donde las agravantes o atenuantes se describen en la parte general, en la legislación mexicana se contemplan en la parte especial, en donde en forma específica se describen las calificativas que son aplicables a ciertos delitos, algunas las denomina anteponiendo el nombre del delito y después el término "calificado", por ejemplo: homicidio calificado o robo calificado; pero ello no quiere decir que las demás existentes en el Código Penal no sean agravantes o atenuantes, ya que todas ellas tienen la misma estructura y función.

En el Código de Procedimientos Penales de los citados artículos 122 y 168, se establece que en su mayoría las agravantes o atenuantes inciden en el tipo penal. Ahora nos toca señalar cuáles son esas calificativas y con qué elementos del tipo se relacionan.

3.1.1. Circunstancias agravantes.

En el entendido de que las agravantes tiene como función agravar el hecho y, como consecuencia, la pena, debemos de distinguir aquellas que se relacionan con el tipo y las que pudieran relacionarse con la culpabilidad, por lo que ha continuación solamente mencionó las circunstancias que se relacionan con los elementos del tipo, en particular con la calidad del sujeto activo o pasivo, el objeto material, medios utilizados, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, elementos normativos, elementos subjetivos y demás circunstancias; las cuales las agrupó de la siguiente manera:

A) Las que se relacionan con el tipo penal y que sirven para producir el resultado, el agente utiliza como "medios" los siguientes: la

violencia, la furtividad, los explosivos, la inundación, el incendio, la asfixia, el veneno, la cuerda, la sustancia nociva a la salud, el cuchillo, la pistola, etc.

B) También la ley contempla agravantes que recaen sobre diferentes objetos de la acción, que pueden ser:

a) Sobre las personas.

b) Sobre las cosas.

a) En relación a las personas, cuando se requiere una calidad en el sujeto activo, que hace que el hecho sea más grave, por ejemplo: cuando es extranjero, como sucede con delitos electorales y en materia de registro nacional de ciudadanos.⁴⁴

También cuando el agente tiene la calidad de servidor público, empleado de los gobiernos federal o Estatal, o de los municipios de organismo público descentralizado de empresas de participación estatal⁴⁵ etc.; cuando el sujeto activo es ascendiente; o tiene el pasivo bajo su guarda o custodia,⁴⁶ por las características del sujeto atendiendo a su profesión,

44.- Ver artículo 409 y 410 del Código Penal.

45.- Requieren una calidad específica en el sujeto activo que agrave el injusto. En relación con los delitos de traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje, conspiración (artículo 145). Si solamente fuera gobernante, funcionario o empleado público, cuando se relaciona con el delito de genocidio (artículo 149 bis último párrafo); si solamente es servidor público en el delito de evasión de presos (artículo 150) y proxenetismo (artículo 205 párrafo segundo); delitos contra la salud (artículo 194 párrafo último); si además de servidor público fuera miembro de una corporación policiaca, fuerza armada mexicana en situación de retiro, reserva o activo o fuera miembro de una corporación aduanera o migratoria, en relación con los delitos de asociación delictuosa (artículo 164 párrafo segundo); delito contra la salud (artículo 196 fracción I y 198 párrafo último); abuso de autoridad, intimidación y cohecho (artículo 215, 219 y 222 en relación con el artículo 213 bis respectivamente); privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro (artículo 366 fracción II inciso b) y extorsión (artículo 390).

46.- Por ejemplo en relación con los delitos derivados contra la salud (artículo 196 fracción VI); abuso sexual y violación (artículo 266 bis fracción II y IV).

técnico, auxiliar, por ser propietario, dependiente, arrendador, doméstico, patrón, huésped, comensal. etc.⁴⁷ En este renglón también podemos ubicar a aquellas agravantes que tienen que ver con las características del sujeto pasivo, ejemplo: cuando es funcionario público o menor de edad o, cuando no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, o cuando sea ascendiente.⁴⁸

b) Cuando la agravante recae sobre las cosas, podemos distinguir aquellas que se relacionan con el elemento normativo, donde se requiere de una valoración jurídica; ejemplo: cuando el objeto es un expediente, documentos de protocolo, de oficina, archivos públicos, documentos que contengan obligaciones, liberación y transmisión de deberes que obren en un expediente judicial.⁴⁹ También la agravante puede recaer sobre un objeto que se conoce por medio de los sentidos, como puede ser en parte de vehículos, cuando se realice sobre embarcaciones, equipajes o valores de viajero o sobre identificaciones falsas, etc.⁵⁰

C) Algunas otras agravantes se relacionan con el número de sujetos que intervienen en el evento,⁵¹ o las relacionadas con las

47.- Como sucede en relación con los delitos cometidos con motivo de la disciplina de la salud (artículo 196 fracción V); por la profesión que desempeñan en relación al delito de abuso sexual y violación (artículo 266 bis fracción III); cuando es propietario, poseedor, arrendador, usufructuario, doméstico, patrón, huésped, criado, comensal, en relación con los delitos contra la salud (artículo 196 fracción VII) y robo (artículo 381 fracciones II, III, IV, V y VI).

48.- En el caso previsto por el artículo 189; en relación con el delito contra la salud (artículo 196 fracción II); también en el delito de violación (artículo 266 bis fracción II hipótesis pasivo ascendiente, activo descendiente; en el delito de lesiones cuando el pasivo es ascendiente (artículo 300).

49.- Ejemplo en el delito de robo (artículo 381 fracción XIV).

50.- Sobre esto ver el delito de robo (artículo 381 fracción XI, XII y XIII).

51.- Ver artículo 164 bis (pandilla); donde también se exige una pluralidad de sujetos es en el delito de abuso sexual y violación (artículo 266 bis fracción I); privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro (artículo 366 fracción II inciso c) y despojo (artículo 395 fracción III párrafo segundo última parte).

circunstancias de lugar, ejemplo: como en casa habitación, el aposento la vivienda, el lugar destinado para su guarda, etc.,⁵² y circunstancias de ocasión, en particular aquellas agravantes (premeditación, alevosía, ventaja y traición) que se relacionan con los delitos de homicidio y lesiones.⁵³

Sin olvidar aquellas donde hay concurrencia de dos circunstancias que dan origen a un agravante, como cuando el objeto de la acción recae sobre documentos públicos o de protocolo y además que el sujeto sea un servidor público y cuando el objeto de la acción recae sobre parte de vehículos pero además requiere que este se encuentre estacionado en la vía pública; agravantes todas estas que se analizarán más adelante.

3.1.2.- Las circunstancias atenuantes.

Estas circunstancias también se relacionan con el injusto penal o con la culpabilidad. En estos casos por existir una menor afectación en el injusto o en la culpabilidad el legislador contempla una menor punibilidad; pueden citarse las siguientes:

A) Atenuantes que se relacionan con el tipo penal. Hay atenuantes que se relacionan con el objeto de la acción, el cual puede ser sobre:

52.- Ejemplo, en relación con el delito de robo (artículo 381 bis); cuando se establece que el hecho se comete en centros educativos, asistenciales, policial o de reclusión, como es el caso del delito contra la salud (artículo 196 fracción IV; que se realice en "camino público o lugar desprotegido o solitario" como el delito de privación ilegal de la libertad (artículo 366 fracción II inciso a); que se cometa en lugar cerrado como en el delito de robo (artículo 381 fracción I).

53.- Ejemplo en relación con el delito de homicidio y lesiones (artículo 315); otra circunstancia de ocasión, o cuando se cometa aprovechándose de las circunstancias de confusión que se produzca por catástrofe o desorden público, en relación al delito de robo (artículo 381 fracción VIII).

a) Una persona, o

b) Una cosa.

a) En relación con la primera, se señala por ejemplo: cuando la aprehensión del prófugo se logra por cuestiones del responsable de la evasión; (artículo 153) esta atenuante recae sobre la calidad del sujeto .

Hay una atenuante que tiene relación con una circunstancia de tiempo y es cuando entrega al sujeto privado de la libertad en el tiempo que la propia ley determina (artículo 366 fracción II y II inciso e) último párrafo)

Hay una atenuante que se relaciona con la circunstancia de ocasión que es la riña; aquí la acción de lesionar o matar se realizó con motivo de la riña (artículo 314).

b) Las atenuantes donde el objeto de la acción recae sobre las cosas, que es cuando el sujeto activo devuelve a los interesados las cantidades obtenidas por su actuación derivado de operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles gravámenes o de vendedores de edificios, condominios, etc. relacionada con el delito de fraude (artículo 387 fracción XIX párrafo último).

B) Puede darse atenuantes que se relacionen con la culpabilidad en cualquiera de sus elementos; en el punto 2.2. de este capítulo señalamos como ejemplo, el que tiene que ver con la imputabilidad en relación al delito de homicidio y lesiones (artículo 310); con el conocimiento o

posibilidad de conocimiento de la antijuricidad o con la exigibilidad de otra conducta, en relación con los mismos delitos.

3.1.3.- Circunstancias que repercuten en la pena.

Se trata de aquellas que no influyen ni en la gravedad del injusto ni en la gravedad de la culpabilidad, es decir, la circunstancia no repercute en un hacer o no hacer o que esa conducta sea antijurídica y menos aún tenga que ver con la personalidad del sujeto, sino que solamente influye en la pena.

La circunstancia de la reincidencia, es una figura compleja, ya que en la parte general en su artículo 65 no constituye una agravación del injusto o culpabilidad, sino se toma en cuenta para la individualización de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o los sustitutivos penales,⁵⁴ y para negar la libertad provisional de acuerdo a lo establecido por la fracción I del artículo 20 Constitucional. Pero por otra parte, en su párrafo segundo indica lo contrario, ya que en el caso de reincidencia por delitos de la misma naturaleza y cuando el nuevo delito sea calificado como grave, la sanción para este último se incrementará en dos terceras partes y hasta un tanto más de la pena prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el título segundo del libro primero, luego entonces, no deja de ser una circunstancia que agrave solamente la pena, sin dejar de precisar que hay tipos penales que hacen mención a ella como el

54.- "Artículo 65 la reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios de los sustitutivos penales que la ley prevé. En caso de que el inculcado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero...".

delito de ataques a las vías de comunicación (artículo 172),⁵⁵ esa circunstancia no es un elemento integrante del tipo penal porque no lo exige ni afecta ningún otro elemento del delito, sino simplemente para los efectos de la punibilidad donde se exige la reincidencia, para inhabilitar en forma definitiva la licencia correspondiente; luego entonces, solamente esa circunstancia influye en la pena.

A partir de la adición del artículo 315 bis, que habla del homicidio cometido intencionalmente a propósito de una violación o robo o en casa habitación y de la reforma al artículo 366 último párrafo, en caso de secuestro donde se prive de la vida al secuestrado.⁵⁶ Encontrar la naturaleza jurídica de estas figuras no es fácil, ya que la interpretación que se le ha dado es múltiple, provocando con ello una mayor confusión. Se advierte que es una norma de composición compleja, ya que en el primer párrafo del citado artículo 315 bis habla de un concurso de delitos, mientras que en el segundo se refiere a que el homicidio se cometa en casa-habitación (allanamiento de morada), pero además por medio de la furtividad, engaño o la violencia.

55.- "Artículo 172. Cuando se cause algún daño por medio de cualquier vehículo, motor o maquinaria, además de aplicar las sanciones por el delito que resulte, se inhabilitara al delincuente para manejar aquellos aparatos, por un tiempo que no baje de un mes ni exceda de un año. En caso de reincidencia, la inhabilitación será definitiva".

56.- Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 13 de mayo de 1996, se adiciona el artículo 315 Bis y se reforma el artículo 366 último párrafo que dicen:

"Artículo 315 Bis. Se impondrá la pena del artículo 320 de este código cuando el homicidio sea cometido intencionalmente, a propósito de una violación o un robo por el sujeto activo de estos, contra su víctima o víctimas.

También se aplicará la pena a que se refiere el artículo 320 de este código cuando el homicidio se cometiera intencionalmente en casa-habitación, habiéndose penetrado en la misma manera furtiva, con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo"

"Artículo 366. Al que prive de la libertad a otro se le aplicará:

..... En caso de que el secuestrado sea privado de la vida, por su o sus secuestradores, la pena será de cincuenta años de prisión".

Lo anterior ha provocado incertidumbre jurídica, ya que se cuestiona si la violación o el robo se puede considerar como una agravante para el delito de homicidio, o si estamos en presencia de una figura autónoma de estructura compleja, que afecte las reglas del concurso (punibilidad).

La primera hipótesis carece de base jurídica para sostener que la violación o el robo son agravantes para el delito de homicidio, ya que la norma se compone de tipos básicos; luego entonces, admitir que uno de ellos es un agravante utilizada como medio para producir el resultado (muerte), nos llevaría a contradecir la naturaleza jurídica de los tipos básicos, en este caso sería los delitos de robo y violación; además, considerar a esta figura como un tipo autónomo (complejo) nos llevaría a estructurarlo con dos tipos básicos y acreditar dicha figura como un todo, lo cual a mi juicio no podemos dejar de acreditar cada uno de ellos, porque tienen fundamento, estructura y esencia diferentes.

Lo mismo sucedería con la segunda hipótesis (homicidio cometido en casa-habitación), que para considerarla como tipo autónomo, se estructuraría no solamente de dos tipos básicos, sino que requiere además, que se cometa de manera furtiva con engaño o violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlo, circunstancia que sería "el medio"; de ahí que su conformación sería de un tipo acumulativamente formado, lo cual a mi juicio no podemos dejar de acreditar por separado cada uno de ellos, de lo contrario nos llevaría al supuesto de que si alguno de estos elementos no se acreditará, el tipo penal como consecuencia tampoco, cuando sabemos que los delitos que se indican en este artículo, son figuras autónomas .

Considero que para resolver este problema, debemos de partir de como se estructura el tipo penal, es decir, si comprende una o varias acciones, se hablará de delito simple o de delito compuesto; los últimos pueden ser, a su vez, complejos, que se caracterizan la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito básico, pero de cuya unión nace un delito complejo,⁵⁷ ahora bien, el hecho de que sea una figura compleja, no provoca ningún menos cabo para acreditar cada uno de estos delitos por separado como un concurso real, por ello atractivo de esta figura es que rompe con las reglas para imponer la pena, en relación con el concurso real a que se refiere el artículo 64 párrafo segundo, que es cuando hay pluralidad de delitos, es decir, a dicha figura no le importa el sancionar por la comisión individual de cada delito ni las circunstancias que intervinieron en su comisión, fijando un regla específica para los efectos de la punibilidad, pero ello no impide el observar la existencia del concurso de delitos, porque necesariamente se tendrá que acreditar cada uno de ellos por separado, de no hacerlo, sería una ficción, aquí lo único que no se aplica es la regla de la punibilidad que prevé el concurso real,⁵⁸ no deja de ser cuestionable esta norma, porque en los hechos pueden existir agravantes que se den en el homicidio o en la violación, pero a esta regla no le importa si se acreditan o no, si no solamente que se acrediten los tipos básicos para poder imponer la pena correspondiente .

57.- Cfr. Muñoz Conde, Francisco. **Introducción el Derecho Penal**. Barcelona España, 1975. p. 240.

58.- Artículo 64. En caso de concurso ideal...

En caso de concurso real se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el título segundo del Libro Primero. Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado antes mencionado.

Lo mismo sucede con el secuestro, donde se plantea un concurso de delitos, entre la privación de la libertad (artículo 366) y el homicidio (artículo 302), el planteamiento sería el mismo, donde no puede considerarse el secuestro como agravante y el homicidio como tipo básico o al contrario; ni tampoco como un tipo complejo, porque al final se deben de acreditar los dos delitos, aquí lo que se pune es el resultado, siendo estas circunstancias las que van a determinar una sanción establecida por la ley.

4.- Análisis de las calificativas que se relacionan con los elementos del tipo.

4.1.- Las calificativas que se relacionan con los elementos objetivos⁵⁹.

No olvidemos que la descripción legal de las agravantes o atenuantes hace referencia a datos, situaciones o factores de naturaleza puramente objetiva, junto a otras de naturaleza descriptiva.

La mayoría de estas circunstancias vienen descritas en un modo predominantemente objetivo; el término objetivo implica que se relacionan con algún elemento objetivo del tipo penal, como son: medios o formas de realización de la acción u omisión; el objeto de la acción, el círculo de autores; las modalidades o circunstancias de lugar, tiempo u ocasión, etc.⁶⁰ De ahí, que el análisis sistemático y general de aquellas agravantes lo haremos primeramente con relación a cada uno de los elementos objetivos del tipo penal, desde la perspectiva político-criminal y dogmática.

59.- En lo que resta del capítulo, los artículos que se mencionan son del Código Penal Federal, por lo que para evitar repeticiones inútiles, se omitirá su denominación, señalando solamente el artículo.

60.- Cfr. entre otros, Baigún, David. **Naturaleza de las circunstancias agravantes**. op.cit. pp.13 y 16.

A) Agravantes que se relacionan con "el medio" que se utiliza para realizar la acción. Retomando las reflexiones contenidas en el punto 1.2.2 del capítulo que antecede, los medios consisten en instrumentos o actividades empleados para la realización de la conducta o para producir el resultado, que en algunos casos tienen la función de hacer que la conducta tenga mayor relevancia penal y, consecuentemente, una mayor pena.

Por instrumento podemos entender "el conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para servir con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficio/// lo que sirve de medio para conseguir un fin o para hacer una cosa."⁶¹ La Corte lo define como "el objeto con el cual se realiza una conducta captada por el núcleo de la figura delictiva o que está vinculado inmediatamente con ella para la consumación y ejecución del delito",⁶² por ejemplo: el arma empleada (cuchillo o pistola), la soga, explosivos, el veneno, etc.; estos instrumentos se relacionan con la comisión de ciertos delitos como: homicidio, lesiones, robo, secuestro, etc. Por "actividad" podemos entender, "la facultad de obrar o el conjunto de tareas u operaciones propias de una persona o entidad"⁶³; luego entonces, la actividad encierra un elemento objetivo y subjetivo en el actuar del sujeto, que se manifiesta como agravante por medio de la violencia.

La ley establece dos formas de manifestarse la violencia: física y moral; el artículo 373 las define de la siguiente manera: "Se entiende por violencia física la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona". "Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una

61.- Palomar de Miguel, Juan. op.cit. p.730.

62.- Cfr. Jurisprudencia visible en la Séptima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación. Tomo 181-186, Segunda Parte. p.62 y Tomo IX. Segunda Parte. p. 25, entre otras.

63.- Palomar de Miguel, Juan. op.cit p.37

persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo". Raúl Carrancá y Trujillo-Raúl Carrancá y Rivas, al referirse a la violencia física en las personas, la define como "la fractura o vía de hecho que ilegítimamente se ejerce sobre ellas, ya se trate de los pasivos del delito o de terceros con el fin de perpetrar el delito".⁶⁴ Es importante demarcar que la violencia a que alude el citado artículo 373 va dirigido al delito de robo,⁶⁵ la cual por sí sola no constituye ningún delito, si no que ésta tendrá que ir relacionada con algún delito; lo cuestionable de la violencia, es determinar si solamente se ejerce sobre las personas, o también sobre las cosas. Raúl Carrancá y Rivas es de la opinión que la violencia también puede ejercerse sobre las cosas (forzar el candado de una reja, romper el muro, etc.),⁶⁶ pero la autoridad federal se inclina por la postura contraria, al sostener que no existe robo con violencia cuando ésta se ejerce sobre las cosas.⁶⁷ Al respecto considero que si bien el artículo 373, al hablar de que la violencia sea física o moral, la dirige contra las personas, que son las que resienten la influencia intimidatoria para ceder a las presiones del sujeto activo, advierto también que es aceptable el ejercicio de la violencia sobre las cosas desde el momento en que se utiliza como un acto previo para consumar el delito; tal es el caso, cuando el sujeto para poder robar rompe cerraduras o vidrios para entrar a la casa-habitación; en este caso, en forma directa el pasivo no resiente el efecto de la acción, pero si el resultado que es el que va a determinar la existencia del delito calificado.

64.- Cfr. Carrancá y Trujillo-Carrancá y Rivas, Raúl. **Código Penal Anotado**. op.cit p.916.

65.- Advertimos que la violencia que se describe va dirigida al delito de robo que prevé el artículo 367, pero no veo inconveniente en tomar la descripción que de las mismas se hace, para los demás casos que la ley plantea.

66.- Carrancá y Trujillo- Carrancá y Rivas, Raúl. op.cit. p. 916.

67.- Cfr. LA VIOLENCIA EN LAS COSAS NO PUEDE CONSTITUIR ROBO CON VIOLENCIA. Séptima Epoca Primera Sala. Segunda Parte. Semanario Judicial de la Federación. Vol. 2. p.62. También se puede consultar en Anales de Jurisprudencia, Tomo IX p.426.

Uno de los problemas que se presentan en relación con la violencia física, es establecer hasta dónde puede considerarse como "medio" (agravante), y hasta dónde, si produce un resultado, da lugar a un concurso de delitos, es decir, cómo podemos determinar que la fuerza material que ejerce el sujeto activo sobre el pasivo no constituye una lesión, o hasta donde sí, para dar lugar a la acumulación de delitos. Haciendo una interpretación literal y limitada de lo que describe la ley por violencia física, ésta implicaría someter al sujeto pasivo por medio de la fuerza material que por lo regular causa una lesión física; luego entonces, esta debe ser tal que venza la resistencia del pasivo, siempre y cuando esa lesión pueda contemplarse, como aquéllas que no pongan en peligro la vida y tardan en sanar menos de 15 días (artículo 289 párrafo primero, parte primera). Esto de alguna manera tienen relación con la actuación tanto del Ministerio Público como del Órgano Jurisdiccional, quienes consideran este tipo de violencia como un medio preordenatorio para obtener el fin; pero considero que si se causa una lesión de mayor gravedad a la señalada en la hipótesis del citado numeral, habrá un abuso en el ejercicio de la violencia que sí daría lugar a un concurso de delitos.

También se considera que existe violencia en relación con el delito de robo:

- I. Cuando ésta se haga a una persona distinta a la robada, que se halle en compañía de ella, y**
- II. Cuando el ladrón la ejercite después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado (artículo 374).**

Acertadamente la ley contempla estas hipótesis como modalidades de la violencia, porque puede no ejercerse directamente contra

el sujeto pasivo, pero sí en forma indirecta puede recibir la influencia suficiente para ceder a las pretensiones del agente; tal es el caso cuando el delincuente amenaza con un cuchillo al acompañante del pasivo para que éste entregue los objetos que aquél pretende robar; de la misma manera se justifica esa violencia cuando, después de consumado el robo, es ejercida después del acto material, opinión contraria sostiene Raúl Carrancá y Rivas.⁶⁸ Al respecto considero que no debemos perder de vista que esos hechos forman parte del mismo contexto de acción y que la conducta se agota cuando el agente cree que tiene el dominio total del objeto, no olvidemos que no todo puede contemplarse en el iter-criminis, sino que puede haber variables que en forma forzada se pueden presentar en el momento, como puede ser la comisión de otro delito no contemplado.

De lo hasta aquí dicho, podemos afirmar que la violencia constituye una circunstancia agravante porque agrava el hecho, desde el momento en que la acción implica cierta movilización para ejecutar la conducta, que no solamente implica el simple apoderamiento, sino también comprende la que resulta del medio para consumir el delito; como consecuencia, esta agravante al recaer sobre las personas o cosas, debe vincularse con los elementos objetivos del tipo penal, de ahí que amerite que esta agravante tenga una sanción mayor a la del tipo básico por el resultado que produce.

Esta agravante es aplicable para los delitos de proxenetismo (artículo 205 último párrafo); y abuso sexual (artículo 260 y

68.- Cfr. Carrancá y Trujillo- Carrancá y Rivas, Raúl. op. cit. p. 917. El autor refiere que la violencia debe ejercerse en el robo y no fuera de él o al margen de él, porque la violencia ejercida esta más allá del momento en que se consuma el delito, en un espacio muy distinto al iter-criminis.

261). En ambos casos , la ley pune la conducta que atenta contra el normal desarrollo psicosexual, que parte de la libertad que tiene el individuo de decidir sobre la forma de manejar su sexualidad, por lo que cuando hay transgresión de esa libertad, puede producir una afectación emocional que se puede manifestar en el mundo psíquico.

La Ley pune con mayor severidad cuando la violencia se ejerce sobre un menor de edad o sobre una persona que no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho o de poder resistir la conducta del activo; por lo tanto, el efecto de la agravante puede producir un mayor daño psíquico en el pasivo, por ello lo que pretende tutelar el tipo calificado, además de proteger el desarrollo psicosexual y la libertad del individuo para decidir sobre su sexualidad, es proteger a aquellos que no tienen capacidad de poder decidir, más aún cuando se ejerce violencia.

El uso de la violencia también constituye una causa de agravación en relación con otros delitos como el de evasión de presos (artículo 154); violación equiparada (artículo 266); privación ilegal de la libertad (artículo 364 fracción I, párrafo segundo) y privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro (artículo 366 fracción I y II inciso d).

B) La ley contempla agravantes que recaen sobre una persona o una cosa.

En relación con la primera, se distingue porque se exige una calidad específica en el sujeto activo , que hacen que el hecho sea más grave. Dentro de éstas agravantes se encuentra la de ser funcionario o empleado de los gobiernos federales o estatales o de los municipios, de

órganos públicos descentralizados, de empresas de participación estatal o de servicio público federal o local, cuando estos incurran en los delitos previstos en el libro segundo, título primero denominado delitos contra la seguridad de la nación (artículo 145 en relación con los delitos de traición a la patria, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje y conspiración); en estos delitos la ley considera que por la calidad del funcionario debería de punirse con mayor severidad cualquiera de los delitos ya señalados, con una pena más alta a la prevista en el tipo de delito básico, que se relacionan con los delitos cometidos contra el Estado.

En ese orden también encontramos cuando el sujeto activo es un gobernante, funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; así, por ejemplo: en relación con el delito de genocidio, además de las penas que señala el artículo 149 bis párrafo último, se aplicará las penas señaladas en el artículo 15 de la ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación;⁶⁹ lo propio sucede con la evasión de presos (artículo 150); la asociación delictuosa (artículo 164 párrafo segundo); delitos contra la salud (194 último párrafo, 196 fracción I y 198 párrafo último); proxenetismo (205 párrafo segundo),⁷⁰ abuso de autoridad, intimidación y cohecho (artículos 215, 219 y

69.- El artículo 15 de la ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación impone las sanciones siguientes: "I. Destitución del cargo o privación del honor de que se encuentre investido (el agente); y II. Inhabilitación para obtener determinados empleos, cargos u honores, por un término que no baje de cinco años ni exceda de diez; y III. Inhabilitación para toda clase de empleos, cargos u honores, por el término señalado en la fracción anterior". Como se ve, las fracciones II y III comprenden una inhabilitación especial, y una inhabilitación general. El párrafo comentado del código penal, omite precisar cuál de esas sanciones debe el juez aplicar y no le reconoce expresamente el arbitrio necesario para escoger entre la fracción II y la III del artículo 15 de la Ley de Responsabilidades. Entendemos que la sanción que debe aplicar en todo caso el juez debe ser la más favorable al reo, o sea la de la fracción II, además de la de la fracción I.

70.- La agravante que plantea este artículo en la hipótesis "cuando el agente se vale de una función pública", este concepto es muy ambiguo e impreciso ya que contempla a todas aquellas personas que realizan una actividad o servicio ante un grupo de personas, como

222 en relación con el 213 bis); privación ilegal de la libertad (fracción II, inciso b), artículo 366 y 366 bis, párrafo penúltimo); extorsión (artículo 390). En todos estos delitos la ley sanciona en base en el ejercicio del cargo que se desempeña.⁷¹

Caso semejante lo encontramos cuando el sujeto activo es personal del Registro Nacional de Ciudadanos, o si fuere de nacionalidad extranjera, cuando proporcione documentos o información falsa, para obtener el documento que acredite la ciudadanía o altere en cualquier forma, sustituya, destruya o haga uso indebido del documento que acredite la ciudadanía en los términos de la ley de la materia, (artículo 410). Aquí la ley incrementó en una cuarta parte la pena señalada para el delito cometido en el artículo 409 que es de veinte a cien días de multa y de tres meses a cinco años de prisión o ambas sanciones a juicio del juez, justificándose esa circunstancia como agravante porque ningún extranjero puede intervenir en un proceso de selección para obtener un cargo de elección popular;⁷² tampoco se justifica que algún funcionario que labore en las instituciones que regulan las actividades relacionadas con el padrón electoral pudieran alterarlo, ya que iría en perjuicio no solamente del Estado sino de la nación.

En todos estos casos, la calidad del sujeto activo constituye un agravante porque se traiciona la confianza depositada en todos aquellos funcionarios o empleados federales o locales, por la responsabilidad que tienen para desempeñar sus funciones que, lejos de cumplir con ellas,

puede ser una artista, taxista, jugador, etc., pero considero que la interpretación de este término va dirigido a la función del sujeto en su calidad de servidor público dependiente del Estado.

71.- Cfr. Carrancá y Trujillo-Carrancá y Rivas, Raúl. op. cit. p. 412.

72.- Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 33 Constitucional, "los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país" además de que se vulneraría el principio de soberanía nacional (artículo 39 de la Constitución).

abusan en el ejercicio de sus funciones, transgrediendo con ello la seguridad general amparada por el orden jurídico confiado a la administración pública. El análisis de esta agravante por su naturaleza se tendrá que realizar dentro del elemento objetivo del tipo.

Existen algunas otras agravantes que exigen del sujeto activo características específicas, como es el que la conducta sea cometida atendiendo a su profesión, técnico, auxiliar u oficio⁷³ como los que se relacionan con los delitos contra la salud (artículo 196 fracción V), con los delitos de abuso sexual y violación (artículo 266 bis fracción III), o los delitos cometidos por médicos y enfermeras (artículo 228).⁷⁴ Todas estas actividades constituyen una responsabilidad de orden público; lo que se pretende es acabar con la impunidad de todas aquellas personas que por la actividad que ejercen cometen conductas en forma dolosa o culposa. Estas agravantes también deberán analizarse dentro de la estructura del elemento objetivo del tipo penal, justificándose como consecuencia el incremento de la pena.

También en ciertos casos el hecho se agrava, porque el sujeto activo tiene la calidad de propietario, poseedor, arrendatario o usufructuario; dependiente, doméstico, huésped o comensal, criados, patrón,

73.- Definiciones obtenidas del **Diccionario para juristas** de Palomar de Miguel, Juan. op. cit. pp. 1837, 1304, 933 y 150 respectivamente. Podemos distinguir cada una de estas actividades de la siguiente manera: Profesión se define como el empleo o facultad que uno tiene y lo ejerce públicamente y también se entiende como una carrera que se supone es seguida en Centros Universitarios o Escuelas Superiores; Técnico.- Perteneciente a lo relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes// El que posé los conocimientos especiales de una ciencia o arte; Oficio.- El que de un manual a terminado el aprendizaje y no es maestro todavía; Auxiliar.- Se dice a la persona que ayuda o auxilia a otra en el ejercicio de un cargo, de una función o de una actividad.

74.- Se ha discutido si el artículo 228 es un delito autónomo o es una agravante; al respecto, se advierte que esta figura no describe una conducta penalmente relevante, sino que se relaciona con los delitos cometidos por los profesionistas, artistas técnicos, etc; luego entonces, es una agravante, en ese sentido la autoridad judicial se ha pronunciado. Ver Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Segunda Parte. Volumen 133. p.108.

dueños, obreros, artesanos, aprendices o discípulos,⁷⁵ como sucede con delitos contra la salud (artículo 196 fracción VII), o con el robo (artículo 381 fracción II, III, IV, V y VI). Todas estas calificativas se fundan en la deslealtad o infidelidad del agente hacia quien se deposita un cierto grado de confianza al hacerlo participar en su actividad mercantil o en la vida íntima del hogar o su familia o lugar de trabajo. La mayoría de estas agravantes requieren que se efectúe la conducta en un lugar específico donde el sujeto preste sus servicios o realice la conducta. Por ello se le considera como agravante, justificándose el aumento en la punibilidad y como consecuencia el análisis de la misma será dentro de los elementos objetivos del tipo.

Otra de las formas de manifestarse esta agravante, es cuando el sujeto activo es ascendiente,⁷⁶ familiar o por la autoridad jerárquica que ejerce sobre el pasivo, como es el caso del delito contra la salud previsto en el artículo 196 fracción VI; el abuso sexual y la violación (artículos 266 bis fracciones II y IV). Se justifica que la ley considere como agravante, cuando

75.- A continuación, en forma objetiva y breve indicaré las diferencias que tienen cada una de las actividades: Propietario.- El que tiene derecho de propiedad sobre una cosa. Diccionario para juristas de Juan Palomar de Miguel p. 1693; Poseedor.- El que ejerce sobre una cosa un poder de hecho (artículo 790 del Código Civil); Arrendador.- Derivado de arrendamiento, cuando quien tiene la posesión de una cosa y concede el uso o goce temporal de la misma y obtiene por ello un precio cierto (artículo 2398 del Código Civil); Usufructuario.- Es el que da en usufructo un derecho real y temporal de un bien (artículo 980 y 989 del Código Civil); Dependiente.- Se reputa como dependiente, los que desempeñan constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste (artículo 309 párrafo segundo del Código de Comercio); Doméstico.- El individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emonumentos sirve a otro, aún cuando no viva en la casa de éste (artículo 381 fracción II, párrafo segundo del Código Penal); Patrón.- Es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores (artículo 10 de la Ley Federal del Trabajo); Huésped.- Quien recibe albergue, mediante la retribución convenida, comprendiéndose o no según se estipule los alimentos y demás gastos que origina el hospedaje (artículo 2666 del Código Civil); Comensal.- Cada una de las personas que comen en una misma mesa. Diccionario para juristas Juan Palomar de Miguel p. 272; Criado.- Persona empleada por un salario en el servicio doméstico Diccionario para juristas, op. cit. p. 341.

76.- El ascendiente es una relación de parentesco que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 298, lo define como "el que se liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede"

exista una relación sujeto activo-ofendido, por el vínculo de parentesco o por su relación familiar, lo que se tutela no es la libertad sexual, sino la violación a los deberes de custodia y protección que esta obligado el inculpado respecto al ofendido, ya sea por su relación consanguínea, o por el respeto o lealtad.⁷⁷

De igual manera se presenta como agravante cuando el pasivo es ascendiente por ejemplo el delito previsto en el artículo 300⁷⁸; o sea cometido contra servidor público (artículo 189);⁷⁹ o la víctima fuere menor de edad o tuviere incapacidad para comprender la relevancia de la conducta o no pudiera resistir la conducta del agente. (artículo 196 fracción II). En estas circunstancias lo que se trata de proteger es la calidad del familiar, al funcionario y a la función. En estos casos la punibilidad, esta en relación con la calidad del pasivo y con el delito cometido. Los bienes jurídicamente tutelados que la sociedad protege con mayor cuidado, son aquéllos actos que van dirigidos contra los menores o por la incapacidad que tienen para conducirse con libertad, pero más aún cuando se les utiliza para realizar

77.- Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Primera Sala. Vol. LXXV. Segunda Parte. p. 40. El problema que advierto es un posible concurso de delitos entre la violación agravada y el incesto, ya que tienen algunas características comunes, en ambos delitos se da una relación sexual, también se da entre ascendiente y descendiente, pero la diferencia que considero existe entre ambos es el medio utilizado en la violación, que es la violencia, lo que no requiere el delito de incesto, además se intuye que en este último delito hay la voluntad de ambos, de no ser así, daría lugar al delito de violación

78.- Esta circunstancia exige que el ofendido sea ascendiente del autor de la lesión, de acuerdo a la descripción del artículo 300, esta circunstancia depende de la existencia del delito de lesiones, pero requiere además el elemento subjetivo, que consiste en que el sujeto activo conozca la relación de parentesco y quiera el resultado.

79.- De la misma manera, este artículo no describe un tipo penal autónomo, sino que requiere para su aplicación, estar relacionada con algún delito.; de acuerdo a su naturaleza, el servidor público debe encontrarse en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas (elemento normativo), en el momento en que se realice la conducta. Quien comete un delito con esta agravante, se supone que lastima la dignidad de la autoridad, lo que se pretende es proteger la función que desempeñan las autoridades con motivo de los derechos y obligaciones que la ley les impone. Ver Amparo Directo 6485/60/ Primera Sala Pedro Zapata Urrutia. resuelto el cuatro de enero de 1961, por unanimidad de cuatro votos, Ponente el C.Maestro. Carlos Franco sodi. Srio, Lic Fernando Narvárez Angulo visible en el informe de 1961 p.23. La cita Diaz de León, Marco Antonio. **Código Penal Federal**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. 1967. p.267.

cualquiera de las modalidades derivadas de los delitos contra la salud, que atentan no solamente contra el ser humano, sino contra la familia y la nación, por ello independientemente de la pena que les pudiera corresponder por el delito básico se le aumentará hasta en una mitad más por la confianza depositada, ya sea por ser ascendiente, familiar o por la autoridad moral sobre el pasivo afectando con ello su normal desarrollo psicosexual; por ello se le ha considerado una agravante, analizada dentro de los elementos objetivos del tipo.

Hay agravantes que no requieren una calidad específica en el sujeto pasivo, por ejemplo: cuando la víctima se encuentra en un vehículo particular o público, aquí lo que se pretende tutelar independientemente de la persona que reciente la conducta, el lugar donde se encuentra que es el vehículo, sin importar el bien objeto del apoderamiento, incluyendo aún el propio vehículo, ya que la fracción VII del artículo 381, no hace distinción respecto de la materia del apoderamiento.⁸⁰

b) También hay agravantes cuando el objeto de la acción recae sobre cosas u objetos, debiéndose entender por objeto todo aquello que es susceptible de apropiación o susceptible de tener un valor.⁸¹

Ahora bien, tomando en consideración el tipo de objetos sobre el cual recae la conducta, ésta puede ser sobre parte de vehículos, como en el delito de robo, (artículo 381 fracción XI), donde lo que se pretende

80.- Cfr. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XXI-Mayo. p. 397.

81.- Manzini, Vecenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. Editorial Turín, Italia. p. 10 y 26. El Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 747 y 749, establece "puede ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio" y "estén fuera del comercio por su naturaleza los que no puedan ser poseídos por algún individuo exclusivamente y por disposición de la ley, las que ella declare irreductible a propiedad particular",

proteger es el patrimonio de las personas, más aún en este momento donde es una industria muy remunerativa el robo no solamente de vehículos, sino de parte de ellos, en este último sentido la norma no distingue qué partes son las que pueden considerarse susceptibles de apropiación, lo que puede ser desde un tornillo hasta un motor, es decir, todo aquello que puede quitarse.⁸² También el robo puede tener como objeto de la acción las embarcaciones o cosas que se encuentren en ella, equipajes o valores de viajero, (artículo 381 fracción XII y XIII). Hay agravantes en que el objeto de la acción también constituye un elemento normativo como cuando se trata de expedientes, documentos de protocolo, de oficina o archivos públicos, de documentos que contengan obligaciones, liberación o transmisión de deberes que obren en expediente judicial, o cuando el agente se valga de identificaciones falsas o supuestas ordenes de alguna autoridad, (artículo 381 fracciones XIV y XV).

C) Hay agravantes que se relacionan con las modalidades de lugar donde se comete la conducta, como pueden ser el centro educativo o asistencial, policiales o de reclusión en el delito contra la salud (artículo 196 fracción IV), o cuando se realiza en camino público, en un lugar desprotegido o solitario, en el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro (artículo 366 fracción I y II inciso a).⁸³ Asimismo cuando el lugar es

82.- Cfr. Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo IV. Diciembre de 1996. Tesis 110. p. 19 y 452.

83.- Con fecha 13 de mayo de 1996, entró en vigor la reforma al artículo 366, con una mejor estructura, ya que ahora define correctamente los supuestos en que se da la privación ilegal de la libertad en la fracción I, incisos a), b) y c).y en la fracción II describe las circunstancias agravantes o atenuantes que puedan ser aplicables, en cambio la redacción anterior contemplaba esas calificativas como hipótesis del tipo básico.

Se aumenta hasta en una mitad más de la pena impuesta por el tipo básico, cuando derivado de delitos contra la salud se cometan en centros educativos o de educación profesional, afectando en forma directa la estructura fundamental de la sociedad que es la educación (concepto amplio); al igual si esta circunstancia se comete en centros de reclusión, donde lo que se pretende es la resocialización del individuo. También contempla la ley el lugar de ejecución del delito que es cuando la víctima se encuentra desprotegida, sin posibilidad de auxilio.

cerrado, (artículo 381 fracción I),⁸⁴ o se comete contra una oficina bancaria, recaudatoria u otra que conserve caudales (artículo 381 fracción X); si la conducta se lleva a cabo en un edificio, vivienda, aposento o cuarto destinado para habitación o cuando el vehículo se encuentre estacionado en vía pública o lugar destinado para su guarda o reparación o se lleve a cabo en campo abierto, paraje solitario, en relación con el delito de robo (artículo 381 bis). En todos estos casos se impondrá además de la pena por el monto de lo robado, una pena más que pueda ser hasta de cinco años si es en lugar cerrado, oficina bancaria o recaudatoria, y hasta diez años en los demás casos mencionados.

D) Hay agravantes que tienen que ver con la circunstancia de ocasión, ejemplo: cuando el sujeto roba aprovechándose de las situaciones de confusión que produce una catástrofe o desorden público, (artículo 381 fracción VIII) se impone, además de la pena descrita atendiendo al monto de lo robado, hasta cinco años de prisión más. En este caso considero que no es equitativo imponer la misma pena para todas las circunstancias descritas en el citado artículo 381, ya que todas ellas son diferentes y algunas de estas hacen que el injusto sea más grave, así, por ejemplo, no es igual una simple confusión en la calle para cometer el delito que cuando existe una catástrofe producida por explosión o inundación, donde se refleja con mayor claridad el sentido lesivo del sujeto, ya que éste sabe que el pasivo se encuentra en una situación de incertidumbre, de tal manera que lo obliga en ocasiones a

84.- Si la ley no define lo que es lugar cerrado, debe recurrirse al significado gramatical del vocablo. No puede admitirse todo lo que materialmente esta cerrado, sino únicamente el terreno que no tenga comunicación con un edificio, ni esté dentro del rescinto de éste y para impedir la entrada haya sido rodeada de fosos, enrejado, tapia o cerca aunque esta sea de piedra, madera, arbustos, etc., pero no cuando es parte integrante de un edificio; un lugar donde no hay un libre acceso, etc. *Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca. Tomo LXXIV. p. 6859 y Tomo LXXVII. p. 4388; Tomo XCVIII. p. 154; Tomo XCCIII. p. 820; Tomo CXXIV. p. 686, entre otras.*

abandonar el lugar para protegerse. En este último caso considero que el legislador es benévolo en el marco de punibilidad, y si bien es cierto que para la imposición de la pena el juez tiene la facultad de fijar el grado de culpabilidad, aún así considero que es injusto que todas las agravantes previstas por el artículo 381 tengan la misma punibilidad.

De la misma manera las agravantes de lugar y ocasión mencionadas, son circunstancias que corresponden ser analizadas entre los elementos objetivos del tipo penal, que por ello agravan el injusto y consecuentemente, la pena.

E) Existen circunstancias que tiene que ver con el número de sujetos activos, que influyen para producir el resultado y hacen que el hecho se agrave; por ejemplo, la pandilla (artículo 164 bis) que, además de otros requisitos (reunión habitual, ocasional o transitoria), requiere la intervención de tres o más sujetos. También la pluralidad de sujetos en el delito de abuso sexual o violación (artículo 266 bis fracción I) y en el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro (artículo 366 fracción II inciso c) y fracción V) constituye una causa de agravación de la pena, es decir, en todos estos casos el legislador contempla un aumento de pena precisamente por el número de sujetos que intervienen en la comisión del delito.⁸⁵

El problema se plantea con la pandilla para poder definir qué sujetos pueden intervenir en el evento y qué calidad deben de tener estos, es decir, se ha cuestionado si el sujeto que interviene en la pandilla

85.- En los tres primeros delitos, se aumentará hasta una mitad más de las penas cometidas; en el delito de secuestro se impone de quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a setecientos días multa.

puede ser menor de edad o no. El criterio que en este momento tiene mayor aceptación es el segundo, en el sentido de que los sujetos para poder intervenir en un evento dentro de la figura de pandilla deben ser mayores de edad, al argumentar que los menores al ser inimputables no pueden ser parte de dicha figura, es decir, no pueden ser sujetos a disposiciones penales.⁸⁶ Criterio con el que no compartimos, ya que si bien los menores no están sujetos a la aplicación del derecho penal bajo un procedimiento ordinario ante Tribunales del orden común o federal, sí son destinatarios de las normas penales, porque también pueden cometer infracciones tipificadas como delitos; por lo que, si el Código penal no los contempla como aquéllos sujetos a los cuales se puede aplicar esa normatividad, también es cierto que pueden estar sujetos a Tribunales especiales, con un procedimiento semejante al establecido en el ordinario. Pero lo que considero más importante es precisar si ellos, por el hecho de ser menores de edad son inimputables; la opinión aún dominante afirma que ellos carecen de capacidad de comprender el carácter ilícito y que no puedan conducirse de acuerdo a esa comprensión, pero eso es una falacia, ya que en la mayoría de los casos sí tienen la capacidad de comprender el carácter ilícito y, de acuerdo a esa comprensión, dirigen su conducta; el ser menor de edad no implica desconocer la existencia de la norma y no querer el resultado descrito por la misma. Hasta este momento no existe jurisprudencia que defina cuál de las dos posturas es la más acertada.

Hay agravantes que contemplan la concurrencia de dos circunstancias gravosas: por ejemplo, cuando se trata de expediente, documentos de protocolo, de oficina o archivos públicos (artículo 381 fracción XIV), pero además si lo comete un servidor público se impondrá

86.- Cfr. PANDILLA, MODALIDAD DE. INEXISTENCIA. (Legislación del Estado de Nuevo León). Semanario Judicial de la Federación. Novena Epoca. Tomo IV. Octubre 1996. Tesis 1b 3°. p. 580.

independientemente de la pena prevista para esta agravante una destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión pública de seis meses a tres años; en este caso, si bien es cierto que la conducta recae sobre un objeto, también lo es que prevé dentro de la misma hipótesis una calidad en el sujeto activo, como la de servidor público.

F) Hay otro tipo de circunstancias agravantes que la ley prevé, como la premeditación, alevosía, ventaja y traición, en relación con el delito de lesiones y homicidio (artículo 315). Cada una de ellas tiene características propias, por lo que al hacer el análisis de estas, advertimos que la premeditación, la alevosía y la traición tienen un elemento común, que es la reflexión sobre el delito que se pretende cometer y por la naturaleza de las mismas una puede absorber a otra, como veremos a continuación.

Para proceder al análisis de estas agravantes abordaremos solamente la alevosía, ventaja y traición, que considero inciden en el elemento objetivo, y más adelante se tratará la premeditación.

a) La alevosía, el artículo 318 la define como "sorprender intencionalmente a quien de improviso o empleando asechanza u otro medio que no le de lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer". La jurisprudencia la ha interpretado "como el ataque intempestivo e inesperado, no procediendo de disgustos sin que obste que el ofendido haya acompañado a otras personas, ni que lleve armas, si dada la forma de agresión no tiene tiempo de usarlas o no pueda rechazar el ataque por hallarse desprevenido".⁸⁷

87.- Jurisprudencia que se encuentra en el apéndice 1917-1975, Segunda Parte. Primera Sala. Ediciones Mayo. p. 55.

Atendiendo a los contenidos de esta figura, podemos decir que requiere de dos elementos:

- a).- Sorprender de improviso; y
- b).- Emplear asechanza u otro medio.

Para los efectos de ejecutar esta agravante, requiere de actos preparatorios y el empleo de otros medios que no den lugar a que el pasivo se pueda defender o evitar el mal.⁸⁸

Cuando la forma de manifestarse esta agravante es por medio de la asechanza, requiere en principio de la premeditación, porque el asecho revela reflexión anterior al delito, o sea que haya meditado sobre el hecho que trata de ejecutar; tal es el sentido de algunas resoluciones de la Corte;⁸⁹ por otra parte, hay quienes sostienen que la alevosía no supone la premeditación, como Mariano Jiménez Huerta y Carlos Creus.⁹⁰ Al respecto, considero que desde el momento en que no se determina con precisión el tiempo de reflexión requerido para que se de la premeditación, en la asechanza se requiere también un tiempo indefinido, para que el sujeto medite la oportunidad más propicia para poder ejecutar el delito, considerando una serie de circunstancias, como es el que la víctima se encuentre en estado de indefensión, es decir, obrar sin riesgos para sí (requisito objetivo); el autor obra sobre seguro (requisito subjetivo), requiere preordenación para actuar

88.- Cfr. Tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Segundo Parte. Volumen XIV. p. 32.

89.- Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca LLXXIII. p. 2499 y Tomo LVI. p. 2249.

90.- Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano. Tomo II.** Séptima Edición. Editorial Porrúa, 1986. p. 125; Creus, Carlos. **Derecho Penal. Parte Especial.** Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988. p. 29.

con seguridad, todo ello no es más que una forma de ventaja.⁹¹ La razón de ser de esta agravante, no es más que la mayor reprobación que supone la existencia de un actitud traicionera por parte del delincuente. Para que pueda apreciarse la alevosía, es preciso que concurren en la ejecución del hecho, medios, modos o formas que tiendan especialmente a asegurarla o hacerla objetivamente idónea. Se justifica la existencia de esta agravante en relación con los delitos de homicidio y lesiones, porque plantea una situación de superioridad (ataque de improviso), que impide al pasivo la posibilidad de defensa; de alguna manera la alevosía es una circunstancia de ocasión, que determina su análisis dentro de los elementos objetivos del tipo penal, sin perder de vista que hay legislaciones de algunos Estados que no contemplan la alevosía como agravante, tal es el caso del Código Penal de Nuevo León, Guerrero y Querétaro.⁹²

b) La ventaja, el artículo 316 describe las formas en que se manifiesta y son los siguientes:

I.- Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado;

II.- Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan;

91.- Cfr. LA ALEVOSIA NO ES MAS QUE LA MAXIMA VENTAJA.

1.- La alevosía no es más que la máxima ventaja y requiere un principio de premeditación que tiende a valerse de un medio que no de lugar al ofendido a defenderse, lo que no se configura solamente por el hecho de que las lesiones que recibió la víctima estén situadas en la espalda. Suprema Corte de Justicia de la Federación. Quinta Epoca. Tomo LLLXIII. p. 4278, citada por Porte Petit Candaudap, Celestino. **Dogmática contra los delitos contra la vida y salud personal.** op. cit. p. 296.

92.- Cfr. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León, Guerrero y Querétaro. Editorial Cajica. Edición 1996, 1997 y 1995, respectivamente.

III.- Cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido y;

IV.- Cuando éste se haya inerme o caído y aquel armado o de pie.

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en legítima defensa, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pié fuere el agredido, hubiere corrido peligro de su vida por no aprovechar esa circunstancia.

En relación a la superioridad en fuerza física entre el infractor y el ofendido, se debe reflejar no solamente en una apreciación objetiva sino también subjetiva, donde el delincuente manifieste su mayor fuerza y poder para dominar al pasivo, siempre que este último no se encuentre armado, porque de ser así el desequilibrio que requiere la superioridad corporal se destruye con una posible ventaja en el pasivo por el arma empleada. En la segunda forma de presentarse la ventaja, es cuando el agente tiene conocimiento directo de saber que es superior por el arma empleada, el manejo o destreza de la misma o por el número que lo acompañen.⁹³ Evidentemente refleja una superioridad objetiva que impide al pasivo estar en condiciones de defensa; lo mismo sucedería con la tercera forma de manifestarse la ventaja, que es valerse de algún medio que debilita la defensa de la víctima; en todas ellas el agente debe tener conocimiento de la superioridad objetiva y subjetiva en relación con el pasivo.

93.- Sobre la última hipótesis de la fracción II, en el mundo fáctico el Ministerio Público ha llegado a ejercitar acción penal por el delito de homicidio calificado (cometido en pandilla), agravante que a mi juicio no debe ser aplicable al delito de homicidio, ya que este tiene agravantes y atenuantes específicas, y si bien ambas figuras tienen como factor común la pluralidad de sujetos, la que debe aplicarse es la agravante específica, que sería la prevista en el artículo 316, atendiendo al principio de especialidad.

En relación a la ultima hipótesis, cuando el pasivo se encuentra inerte o caído, es el punto de inicio del estado de indefensión, pero, además se requiere que el activo se encuentre armado o de pié, reflejando con ello una mayor superioridad y con conocimiento de que no corre peligro su vida, porque de lo contrario trastocaría la ventaja que debe tener el sujeto activo, en relación con el pasivo.

En los tres primeros casos, es evidente que si se da alguna causa de licitud como es la legítima defensa, no procedería la ventaja, por ejemplo cuando el sujeto pasivo defiende su vida utilizando un arma o instrumento en su defensa o de los demás. En todos estos casos, se requiere que el delincuente no corra riesgo de ser muerto o herido, ya que de lo contrario no procederá la calificativa, tal como lo dispone el artículo 317.

Es importante destacar que el Estado de Sonora no contempla la calificativa de ventaja, pero sí considera otras agravantes diversas.⁹⁴

c) La traición, el artículo 319 la define como el que "no solamente emplea la alevosía sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima o la tácita que ésta debía prometerse de aquél con su relación de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza", como lo señala Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, la traición no es más que un grado agravado de alevosía. La alevosía calificada por la perfidia,⁹⁵ esta agravante se caracteriza por la actitud de deslealtad y traición del sujeto activo para con el pasivo. De

94.- Cfr. Código Penal del Estado Libre y Soberano de Sonora. Colección de Leyes y Códigos, Edición Anaya Editores. Edición 1996.

95.- Cfr. Carrancá y Trujillo- Carrancá y Rivas, Raúl. op. cit. p. 839

las tres calificativas ésta es la más repugnante, porque refleja en el sujeto activo un desprecio total por los valores humanos; para que surja esta calificativa en el mundo fáctico, se requiere por lo regular de las demás agravantes: la alevosía, la premeditación y la ventaja; de ahí que también resulte ser cuestionada dicha agravante, porque puede abarcar para su configuración las otras tres. De lo anterior podemos concluir que si no se acredita la perfidia, la violación a la fe o seguridad expresa o tácita que le tiene la víctima o por la confianza depositada, no se acreditaría esta agravante sino cualquier otra. Sobre el particular, de acuerdo a la definición que da el Código, se hace referencia a la violación de la fe o seguridad que en forma expresa le había prometido a la víctima y tácita en relación al parentesco, amistad, etc. La que presenta problemas de interpretación es la primera, ya que quiere dar a entender que con anterioridad se le había ofrecido al pasivo en forma expresa seguridad, es decir, prevé la posibilidad de que este último tuviera alguna desconfianza de ser atacado por el activo, aquí hay animadversión llevándonos a la certeza de que la víctima percibía odio del inculpado, el cual es incompatible con la confianza y seguridad que se supone debe prevalecer para que proceda esta agravante.⁹⁶

La traición se manifiesta obviamente a través de ciertas circunstancias objetivas y subjetivas, tan es así que para llevar a cabo esa circunstancia el sujeto requiere analizar serenamente los sentimientos y móviles que lo impulsan para cometer el delito, y esperar el momento preciso (asechanza) y aprovechándose de la confianza que tiene el pasivo en el activo; luego entonces, si bien es cierto acepta que haya alevosía y esta

96.- Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época Segunda Parte Volumen 169-174. p. 155

también tiene un punto de inicio de la premeditación, al final cuando se materializa todo este proceso reflexivo, da cabida a la ventaja.

Los Estados como Nuevo León, Guerrero y Querétaro no contemplan la traición como calificativa del delito de homicidio y lesiones.⁹⁷

4.2. Las Calificativas que se relacionan con los elementos subjetivos.

a).- La premeditación, el artículo 315, la define como "la reflexión que hace un sujeto sobre el delito que va a cometer". La doctrina por su parte no tiene un criterio unívoco para definirla, reflejando cierta inseguridad para resolver su naturaleza jurídica.⁹⁸ La palabra premeditación está compuesta por el sustantivo **meditación** que indica "aplicar con profunda atención el pensamiento a la consideración de una cosa o discurrir sobre los medios de conocerla o conseguirla",⁹⁹ también puede considerarse como un juicio o análisis mental sobre diversas cosas, y del prefijo "**pre**", que denota antelación, prioridad o encarecimiento (preexistir, preconcebir, preponderar);¹⁰⁰ luego entonces, es una meditación previa sobre ciertas cosas, de ahí que ésta agravante se componga de dos conjuntos: a) el transcurso de tiempo más o menos largo, entre la resolución y ejecución del delito; y b) que el agente en el decurso haya meditado reflexivamente,

97.- Cfr. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León, Guerrero y Querétaro. Colección de Leyes y Códigos Anaya Editores 1996-1997.

98.- Cfr. Carrancá y Trujillo-Carrancá y Rivas, Raúl. op. cit. p. 830, la define como "la existencia de un espacio de tiempo más o menos largo entre la determinación y la acción homicida unida al ánimo frío y reflexivo"; Jiménez Huerta, Mariano. op. cit. p. 96, nos dice que es una situación anímica antagónica al estado de violenta emoción es la honda reflexión y la considera como una agravante subjetiva; González de la Vega, Francisco. **Código Penal Comentado**. 9a. Edición. Editorial Porrúa. 1989 p. 427, considera a la premeditación como una circunstancia subjetiva, por la que el agente resuelve previa deliberación mental, previo pensamiento reflexivo la comisión del hecho de sangre

99.- Palomar de Miguel, Juan. op. cit. p. 823

100.- *Ibidem*. p. 1059

deliberado maduramente su resolución. La jurisprudencia con mayor amplitud la interpreta como "la meditación antes de obrar, el deseo formado antes de ejecutar la acción en que se comete el delito, mediando un término más o menos largo y adecuado para reflexionar maduramente"; "existe la calificativa de premeditación, si el acusado concibió la idea de ejecutar el homicidio y entre la ejecución y la concepción transcurrió un tiempo apreciable que lo colocó en condiciones de reflexionar sobre el delito que se propuso cometer".¹⁰¹

Considero que lo que se pune no es el pensamiento, sino el tiempo de reflexión para preparar la conducta, la cual para que tenga vida en el mundo fáctico debe materializarse. En este sentido, si el dolo es cuando el sujeto conociendo los elementos del tipo o previniendo el posible resultado quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y la premeditación es el tiempo más o menos largo de reflexión entre la resolución y ejecución del delito, entonces se cuestiona si existe diferencia entre ambas figuras, y llegamos a la conclusión que no hay ninguna, porque nada impide que en la conducta dolosa, el sujeto requiera de un tiempo más o menos largo de reflexión; lo que en esencia es el dolo, es decir, es decir, no es solamente el querer y aceptar el hecho momentos previos al evento, sino que exista dentro de la conducta dolosa un proceso relativamente largo de reflexión para obtener el fin.

Independientemente de lo que el suscrito pudiera pensar, la ley la contempla como calificativa; por lo que el homicidio cometido ya sea concurriendo una o las cuatro agravantes tiene una pena de veinte a

101.- Semanario Judicial de la Federación. Tomo XL. pp. 26 y 27. Quinta Epoca y Tomo XLVII p. 5160

cincuenta años y de un tercio a dos terceras partes más de la punibilidad prevista para el delito de lesiones, según se acumulen las agravantes. En relación al aumento de punibilidad por la agravante de premeditación para el delito de homicidio o lesiones, no la justifico, porque la premeditación es un dolo acentuado, además de que en el mundo fáctico para materializar esta conducta, se requiere de cualquiera de los otras tres agravantes, que son las que la pueden absorber.

Es importante destacar que la legislaciones de los Estados de Nuevo León, Guerrero y Querétaro, no contemplan la premeditación como agravante; lo mismo vemos a nivel internacional con el Código Penal Argentino.¹⁰²

Ahora bien, por qué ubicamos a la premeditación como una agravante en el elemento subjetivo del tipo, la respuesta es simple, es decir, si bien el delito de homicidio y lesiones son de resultado material, esta agravante se caracteriza por ese marcado elemento subjetivo (reflexión). Autores como Francisco González de la Vega y Mariano Jiménez Huerta son de la idea de que es una agravante subjetiva,¹⁰³ a diferencia de los demás que requieren materializar la conducta, por medio de alguno de los elementos objetivos del tipo.

Otras formas de manifestarse la premeditación, según el artículo 315 párrafo tercero, es **cuando las lesiones o el homicidio se**

102.- Cfr. **Código Penal de la República de Argentina**. Editorial Zavalia. Buenos Aires. Edición 1994. Artículo 80. Con la aclaración de que se admite la premeditación cuando hay concurso de dos o más personas; pero autores como Fontán Balestra, Carlos. **Derecho Penal Parte Especial**, Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina 1985, p. 39 y Creus, Carlos. op. cit. p. 29, ambos coinciden en que la legislación de Argentina no considera la premeditación como agravante.

103.- Ver cita 98.

cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquiera otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes por retribución dada o prometida, por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad.

Las hipótesis que en este párrafo se plantean tienen un punto de coincidencia, que es en que el sujeto activo debe previamente haber reflexionado sobre los medios a utilizar, sea inundación, incendio, bombas, explosivos, para ejecutar el delito, ya que es distinto que derivado de fenómenos naturales o provocados por terceras personas, con posterioridad se comentan los delitos de homicidio y lesiones¹⁰⁴ lo cual no procedería la premeditación,¹⁰⁵ aún a pesar de que el citado numeral establece que se "presumirá la premeditación", debe entenderse que esa presunción es "juris tantum", la cual esta sujeta a ser destruida, debiéndose de probarse,¹⁰⁶ lo anterior no limita la posibilidad de considerar como agravantes los medios referidos en el citado numeral; pero en forma independiente a la premeditación.¹⁰⁷

Cuando el medio que se utiliza es el veneno, debemos entender éste como "una sustancia que se puede introducir en el organismo humano, por medio de la ingestión, inhalación, aspiración, inyección,

104.- Cfr. Carrancá y Trujillo-Carrancá y Rivas, Raúl. op. cit. p. 832. Para ilustrar lo anterior, señalo como ejemplo: Cuando derivado de un incendio, un sujeto recuerda que debe a otro cierta cantidad de dinero y aprovecha el incendio para matarlo, considero que para que se de la premeditación debe de ir inmersa el deseo de provocar un incendio para no pagar, privando de la vida al pasivo

105.- Hay Estados como el Código Penal de Chiapas, Zacatecas, Tlaxcala, Guerrero y Querétaro que contemplan como agravante fuera de la premeditación la circunstancia de haberse cometido por medio de inundación, incendio, minas, bombas, explosivos, veneno, asfixia, sustancias tóxicas,

106.- Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. **Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal**. Octava Edición. Editorial Porrúa, 1985. p. 313

107.- Carrancá y Trujillo-Carrancá y Rivas, Raúl. op. cit. p. 832

absorción, cutánea, etc., que tenga como potencialidad causar la muerte o la lesión de una persona".¹⁰⁸ En este supuesto no necesariamente puede haber una reflexión previa para matar o lesionar, ya que pueden presentarse en forma casi inmediata al hecho, para que opere la presunción de la premeditación, como lo señala Carrancá y Trujillo-Carrancá y Rivas Raúl, es preciso que la sustancia sea proporcionada a la víctima en forma incidiosa y no mediante el empleo de la fuerza,¹⁰⁹ al igual sucedería en relación a las sustancias nocivas a la salud, ya que de prevalecer por medio la fuerza, se aplicaría otra agravante; pero además, la esencia del suministro de sustancias nocivas a la salud, tiene como característica que quien las suministra lo haga en forma inteligente sin que el pasivo se percate de tal conducta.

En la hipótesis de contagio venéreo, con mayor claridad se exige que el sujeto activo debe tener en principio conocimiento previo de su enfermedad y posteriormente querer transmitirla causando un daño, ya sea la lesión o la muerte; Jiménez Huerta refiere que el contagio venéreo no es un medio adecuado para producir la muerte,¹¹⁰ no es un medio ideal pero sí posible en una mente perversa donde puede tener el sujeto activo motivos múltiples para utilizar esta vía hasta llegar a una especie de tormento psicológico.

La asfixia, implica el mecanismo de la estrangulación, todo un proceso conducente a obturar las vías respiratorias, por compresión de la víctima hasta lograr su asfixia.¹¹¹

108.- Ibid

109.- Ibid

110.- Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Tomo III. op. cit. p. 109

111.- Amparo Directo. 1124/56 quejoso Alvarado Vargas León, Julio 13 de 1956. Unanimidad de cinco votos, Ministro Agustín Mercado Alarcón. Secretario Rubén Montes de Oca. primera Sala. Informe 1956. Parte II. p. 50, citada por Dáz de León Marco Antonio. op. cit. p. 556

La retribución dada o prometida requiere la existencia de dos sujetos activos, el que ofrece y el que recibe el pago (dinero o especie), se requiere que se estipule el precio para que opere.¹¹²

Por tormento podemos entender: "Angustia o dolor físico//angustia, congoja o aflixión de ánimo".¹¹³ Se atormenta a la persona a quien se priva de la vida cuando se aumenta inhumana y deliberadamente su propio dolor, causándole males innecesarios para la ejecución del delito; hay quienes consideran que la ratio es la presunción, donde el sujeto se propone causar un dolor lento y prolongado, se requiere de serenidad, sangre fría, dominio de sí mismo donde el agente se complace de la agonía, alargándola.¹¹⁴ Podemos deducir que el tormento puede causar una lesión física o moral o ambas a la vez. Aquí lo que se pune es el medio utilizado y como consecuencia el resultado. En ese sentido advierto que la ley pune igual a las diferentes hipótesis señaladas en el artículo 315 último párrafo, lo que considero no es equitativo, ya que, por ejemplo, la utilización del veneno dista mucho del tormento, que si bien tienden a obtener el mismo resultado, la ejecución es diferente y puede variar mucho para determinar el mayor o menor grado de sufrimiento en la víctima.

Motivos depravados, que se ubican en el ámbito de las relaciones sexuales que refleja en el individuo, problemas de orden psicológico anormal, como son la zoofilia, necrofilia, mantener relaciones sexuales anormales frente a menores, que pueden provocar en el sujeto activo una satisfacción y en el pasivo una lesión, trastocaría no solamente su integridad física sino también su integridad moral. Según la forma en que se

112.- Cfr- Carrancá y Trujillo- Carrancá y Rivas, Raúl op. cit. p. 832

113.- Palomar de Miguel, Juan. op. cit. p. 1335.

114.- Jiménez Huerta, Mariano. **Tomo III.** op. cit. p. 110

manifiesten los hechos, el estudio de esta agravante puede ser en los elementos objetivos del tipo o en la culpabilidad, que por lo regular tiende a analizarse en la culpabilidad, porque tiene que ver con la personalidad del sujeto.

La brutal ferocidad, de la misma manera es una alteración de la personalidad del sujeto que va de la mano con un desprecio a la vida humana y como consecuencia a los valores morales; su personalidad es proclive al delito, de sentimientos abyectos y su conducta sanguinaria.¹¹⁵ Se caracteriza esta agravante porque el sujeto carece de una causa racional para cometer el delito de homicidio o lesiones, es decir, es menester que obre por resurgimiento de sus primitivos instintos de sangre, por lo que si se demuestra que antes de los hechos, había ocurrido una riña o el sujeto activo le tenía odio o rencor a la víctima, dará cabida al ensañamiento, que es una conducta diferente.¹¹⁶ No deja de ser muy tenue la distinción entre una y otra circunstancia.

Uno de los puntos que ha motivado mayor diferencia de criterios a nivel jurisdiccional, es el definir si realmente la brutal ferocidad es compatible o no con la premeditación. A esta circunstancia (brutal ferocidad), la ley le atribuye el carácter de presunción de premeditación, es decir, se le consigna una presunción iuris-tantum, o sea, admite prueba en contrario, la convirtió en una presunción ficta, atendiendo a los motivos de ejecución y no toma en consideración el elemento subjetivo;¹¹⁷ en ese sentido también la

115.- Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Séptima Época. Segunda Parte. Vol. 193-198. p. 13

116.- Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte. Séptima Época. Vol. 199-204. p. 11; Vol. 76. p. 25; Quinta Época, Tomo CXII. p. 1153, entre otras

117.- Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Segunda Parte. Vol. 103-108. p. 106

Autoridad federal ha dictado resoluciones diferentes, al referir que "la brutal ferocidad no consiste en el número de lesiones, sino en el intento premeditado de hacer más larga la agonía de la víctima",¹¹⁸ en cambio, también ha reiterado que la brutal ferocidad resulta incompatible con la premeditación.¹¹⁹ Al respecto, el considerar a la brutal ferocidad como una presunción de premeditación, va contra la seguridad jurídica que debe brindar una norma. En el mundo fáctico, la tendencia es que sean incompatibles, porque si hay premeditación, quiere decir que el sujeto activo previamente tenía motivos, ya sea el odio o el rencor o por una promesa sobre algo, que daría cabida a otra agravante, porque la esencia de la brutal ferocidad es manifestar en forma natural el instinto primitivo y felino para actuar de esa manera.

Si aceptamos las reflexiones hechas con anterioridad, las agravantes a que se refiere el multicitado párrafo tercero del artículo 315, por su naturaleza pueden tener un tratamiento diferente; para definir su ubicación sistemática en la estructura del delito, debemos considerar la forma en que se emplean o la personalidad del individuo. Así, cuando se utiliza la inundación, incendio, explosivos, veneno o cualquier otra sustancia nociva contra la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes, son medios utilizados por el agente para obtener el resultado, justificándose con ello su calidad de agravantes y, como consecuencia, un incremento en la pena. El análisis de esas circunstancias por su naturaleza, debe ser dentro de los elementos objetivos del tipo.

En relación al tormento y brutal ferocidad, de acuerdo a la forma en que se comenten los hechos y a la personalidad del agente,

118.- Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Quinta Epoca. Tomo CXX1. p. 362.

119.- Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Séptima Epoca. Vol. 199-204. p. 12

podríamos ubicar su análisis dentro de los elementos objetivos del tipo o en la culpabilidad, es decir, para cometer el delito de homicidio no es igual que el sujeto lo haga lentamente, mutilando el cuerpo del pasivo, gozando de su sufrimiento, a que lo haga en forma bestial, derivado de un momento de obnubilación. En el primer caso su análisis se hará con relación a los elementos objetivos del tipo; en el segundo, en cambio, toda vez que puede afectar la imputabilidad, su análisis se hará en la culpabilidad, ya que el sujeto no tiene en ese momento la capacidad de comprender la ilícitud del hecho y como consecuencia, su conducta obedece a actos instintivos e irracionales, que provocan en su mente momentos de obscuridad; estos casos son excepcionales ya que la mayoría son conductas atribuidas al tipo penal, donde el sujeto con frialdad al comprender el carácter ilícito se conduce de acuerdo a esa comprensión y materializa su conducta.

Por otra parte, si concluimos que las hipótesis planteadas en el citado numeral no necesariamente se adecuan a la definición de premeditación que nos señala la ley, y otras se repelen, sería conveniente que se dejaran de contemplar como circunstancias que presuponen la premeditación, y en disposición diversa se consideran como calificativas del delito de homicidio y lesiones, como algunos Estados de la República lo señalan,¹²⁰ graduando en cada una de ellas la punibilidad atendiendo al principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.

También se presumirá que hay premeditación, cuando se producen lesiones o la muerte derivada del delito de abandono de persona, tal como lo refiere el artículo 339. En este caso estamos ante la presencia de un

120.- Cfr. Código Penal del Estado Libre y Soberano de Nuevo León artículo 317, Chiapas artículo 130, Zacatecas artículo 301 y Tlaxcala artículo 272

concurso real de delitos, donde primero se da el abandono del sujeto pasivo y derivado de ello se produce la muerte; se requiere también que el pasivo sea incapaz, ya sea por la edad o el estado psicológico para subsistir por sí mismo.

Esta figura produce varios comentarios, ya que si bien la ley, por el disvalor del resultado presume la existencia de la premeditación, ello dentro del mundo de los hechos no siempre se da, ya que ese abandono debe ser en forma total y con conocimiento cabal y efectivo de que sin el cuidado del sujeto activo las personas que tienen bajo su tutela, guarda o custodia no podrán sobrevivir. Sobre el particular, existen algunas jurisprudencias en el sentido de que si la víctima por cualquier circunstancia, es atendida en sus necesidades elementales por cualquier otra persona, no se acreditará dicha agravante,¹²¹ por ello consideramos que se debe exigir total conocimiento del sujeto activo sobre el delito que pretende cometer.

En este caso, no necesariamente se da la premeditación, aunque se de el resultado muerte por el abandono, sin existir dolo, por ejemplo: cuando la mujer abandona al menor recién nacido y sale en busca de una medicina que requiere el propio menor lejos del lugar donde habita y al regresar después de varias horas pensando que el menor se encuentra dormido, éste muere por asfixia. También puede suceder que la mujer confía en que una persona va a llegar a cuidar al menor, lo cual está lejos de existir una conducta dolosa y menos aún la premeditación, que por su naturaleza requiere un conocimiento previo del delito que se pretende cometer.

121.- Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Época Quinta. Tomo CXXI. p. 2384. con el título ABANDONO DE PERSONA, DELITO DE

Por otra parte, no debe estar ubicada esta agravante en el Capítulo VII del Título Décimo Noveno (Delitos contra la vida e integridad corporal), sino en el Capítulo Primero y Segundo del mismo título, ya que lo que se privilegia es el resultado (muerte) y no el abandono.

4.3.- Atenuantes que se relacionan con los elementos del tipo penal.

Hay atenuantes que se relacionan con en el tipo penal, ejemplo: cuando la reaprehensión del prófugo se logra por gestiones del responsable de la evasión, (artículo 153), el marco de punibilidad para este caso es de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, es menor al de la evasión de presos normal que es de seis meses a nueve años de prisión, en este caso el legislador disminuye la punibilidad prevista, cuando existe una conducta restitutiva del responsable para detener al preso evadido; si bien el delito ya se consumó, también resulta cierto que no puede sancionarse igual aquella conducta consumada pero reparada por el mismo autor, por eso, se refleja en la pena que tiene cierto matiz retributivo. De ahí que esta atenuante se relaciona con los elementos objetivos del tipo, porque el objeto de la acción recae en la conducta del propio responsable que permitió la evasión del preso.

Se considera una atenuante cuando se libera espontáneamente al secuestrado cuya víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años o que por cualquier circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación ilegal de la libertad, sin lograr el propósito a que se refiere la fracción I y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas en la fracción II del artículo 366; la pena será de uno a cuatro años prisión y de cincuenta a ciento

cincuenta días multa, marco de punibilidad que es inferior al señalado en la fracción I y II que es de diez a cuarenta o de quince a cuarenta años de prisión. En esta hipótesis la sanción es inferior, ya que si bien es cierto que el secuestro es con el fin de un rescate, de amenazar o privar de la vida o causar un daño o perjuicio, pero no logra su propósito y deja en libertad al individuo, motiva una pena menos grave, ya que el daño es menor; es decir, en este último caso se da una privación ilegal de la libertad que prevé el artículo 364, ya que la contemplada en el artículo 366, el mismo sujeto activo impidió su consumación (arrepentimiento¹²² aunque haya ejecutado todos los actos tendientes a obtener el fin previsto por el citado artículo 366); de ahí que la sanción sea mayor a la privativa de libertad (artículo 364) y menor a la prevista por el secuestro (artículo 366); luego entonces, el análisis de esta atenuante también se relaciona con los elementos objetivos del tipo penal .

Lo mismo sucede cuando espontáneamente se libera al secuestrado sin lograr el propósito a que se refiere la fracción I del citado artículo 366, pero se entiende que en este caso sí se cometió con alguna de las agravantes previstas en la fracción segunda, la pena será de tres a diez años y de doscientos cincuenta a quinientos días multa; aquí nuevamente puede presentarse como un arrepentimiento, pero ello no impide que se hayan ejecutado actos que constituyen otro delito con un injusto menor y como consecuencia la punibilidad corre la misma suerte.

Cuando el intermediario en la operación de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos se

122.- "Artículo 12...si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos"

obtengan dinero, título valores por el importe de su precio a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no se destinaren en todo o en parte al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro, la pena será la misma que prevé el artículo 386,¹²³ pero si el sujeto activo devuelve a los interesados las cantidades de dinero obtenidas antes de que formulen conclusiones en proceso respectivo, la pena será de tres a seis meses de prisión (artículo 387 fracción XIX párrafo último). Este supuesto es sumamente cuestionable, ya que además de estar consumada la conducta, se trastoca todo un proceso para imponer una pena diferente cuando se devuelve el dinero o valores antes de que se formulen conclusiones en el proceso, esta figura es compleja porque también puede otorgar el perdón y extinguir la acción penal.

Caso semejante se observa en la fracción XX del citado artículo 387, en la hipótesis de constructores o vendedores de edificios o condominios que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de el, si no lo destinan todo o en parte al objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro, será aplicable también la misma regla de la fracción anterior (XIX, último párrafo), es decir, con una punibilidad de 3 a 6 meses de prisión.

Hay atenuantes que se relacionan con el delito contra el consumo y la riqueza nacional, que consiste en la suspensión, procesamiento,

123.- "Artículo 386-----

El delito de Fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de tres días a seis meses o de treinta a ciento ochenta días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario:

II.- Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado exceda de diez pero no de quinientas veces el salario, y

III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuera mayor de quinientas veces el salario

distribución, oferta o venta de mercancías o prestación de servicios que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios con objeto de tener una alza en los precios o afecten el abasto de los consumidores; en este caso la pena será de tres a diez años y de doscientos a mil días multa. Pero si se depone esa conducta ilícita dentro de los dos días siguientes hábiles al momento en que la autoridad administrativa competente lo requiera, la sanción aplicable será de seis meses a tres años de prisión o de cien a quinientos días multa, que prevé el párrafo segundo del inciso e) de la fracción I del artículo 253. Como se podrá advertir el núcleo del tipo consiste en causar trastornos perjudiciales en el mercado nacional de mercancías y servicios. Son delitos de lesión, dolosos, e instantáneos y se consuman por el hecho de suspender la producción, procesamiento, distribución de mercancías o la prestación de servicios con el objeto de obtener una alza en los precios con ganancia para los autores y en perjuicio del consumidor; de ahí que el legislador no sea congruente con la pena impuesta con el daño ocasionado, ya que se afecta no a un individuo, sino a la sociedad, porque el estándar económica de las familias se ve disminuido, y el desarrollo corporal de los habitantes empeora; pero además la forma de especular es despreciable. Y si bien la ley prevé que si se depone la conducta dentro de los dos días hábiles siguientes al momento que la autoridad administrativa lo requiera, la sanción aplicable se disminuirá, pero en este caso es una conducta consumada y el daño está realizado, tan es así que entre el inter de la suspensión y el requerimiento de la autoridad puede transcurrir un tiempo relativamente largo.

Existe una atenuante donde participan dos sujetos y es la riña en el delito de homicidio o lesiones. Nuestra legislación en el artículo 314 señala lo que debe entenderse por esta figura y dice "es la contienda de obra

y no de palabra entre dos o más personas". En este caso y para los efectos de la pena se tomará en cuenta lo dispuesto en los artículos 51 y 52 considerando quién es el provocado y quién es el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación; se le impone un marco de punibilidad de cuatro a doce años de prisión cuando se comete el delito de homicidio y se reducirá hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según se trate de provocador o provocado (artículo 308 y 297) respectivamente; en este supuesto debe sancionarse con mayor severidad a quien provoca la contienda y no a quien da el primer golpe. Los contendientes deben de tener el ánimo rijoso y ponerse en el mismo plano de ilicitud, donde necesariamente debe existir un intercambio de golpes entre una o varias personas. Como se apuntaba, la riña es una circunstancia de ocasión, donde dos o más personas aprovechan para causarse daño, ya sea la muerte o la lesión, en consecuencia es una circunstancia que se analizará en los elementos objetivos del tipo penal.

Dentro de esta modalidad de atenuantes también se encuentra el duelo, figura que no es común en nuestro país, pero que en el mundo de los hechos se puede presentar, es una actitud que en un tiempo se dio en lo que se llamó "duelo entre caballeros", partes que se encuentran conscientes del posible resultado, se ubican en el mismo plano de ilicitud, pero a diferencia de la riña, en el duelo hay igualdad de circunstancias entre los contendientes. Esta circunstancia se caracteriza porque se inhiben más los ímpetus brutales del individuo, y aunque el resultado es el mismo las condiciones de la conducta cambian, por ello el injusto es menos grave; en consecuencia, la punibilidad debe ser menor. Así vemos que para el delito de homicidio es de dos a ocho años de prisión y para las lesiones, la punibilidad será la misma que en el caso de la riña. Es importante reflexionar sobre esta

figura que resulta ser cuestionada, ya que por una parte se afecta un bien jurídico que es la vida o la salud de la otra persona, pero por la otra, existe la libertad del sujeto de poder decidir sobre su propia vida o integridad en igual circunstancias que el otro sujeto.

5.- Análisis de las calificativas que se relacionan con la culpabilidad.

Como reiteradamente lo hemos señalado,¹²⁴ nuestro Código solamente prevé de manera expresa una atenuante que se relaciona con la culpabilidad, que es aquella en que derivado del estado de emoción violenta se causen homicidio o lesiones (artículo 310). Es importante destacar que hay quienes piensan que la aplicación de esta circunstancia se presenta entre cónyuges en el acto carnal con otra persona o en un estado cercano a éste, también puede presentarse cuando el ascendiente sorprende al corruptor de su descendiente o por lo menos cuando se encuentre bajo su patria potestad o también cuando el descendiente encuentra a su padre o su madre en un acto sexual con otra persona distinta al padre de aquel, es decir, hay una variedad en la calidad del sujeto activo. Interpretación que surge precisamente de la descripción que hace el citado artículo 310 donde no limita quiénes intervienen en su comisión, si partimos del principio de que el estado de emoción violenta es un estado psíquico, donde el sujeto actúa por impulsos, no tiene frenos inhibitorios que le impida la comisión del hecho delictivo, implica como consecuencia que no basta actuar bajo una emoción simplemente, sino que esta debe ser violenta, pero además debe existir una provocación de tal manera grave que haga excusable el estado subjetivo bajo cuyo impulso actúe el agente; se requiere también la relación de proporcionalidad entre el estado de emoción violenta y la provocación,

124.- Al respecto ver punto 1.2.2. del capítulo IV y 2.2 del capítulo V

debiendo ser esta valorada para los efectos de la individualización de la pena.¹²⁵

Para poder determinar ese estado psicológico debe estar plenamente comprobado mediante la atención médica, pues el sólo dicho del impetrante no es suficiente para considerar acreditado dicho estado.¹²⁶ Es importante precisar que la Autoridad federal ha emitido opinión, en el sentido de que el estado de emoción violenta no excluye o disminuye la imputabilidad sino la penalidad, argumentando que el trastorno transitorio es una causa de inimputabilidad, que trae como consecuencia la no exigibilidad del delito ante la falta de uno de sus elementos principales.¹²⁷ Al respecto considero que la Corte confunde el trastorno transitorio con la enfermedad, ya que cuando la fracción VII del artículo 15 habla de trastorno transitorio se inclina por una enfermedad y no un lapso momentáneo que pudiera tener un sujeto y de obscuridad (incapacidad de reflexión), es decir, en relación a la imputabilidad del individuo lo único que le resta es la capacidad del sujeto de comprender el carácter ilícito en ese momento de obnubilación.

Podemos concluir que el estado de emoción violenta en el que se encuentra el agente para cometer el delito de lesiones u homicidio, es una atenuante de la culpabilidad, porque influye en la personalidad del sujeto en particular en la imputabilidad, donde se da una imputabilidad disminuida; como consecuencia, el hecho lo hace menos grave y por ello, tiene una punibilidad menor; de ahí que para el homicidio se prevea de 2 a 7 años de

125.- Cfr. Semanario Judicial de la Federación Séptima Epoca. Tomo 199-204. Segunda Parte. p. 41

126.- Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Octava Epoca. Tribunales Colegiados de Circuito Tomo XII-Julio. p. 212

127.- Cfr. Semanario Judicial de la Federación Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Epoca. Tomo V. Segunda Parte. p. 210

prisión y para la lesión hasta una tercera parte de la que le correspondería en su comisión; por ello ni siquiera se le considere delito grave (artículo 268 del Código de Procedimientos Penales), para los efectos de obtener la libertad provisional

De la misma manera ya planteamos el homicidio piadoso, señalando como ejemplo cuando la pasivo (cónyuge) se encuentra con una enfermedad incurable y de tales sufrimientos se obliga el sujeto activo (cónyuge) a terminar con el padecimiento cerrando la válvula de oxígeno o de líquido que le da vida en ocasiones artificial al pasivo, todo ello en un momento de extremada desesperación y angustia que provoca como desenlace la muerte. Este caso también se puede presentar, cuando el sujeto consciente y en forma fría cierra la válvula de oxígeno sabiendo las consecuencias jurídicas, en ambos casos no le podemos exigir al agente un comportamiento contrario a lo previsto en la norma. La ley no podemos aplicarla con tanta frialdad, sino que esta debe ir matizada con un cargado elemento de sensibilidad y justicia. Este caso si bien no esta previsto en forma expresa como el estado de emoción violenta, puede ser un motivo de ejercicio práctico para que se vaya definiendo el criterio no solamente en el orden jurisdiccional sino hasta legislativo.¹²⁸ Existen países que han contemplado este tipo de homicidio y lo han denominado homicidio "a bien morir", como atenuante, con una punibilidad inferior al homicidio simple, por ejemplo: el Código de Defensa Social de Cuba del año de 1936 (artículo 437); el Código Penal de Argentina de 1937 (artículo 117), proyecto del Código Penal

128.- Llevar a la práctica este caso es responsabilidad de las autoridades que intervienen en una causa penal, pero también es interesante que se pudieran contemplar legislativamente

Brasileño de 1928 y 1940 (artículo 121) y el de Costa Rica de 1941 (artículo 189).¹²⁹

En el mundo de los hechos pueden presentarse diversas hipótesis, que cada una de ellas merece analizarse en forma particular para determinar en donde se puede encuadrar su actuar, ya sea en la inimputabilidad, en la conciencia de la antijuridicidad o en la exigibilidad de otra conducta, lo que determinará el grado del reproche y como consecuencia la pena. Es cierto que en este último caso se puede prestar a discusión porque no lo contempla la ley, pero también lo es que el código no puede contemplar todas las hipótesis que se puedan presentar en el mundo fáctico, por lo que consideramos que esta hipótesis se debe de resolver bajo el principio de equidad, justicia y razón, excluyendo el delito, sin que pueda aplicarse punibilidad alguna, por violación al artículo 14 Constitucional, de aplicar una pena por analogía o mayoría de razón.

En relación a la circunstancia "motivos depravados" que señala el artículo 315 bis y que se presume existe premeditación; como ya lo señalamos al ser una agravante podría ser motivo de estudio ya sea en el elemento objetivo del tipo o en la culpabilidad, la tendencia es en este último elemento porque el tipo de casos se relaciona con la personalidad del delincuente, es decir, cuando la conducta deviene en motivos "depravados", se presenta en el individuo un problema de carácter psicológico que indica que su conducta es anormal; así advertimos que la conducta se relaciona con el ámbito sexual pero en forma anormal, ya que se pueden mantener relaciones con animales o frente a los menores; en estos casos el sujeto

129.- Jiménez de Asúa, Luis. **Libertad de Amar y Derecho a Morir**. Séptima edición, Ediciones Depalma Buenos Aires Argentina, 1992. pp. 380-38, citado por el autor

puede creer que su conducta esta justificada o no alcanza a comprender la
ilicitud de la misma, invadiendo con ello el campo de la culpabilidad

**CAPITULO
VI**

PROBLEMAS ESPECIALES

U.N.A.M

FACULTAD DE DERECHO

CAPITULO SEXTO.

PROBLEMAS ESPECIALES.

1. El error y las calificativas.

1.1.- Dolo y error. El error de tipo como causa de atipicidad.

En anteriores líneas señalamos que los tipos penales tienen elementos objetivos y subjetivos y entre éstos se encuentra el dolo y la culpa. Hemos también precisado que la conducta dolosa requiere del conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, además de la voluntad de realización, como lo establece el párrafo primero del artículo 9 del código penal federal.¹ Por tanto si en el caso concreto falta el conocimiento respecto de alguno de estos elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate, no podrá afirmarse la existencia del dolo.

1.- Artículo 9.- "Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y...".

Pero la ausencia del dolo no sólo se da por falta de conocimiento, que en la realidad fáctica puede darse respecto de los elementos requeridos por el tipo penal, sino también cuando el conocimiento se encuentra viciado por una situación de error. Así se desprende de lo previsto en el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, que establece que no hay delito o el delito se excluye, "cuando se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales del tipo penal".

Si hemos afirmado, por otra parte, que en principio las calificativas son elementos del tipo o tienen que ver con los elementos del tipo, entonces el error también puede recaer sobre alguna de las calificativas. Es decir, es dable que concurra el error en los tipos calificados, en la medida en la que tanto el tipo simple como el tipo calificado pueden concretizarse de manera dolosa, por lo que estimamos importante analizar en qué consiste ese error de tipo y qué criterio debemos de seguir respecto del mismo y las circunstancias calificativas.

Para entender la problemática del error, previamente debemos tener claridad que como aspecto negativo del dolo éste último contiene dos aspectos o momentos, el cognoscitivo y el volitivo. Hans Welzel nos dice que el aspecto cognoscitivo o intelectual del dolo comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal, debe darse en el momento de la comisión del hecho y debe de ser un conocimiento actual (presente) el que tenemos acerca de un objeto cuando localizamos sobre él nuestra actividad consciente.²

2.- Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán. Parte General.** op. cit. p.. 96

El aspecto cognoscitivo del dolo abarca tanto los elementos descriptivos, los cuales son percibidos por los sentidos del autor, como los elementos normativos del tipo, los cuales, por el contrario, no se perciben simplemente por los sentidos sino que se necesita de una valoración, sin que esto quiera decir que el autor necesite tener un conocimiento técnico-jurídico.³ Entre tales elementos se encuentran también las calificativas contenidas en el tipo penal.

El elemento volitivo del dolo "es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización)",⁴ que abarca tanto el fin propuesto como los medios elegidos y demás circunstancias.

Ahora bien, una de las causas que tienen como efecto la exclusión del dolo, que afecta el elemento cognoscitivo del dolo, es el que conocemos como error de tipo, que se da, según Zaffaroni, "cuando el aspecto cognoscitivo del tipo no abarca el aspecto objetivo en la forma típicamente requerida", en cuyo caso "la conducta no será dolosa, no habrá dolo y será atípica".⁵ En este sentido Jescheck refiere que la teoría del error de tipo "se halla conectada de forma inmediata a la teoría del dolo, ya que el error de tipo no es más que la negación del contenido de representación requerido para el dolo. Concorre error de tipo cuando en la comisión del hecho se desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal. Con ello se

3.- Cfr. Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** p. 108; Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** p. 209, entre otros.

4.- Cfr. Welzel, Hans. op. cit. p. 97.

5.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal.** p. 337. En ese sentido véase a Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del Delito.** Edición 1990. Editorial Temis. Bogotá Colombia. p. 61; Jescheck, Hans H. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.** p. 412; Bacigalupo, Enrique. op. cit. p. 108; Bustos Ramírez, Juan. op. cit. p. 297, entre otros.

alude en primer lugar a todos los elementos objetivos del tipo legal".⁶ Nos sigue refiriendo el autor, que en cuanto a su contenido, el error de tipo puede consistir tanto en una falsa representación como en la falta de toda representación, pues el error supone, en términos generales, la no correspondencia de conciencia y realidad.

El error de tipo se distingue en vencible e invencible, según que el sujeto pueda superarlo o no. Hay error vencible de tipo cuando el sujeto, aplicando el mínimo cuidado debido, puede salir del error en que se halla y, por ende, no causar el resultado. En estos supuestos, si existe el correspondiente tipo culposo, será culposa la conducta.⁷ En su lugar, habrá un error invencible de tipo cuando el sujeto, no obstante aplicar el cuidado debido, no puede salir del error en que se halla y, por ende, evitar el resultado. En este supuesto la conducta será atípica.⁸

De acuerdo con lo anterior, el error de tipo tiene como efecto excluir el dolo y, en su caso, también la culpa. Si el error de tipo es vencible excluye la tipicidad dolosa, pero deja subsistente la tipicidad culposa si existe el respectivo tipo culposo del delito de que se trate; en cambio, cuando es

6.- Cfr. Jescheck, Heinrich Hans. op. cit. p. 412; sobre el particular Esteban Juan Pérez Alonso. **Teoría General de las Circunstancias: Especial Consideración de las Agravantes Indeterminadas en los Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio.** Editoriales de Derecho Reunidas. España. 1995. p. 157, refiere que no es posible exigir la responsabilidad a título doloso a quien no conoce todos los elementos configuradores del tipo, porque falta el elemento cognitivo imprescindible para el dolo. En la acción dolosa, el autor presupone que debió conocer al cometer el hecho todos los elementos esenciales y accidentales referentes al tipo objetivamente realizado.

7.- Cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio. **Tratado de Derecho Penal. Vol. I.** pp. 339-340; Welzel, Hans **Derecho Penal Alemán.** op. cit. p. 112, quien también refiere sobre el error de tipo aceptando la posibilidad de que se dé culposamente siempre que exista el tipo culposo; Heinrich Jescheck, Hans. **Tratado de Derecho Penal. Tomo I.** p. 417, también acepta que se pueda sancionar culposamente el error de tipo cuando el tipo lo permite; Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español. Parte General.** op. cit. p. 298, entre otros autores.

8.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. op. cit. p. 340.

invencible elimina tanto la tipicidad dolosa como la tipicidad culposa de la conducta. Así se prevé expresamente en el artículo 15 fracción VIII inciso a) y párrafo último, así como en el artículo 66 primera parte.⁹

También se advierte, que para los efectos de la punibilidad acepta la posibilidad de que ambos tipos de error puedan presentarse como vencible, sancionándolos atendiendo a la punibilidad descrita en el citado artículo 66.

1.2.- Error sobre las calificativas.

Sentado lo anterior, procede definir cómo opera el error en los delitos calificados; para ello debemos partir, como lo refiere Reinhart Maurach, de la idea de que "todo lo que pertenece al tipo puede ser objeto de error".¹⁰ Postura contraria sostiene Juan Bustos Ramírez, al referir que no es posible aplicar el error en una agravante.¹¹ No olvidemos que las calificativas forman parte del tipo o de algún elemento del tipo penal; consecuentemente, también

9.- Artículo 15, fracción VIII, contempla el error al expresar textualmente que:

"VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible".

a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b).- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

El artículo 66 refiere "en caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error es vencible previsto en el inciso b) la pena será hasta una tercera parte del delito de que se trate".

10.- Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Tomo I.** op. cit. p. 336.

11.- Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español. Parte General.** op. cit. pp. 303 y 304. El autor refiere que "la clasificación entre el error vencible e invencible, tiene sentido respecto de un elemento constitutivo, pues se trata de determinar si la realización del hecho ha sido dolosa o culposa o bien sólo producto del caso fortuito o de una imprudencia no tipificada. Pero tal clasificación no es posible aplicarla a los elementos accidentales, como una agravante, ya que el injusto como tal siempre permanecerá, esto es, la realización del hecho no puede desaparecer por el error sobre la agravante".

son abarcadas por el dolo. Al ser el injusto una figura graduable, es en este ámbito donde "las circunstancias vienen a cumplir una misión principal, que le da la razón de ser como elemento accidental que aumenta o disminuye el contenido del injusto del delito. Por ello el desvalor de la acción como el desvalor del resultado en los delitos dolosos o culposos pueden revestir mayor o menor gravedad en el injusto";¹² por tanto, se deben tomar en consideración todas las circunstancias o factores referidos al hecho y/o al autor, que de alguna manera puede ser relevante para la agravación o atenuación del injusto o de la culpabilidad y, consecuentemente, de la pena.

Conforme con lo anterior, el error de tipo también puede darse respecto de las calificativas que tengan que ver con los elementos del tipo que sean esenciales; error que igualmente puede ser invencible o vencible.

En nuestra legislación no existe ninguna disposición que en forma específica regule el ámbito del error en las calificativas y menos aún la forma de sancionarse, pero ello no impide que, para darle vida a la institución del error, tengamos que acudir a una interpretación de los contenidos de la ley a partir de criterios proporcionados por la teoría del delito, como es el relativo al inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, de donde se puede deducir en principio la consideración del error que puede recaer sobre las circunstancias calificativas.

A mayor abundamiento y a manera de ejemplo, en la parte especial del Código Penal, desde el momento en que regula el homicidio calificado se deduce de acuerdo a los artículos que lo describen (302, 315, 315 bis), para su comisión se debe de conocer no solamente el tipo básico,

12.- Pérez Alonso, Esteban Juan. op. cit. p. 123.

sino también las circunstancias agravantes o atenuantes por formar parte de él; luego entonces, éstas pueden también ser motivo de un conocimiento erróneo. De allí que un sector de la doctrina acepte que puede existir error sobre las circunstancias calificativas, que de ser invencible deja como efecto la subsistencia del tipo básico.¹³

Pérez Alonso considera que también se da el error vencible, con relación a las calificativas, debiéndose sancionar como culposo;¹⁴ en cambio, José L. González Cussac considera lo contrario, de no sancionar el error vencible como culposo,¹⁵ al referir "que es absurdo castigar a título de culpa un delito cometido dolosamente, por la simple razón de que existía un error vencible sobre una circunstancia genérica de agravación de la pena, dada su regulación legal en sentido de exigir en la mayoría de ellos un elemento subjetivo, consistente en el ánimo de aprovechamiento de las ventajas que ofrece, por lo que debe concluirse que se conocen o no se conocen, o existe el elemento subjetivo o no existe".

De alguna manera el citado artículo 66 del Código Penal nos marca los lineamientos para punir el error vencible, sin que contravenga el ordenamiento jurídico, ya que la ley establece que si el error es vencible se excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa si el hecho de que se trata

13.- Cfr. Jescheck, Heinrich Hans. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.** p. 315; Antolisei, Francesco. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Italia. Octava Edición. Traducción Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989. p. 330; Ranieri, Silvio. **Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II.** p. 35; Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal.** p. 337.

14.- Cfr. Pérez Alonso, Esteban Juan. **Teoría General de las Circunstancias.** p. 134. Con la observación de que si el error fuese vencible, se aplicará la normatividad del concurso ideal entre el delito base doloso y el tipo cualificado realizado de forma imprudente, siempre que esta pueda imputarse a título de culpa.

15.- González Cussac, José L. **Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal.** pp. 192-193.

admite dicha forma de realización. Si en tratándose de un tipo calificado se determina que por las mismas exigencias típicas sólo puede realizarse dolosamente, entonces el error vencible no deja subsistente la culpa. De ahí la necesidad de precisar de qué delito se trata sobre cuya calificativa recae el error, pues la consecuencia no es la misma.

Podemos señalar que si el agente no tiene conocimiento o tiene un conocimiento erróneo respecto de la existencia de las agravantes para la ejecución del delito, no podrán tenerse en cuenta las mismas, es decir, si estamos ante la presencia de un delito calificado, puede acreditarse el tipo básico y no la calificativa.

Ejemplo: Oscar invita a Luis a apoderarse de una bicicleta, pidiéndole que lo auxilie vigilando en la esquina, haciéndole creer a Luis que cuando pase el conductor de la bicicleta se llevará a cabo el robo, pero resulta que se comete en lugar cerrado o en casa habitación; en este caso Luis desconoce la agravante de lugar (artículo 381 fracción I ó 381 bis del Código Penal). O cuando el dependiente roba desconociendo que el objeto motivo del apoderamiento es de su patrón (artículo 381 fracción II), en este último caso se desconoce la agravante que recae en la calidad del sujeto pasivo; por consiguiente, en ambos casos se cometerá el delito de robo simple y no calificado.

No deja de ser un ejercicio interesante el plantear si se pudiera presentar el caso de error de prohibición que tuviera que ver con las calificativas. Al respecto consideramos que es posible que el sujeto conociendo los elementos esenciales del tipo penal, desconozca la existencia de la agravante o el alcance de la misma o porque crea que esta justificada su

conducta; por ejemplo: aquel sujeto que tiene una formación cultural muy limitada, llega a la Ciudad de México y obtiene un trabajo y, posteriormente decide robar a su patrón, pensando que esa circunstancia no agravará el injusto y como consecuencia la pena, ya que viene de un estado (Sonora, Chiapas y Guerrero entre otros), que no contempla la agravante de robo cometido por el dependiente contra su patrón; en este caso, el sujeto puede desconocer la existencia de la norma o el alcance de la misma. Esta atenuante puede ventilarse en la culpabilidad, que se reflejará al imponerse la pena.

1.3.- Error en la atenuantes.

Nuestra legislación carece de una regulación expresa en relación al error en las atenuantes. En la praxis es difícil ubicar aquellas que dan lugar a un error vencible o invencible. El efecto jurídico, como lo señala González Cussac, si es invencible excluye la atenuante y deja latente el tipo, pero si es vencible el error sería irrelevante,¹⁶ o sea seguiría subsistiendo el tipo atenuado.

Consideramos que sí se puede dar un error vencible con relación a una atenuante, pero no tendría ninguna trascendencia en relación a la pena, porque se quiere la realización del hecho, es decir, por ejemplo en la riña los contrincantes se ponen en el mismo plano de ilicitud, entonces es irrelevante el error. No podemos señalar en forma tajante y precisa criterios de aplicación, porque cada caso tendrá un tratamiento especial; en ese sentido solamente señalo algunos ejemplos con posibles soluciones.

16.- Cfr. González Cussac, José L. p. 194.

Ejemplos:

a) A va acompañado de B y al caminar por la calle se encuentran a C, contra quien A previamente había tenido problemas, por lo que éstos comienzan a discutir y después ambos aceptan reñir poniéndose en el mismo plano de ilicitud, B sólo estaba de observador. En un momento dado C le tira un puntapié a A, el cual se encuentra cerca de B y al no pegarle B piensa que también lo invita a reñir y éste comienza a lesionar a C, cuando éste nunca tuvo la intención de reñir con B. En este caso podríamos hablar de un error vencible en la atenuante de riña, en virtud de que B piensa equivocadamente que por el movimiento corporal que realiza C, lo invita a reñir, cuando solamente fue una actitud de obra dirigida a A y, por el afecto que además le tiene a este último acepta la contienda, aquí nos encontraríamos ante la presencia de un error vencible por las circunstancias en que se dieron los hechos; el efecto de este error en la atenuante no tendría ninguna trascendencia en el injusto ya que B acepta ubicarse en el mismo plano de ilicitud, al aceptar equivocadamente una contienda de obra.

b) Gabriel en diversas ocasiones ha incitado a René a tener una contienda de obra (riña) por problemas de la novia; en la última ocasión Gabriel le hace señas a René semejantes a las anteriores, cuando lo incita a reñir y René acepta la contienda de obra y lesiona a Gabriel, cuando éste lo único que hizo fue hacerle señas para que acudiera ante él porque los mandó llamar la mamá de la novia. En este caso estaríamos ante la presencia de un error vencible con relación a la atenuante de riña, ya que René pensó que Gabriel nuevamente lo incitaba para que riñeran, cuando solamente era un simple llamado para acudir con la mamá de la novia y derivado de ello le ocasiona lesiones; el error recae precisamente en la creencia de la invitación

a la riña cuando no existía tal, pero con alguna atención o precaución que consistía en haberle preguntado en forma verbal qué quería, pudo comprender el ademán y evitar la riña; en este caso tampoco habría trascendencia en la atenuante que se refleja en el injusto y en la pena, ya que ambos aceptan la contienda de obra.

c) En el homicidio por piedad, basta con que el sujeto obre con el fin de poner término a los graves sufrimientos de su esposa, aunque pueda haber errado sobre el carácter incurable de la enfermedad o lesión. Lo que importa al derecho en este caso, es la motivación del sujeto activo. En este caso debemos de diferenciar si el agente obtuvo por parte del médico la información equivocada de la enfermedad incurable de su cónyuge, o si él pensaba que tenía el carácter de incurable; en el primer supuesto, se puede considerar como un error invencible. Pero en el segundo, es vencible ya que pudo cerciorarse sobre la realidad de la enfermedad de su esposa;¹⁷ si bien nuestra legislación no contempla el homicidio piadoso, puede resolverse este problema en la culpabilidad como una causa de exclusión del delito, o tratar de que la legislación lo contemple con una pena menor para el primer caso (error invencible) y una pena mayor cuando estamos ante un error vencible.

2.- Las calificativas y el concurso.

2.1.- Concurso aparente de normas.

En el mundo normativo un hecho puede estar contemplado por varias leyes del mismo ordenamiento o diferente, del cual una de ellas será la

17.- Cfr. Londoño Berrio, Hernando León. **El Error en la Moderna Teoría del Delito**. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1982. p. 168. Considera al homicidio piadoso como atenuante y, de imponerse, menor punición.

que se aplique excluyendo a la otra. De allí que "el objeto de valoración de las calificativas se haga solamente una vez y por tanto podrá fundamentar una circunstancia. Aquí se consagra nuevamente el principio de non bis in ídem, en sentido de que una misma realidad no puede ser tenida en cuenta más de una vez".¹⁸

Este fenómeno jurídico es complejo para su estudio, ya que no existe un criterio unívoco en la doctrina en cuanto a su conceptualización y principios que la rigen; a esta figura se le ha denominado de múltiples maneras, como son las siguientes: "concurso de normas incompatibles entre sí",¹⁹ "concurso aparente de normas" o "concurso aparente de tipos",²⁰ "concurso de leyes",²¹ "unidad de ley",²² "concurso aparente de leyes",²³ etc.

Sobre el particular, consideramos que el término correcto es el de "concurso aparente de normas incompatibles entre sí", ya que al final sobre un hecho concursan dos normas que en forma aparente regulan el mismo hecho y una de ellas es la que se aplica; en consecuencia, al plantearse la

18.- González Cussac, José L. **Teoría de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal**. p. 222.

19.- Así, por ejemplo: Porte Petit Candaudap, Celestino. **Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal**. México, Décimo Cuarta Edición. Editorial Porrúa. p. 172.

20.- Por ejemplo, Pavón Vasconcelos, Francisco. **Concurso Aparente de Normas**. México, 1989. Editorial Porrúa. p. 61. De la misma manera Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. op. cit. p. 626, la denomina concurso aparente de normas o concurso aparente de tipos, entre otros.

21.- Como, Villalobos, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. op. cit. p. 504; Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II**. op. cit. p. 440. Este autor utiliza el término "concurso de leyes", aunque no está de acuerdo con el término y refiere que debe de hablarse de "desplazamiento de tipos secundarios por primarios"; Mezger, Edmund. **Derecho Penal. Parte General**. op. cit. p. 345; entre otros.

22.- Jescheck, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. II**. op. cit. p. 1040; Wessels, Johannes. **Derecho Penal. Parte General**. Sexta Edición. Traducido por Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1980. p. 236, en forma indistinta la denomina "unidad o concurso de leyes"; entre otros.

23.- Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II**. op. cit. p. 531; Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal Parte General**. op. cit. p. 239, entre otros.

disyuntiva de que una tiene que prevalecer sobre la otra se dará la incompatibilidad. Luego entonces, para definir esta controversia, debemos de partir de la teoría de la norma, bajo alguno de los principios que la doctrina o la ley han señalado.

Pero antes de ello debemos tener claridad en lo que es el concurso aparente de normas incompatibles entre sí, luego diferenciarlo del concurso de delitos. Para ello me permito señalar lo que Pavón Vasconcelos establece, al decir que existe concurso aparente de normas "cuando a la solución de una cosa concreta parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo, de manera que el problema del jurista consistirá en dilucidar cuál norma debe aplicarse con exclusión de las demás".²⁴ En ese sentido don Celestino Porte Petit Candaudap señala que se da el concurso: "cuando se encuentra una materia disciplinada o reglamentada por dos o más normas incompatibles entre sí".²⁵ Consideramos que un hecho debe estar regulado por una norma, ya que si se establece que ese hecho se encuentra contemplado por dos o más normas del mismo o diferente ordenamiento, que necesariamente se encuentren vigentes en tiempo y lugar, da lugar a un concurso de normas la cual una debe prevalecer sobre la otra.

En cambio en el concurso de delitos, como lo señala el artículo 18 del Código Penal se presenta: cuando por una sola conducta se cometan varios delitos (concurso ideal) o, cuando con pluralidad de conductas se cometan varios delitos (concurso real), con una punibilidad diversa para cada

24.- Pavón Vasconcelos, Francisco. **Concurso Aparente de Normas**. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 1989. p. 53.

25.- Porte Petit Candaudap, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal**. p. 173.

uno de ellos, como lo establece el artículo 64 del mismo ordenamiento;²⁶ luego entonces, el problema de las calificativas tiene que ver con el concurso de normas, sin dejar de observar que necesariamente al plantearse el concurso, tendrá relación con el delito

El "concurso de normas", puede presentarse:

- a) Entre normas de la parte general del Código Penal.
- b) Entre normas de la parte especial del Código Penal.
- c) Entre normas de la parte general y especial del Código Penal.
- d) Entre normas del Código Penal y una ley especial, respecto a problemas de la parte general o especial.
- e) Entre normas de una ley especial.²⁷

Se manejan varios principios para resolver el conflicto entre dos o más normas incompatibles, cuya importancia estriba en determinar cuál es aplicable y cuál se excluye, entre los que se señalan:

- a).- El de la especialidad;
- b).- El de la consunción o absorción;
- c).- El de la subsidiariedad, y;
- d).- El de la alternatividad.²⁸

26.- Con fecha 13 de mayo de 1993 salió publicado en el Diario Oficial de la Federación la última reforma al artículo 64 que dice: "en caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero.

En caso de concurso real se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el título segundo del libro primero..."

27.- Cfr. sobre esto a Porte Petit Candaudap, Celestino. Op cit. p. 174

Existen autores que sólo estiman admisible el principio de la especialidad;²⁹ otros consideran admisibles sólo dos principios: el de especialidad y el de consunción o absorción,³⁰ pero un mayor número se inclinan por la operancia de tres:³¹ especialidad, subsidiariedad y consunción. Existen también especialistas que estiman la posibilidad de cuatro principios, sumando a los tres anteriores el de la alternatividad.³²

28.- Véase a Pavón Vasconcelos, Francisco. op. cit. p. 129. El autor cita los cuatro principios y refiere que son los que la doctrina ha elaborado.

29.- Cfr. Antolisei, Francesco. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** p. 108, según este autor el principio de especialidad es el único que debe de regir y que absorbe a los demás y presupone que entre dos normas existe una relación de genus ad speciem (de genero a especie) y afirma que en este caso la norma especial tiene prioridad sobre la general y excluye su aplicación

30.- Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.** p. 186, considera que son dos los principios que rigen el concurso de normas, que es el de especialidad y el de consunción. En virtud de que se ha definido con anterioridad el principio de especialidad, este autor define en forma muy sencilla y clara lo que es el principio de consunción o absorción y dice que "existe cuando la materia regulada por una norma queda subsumida en otra de mayor amplitud, ya sea cuando una norma de mayor alcance tutela una de menor alcance o cuando la norma de menor amplitud es elemento o circunstancia de la norma de mayor amplitud, o cuando los medios exigidos en el tipo son de mayor amplitud que los exigidos en la norma consumida"

31.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** p. 627; Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II.** p. 441; Wessels, Johannes. **Derecho Penal. Parte General.** p. 237; Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** pp. 240-241. En cuanto al principio de subsidiariedad, la explicación de Raúl Zaffaroni es de las más claras al respecto, y nos dice que tiene lugar "cuando hay una progresión en la conducta típica, en la que la punibilidad de la etapa más avanzada mantiene interferida la tipicidad de las etapas anteriores, por ejemplo cuando la tentativa queda interferida por la consumación punible o el acto preparatorio queda interferido por el acto de tentativa". p. 626; Pavón Vasconcelos, Francisco. op. cit. p. 168, cita la definición de Fontecilla Riquelme, se anuncia como *lex primaria derogat legi subsidiaria*. Pretende que una ley es subsidiaria respecto de otra, cuando ambas contemplan la violación de un bien jurídico, pero en diverso grado de punibilidad, caso en el que se aplicará la ley primaria

32.- Por ejemplo: Pavón Vasconcelos, Francisco. op. cit. pp. 53 y 183. Este autor, a diferencia de Mezger, tiene un concepto diferente del principio de alternatividad "y refiere que es una situación de conflicto entre dos normas penales reguladoras de la misma situación de hecho, de modo que el juzgador ante el idéntico tratamiento punitivo, está en posibilidad de aplicar cualquiera de ellas, resultando indiferente la aplicación de una o de otra"; Mezger, Edmund. **Derecho Penal. Parte General.** op. cit. pp. 346-347, la entiende en el caso de que varias leyes conminan la misma acción, con arreglo a diferentes criterios jurídicos, con una pena distinta, si se puede admitir que cada una de esas leyes encontrará aplicación, con tal que la otra no contenga una conminación más grave de pena. Este principio es seriamente

Para definir cuáles son los principios que integran el concurso en nuestro país, debemos de partir de lo que nos señala la ley y la doctrina; sobre el particular, nuestra legislación solamente acepta el concurso de normas bajo el principio de especialidad, como lo establece el artículo 6 del Código Penal, al referir que la ley especial prevalecerá sobre la general.³³ Es cierto que la mayoría de los autores acepta que uno de los principios rectores del concurso aparente de normas es el de "especialidad", pero considero que aunque la ley solamente hace referencia a éste único principio, no todos los conflictos se pueden resolver bajo este principio, sino el de consunción o absorción; como lo señala Jiménez Huerta, este último principio "tiene una relación lógica de concepto principal y concepto subordinado", o sea de ley especial frente a la ley general, "en la consunción están las normas frente a frente y una al final absorbe a la otra".³⁴

En cuanto al principio de subsidiariedad y alternatividad, de alguna manera se encuentran inmersos en los dos principios antes invocados, ya que la problemática entre la ley primaria y secundaria o entre la igualdad o diferencia en la punibilidad se encuentran inmersos en los dos principios referidos, tan es así que al final una norma absorbe a la otra, de ahí que los principios que deben de regir para cualquier conflicto de normas sea el de especialidad y el de consunción o absorción.

cuestionado por un gran número de juristas, dentro de ellos se encuentra Bacigalupo. Porte Petit, Zaffaroni, Antolisei; entre otros

33.- Artículo 6.- "Cuando se cometa un delito no previsto en este código...

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general"

³⁴ Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**. Tomo I. p. 372

2.2.- Concurso de normas y calificativas.

Si aceptamos que un hecho puede estar regulado por dos o más normas, de la misma manera, se presentan casos en relación con las calificativas donde para solucionar una cosa concreta puede ser regulado por dos normas, de las cuales una de ellas es la que prevalece aplicando los principios antes aludidos.

En la práctica jurídica encontramos casos en los cuales una circunstancia puede estar regulado por varias calificativas previstas, obviamente, por normas penales que son compatibles entre sí, por ejemplo: robo cometido en pandilla, con violencia física y en casa habitación (artículo 367, 164 bis, 372 y 381 bis del Código Penal) originando una acumulación de las mismas al tipo básico, pero en otras ocasiones se aplican varias normas para el mismo supuesto, en la que el juzgador tiene que resolver el conflicto en favor de una de ellas; tal es el caso de la violencia en el delito de robo (artículo 372-373), y cuando se cometa por una o varias personas armadas o que porten objetos peligrosos (fracción IX del artículo 381), y otros más como veremos a continuación.

El concurso de circunstancias "implica no sólo el aumento o disminución de la identidad del delito, sino consiguientemente un aumento o disminución de la pena que se le impondrá al delito simple",³⁵ "el concurso de las circunstancias debe ser homogéneo entre dos o más agravantes o entre atenuantes, o heterogéneo entre agravantes y atenuantes".³⁶

35.- Ranieri, Silvio. **Manual de Derecho Penal. Tomo II.** p. 36

36.- Cfr. Antolisei, Francesco. **Manual de Derecho Penal.** op. cit. p. 332

a) En el concurso homogéneo en relación con el delito de robo, se presentan varios casos entre agravantes y que debe ser resuelto bajo cualquiera de los principios antes aludidos; por ejemplo: con fecha 13 de mayo de 1996 salieron publicadas en el Diario Oficial de la Federación las reformas al Código Penal, en donde se crea el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal,³⁷ que refiere "**... cuando el Robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será se 5 a 15 años de prisión y hasta 1000 días multa. También podrá aplicarse la prohibición...**" disposición legal que ha sido seriamente cuestionada, ya que algunos Tribunales lo consideran como robo específico, o especial, independiente al delito básico de robo a que se refiere el artículo 367,³⁸ y otros lo han considerado como una agravante.³⁹

La aceptación de una u otra postura trae consecuencias diversas, ya que los partidarios del primer criterio deben de acreditar todos los elementos del tipo, que es la pluralidad de sujetos (dos o más), el medio utilizado, que sería la violencia (física o moral), la asechanza o cualquiera otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, implicando con ello que si falta uno de esos elementos no se acredita el tipo penal.

37.- Cfr. Artículo 371.

38.- Jurisprudencia dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito. 1.3o. P. J/6. Amparo Directo 387/96, Amparo Directo 403/97, Amparo Directo 623/97, Amparo Directo, 699/97, Amparo Directo 791/97

39.- El Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, considera al artículo 371 como una agravante

Los que se inclinan por considerar a esta figura como una agravante, su efecto es que si no se acredita ésta el tipo básico subsiste, con la punibilidad prevista por el artículo 370 del Código Penal (atendiendo al monto de lo robado).

La vigencia y problemática que representa este artículo, nos incita a plantear una serie de reflexiones con el fin de encontrar su naturaleza jurídica.

Consideramos que esta figura da origen a un tipo específico por la forma en que se estructura, por lo que podríamos establecer que requiere para su acreditación de los siguientes elementos: A).- Pluralidad de sujetos; B).- De medios y, C).- Efectos, como son:

a).- Que la conducta dolosa de apoderamiento (ROBO) debe de ser cometida por dos o más sujetos, es decir, requiere de una pluralidad de sujetos activos;

b).- Requiere como medio el que la conducta sea cometida con violencia; con asechanza o cualquier otra circunstancia que produzca como resultado que;

c).- En el pasivo disminuya su posibilidad de defensa o lo ponga en desventaja.

Tal descripción típica refleja que su conformación metodológica es acumulativa y con características particulares por las razones siguientes.

Al hablar del número de sujetos no observa la regla general de la pandilla, prevista por el artículo 164 bis del Código punitivo, ya que en el

artículo 371 párrafo último exige dos sujetos como mínimo, en cambio en la pandilla se requieren cuando menos tres sujetos, y además requiere de una reunión habitual, ocasional o transitoria sin estar organizadas con fines delictuosos y cometan en común algún delito. En relación con la violencia, la fórmula del artículo 371 deja subsistente la prevista en el artículo 373 como una norma aplicable para casos específicos y, por otra parte, al aplicar el tercer párrafo del artículo 371, se auxilia aquel numeral, solamente para entender lo que es la vis compulsiva o vis absoluta, que son las formas en las que puede desarrollarse la violencia; por lo que, desde esta perspectiva podríamos afirmar que esta figura tiene características diferentes a las de una agravante, tan es así que para efectos de la punibilidad prevé una pena específica sin importar el monto de lo robado; esto es, no toma en cuenta la punibilidad establecida en el artículo 370 del Código Penal, ni la punibilidad para la violencia, establecida en el numeral 372 y la asignada a la pandilla, que se describe en el artículo 164 bis.

Por otra parte, es importante demarcar que la justificación de los tipos penales es la protección de bienes jurídicos; en el presente caso, de acuerdo al contenido del citado artículo 371 párrafo tercero del Código Penal, no se está tutelando en forma fundamental el patrimonio de las personas, ya que pasa a segundo plano el monto de lo robado, siendo que lo más relevante es la seguridad de dichas personas.

Finalmente, sabemos de la estrecha vinculación que debe existir entre el Código Sustantivo con el Código Adjetivo, tan es así que para darle vida al primero se requiere de la existencia del segundo y el segundo sin la existencia del primero no tendría sentido; de ahí que para determinar qué es un tipo específico, la norma procesal penal, en su artículo 268, determina

cuáles son los delitos calificados como graves, entre los cuales se encuentra el robo calificado, previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX, y X y 381 bis; y el **robo, previsto en el artículo 371 párrafo último...**", de donde se puede advertir que el legislador separa el delito de robo cometido con circunstancias agravantes y el delito de robo previsto en el artículo 371 último párrafo, ubicándolo de manera independiente, es decir, como otro tipo penal.

Ahora bien, ubicándonos en el supuesto de que es una agravante, se plantean diversos conflictos, ya que el artículo 371 requiere, además de la pluralidad de sujetos, el medio que es la violencia la que también se encuentra prevista en el artículo 372 como agravante en el delito de robo. En ambos casos, se alude a la violencia, aunque sabemos que el precepto que la define es el artículo 373. Para el caso de que se invocarán ambas, el artículo 371 se puede considerar como la regla especial y el artículo 372 como la regla general, siendo aplicable el principio de especialidad, donde el artículo 371 desplaza al artículo 372 en cuanto a la vigencia, contenido de la norma y punibilidad.⁴⁰ En caso contrario, si aplicáramos el principio de consunción o absorción, donde el artículo 372, por la amplitud y alcance, pudiera absorber al 371 (que no es el caso), dejaríamos sin materia la violencia a que alude el artículo 371 y este precepto se integra no nada más del medio en su comisión, sino también del número de sujetos; por eso se le

40.- De no resolverse este problema bajo el principio de especialidad, habría que observarlo bajo el principio de alternatividad, de acuerdo como lo entiende Mezger, que la diferencia es en cuanto a la punibilidad en la norma, entonces al aplicar este último principio sería el aplicar la punibilidad más benigna, que es la señalada en el artículo 372, de seis meses a cinco años de prisión; pero de ser así el artículo 371 no tendría aplicabilidad, ya que en todos los casos se aplicaría el artículo 372, y el fin del legislador no fue ese, sino de aplicar el artículo 371, que tiene características propias, como es la exigencia del número de sujetos, dejando vivo el artículo 372 para los demás casos, que no requiere este último supuesto.

considera a este último artículo como una norma especial, y que absorbe a las demás que se encuentren en casos semejantes.

También se presenta el conflicto del artículo 371, en la hipótesis de dos o más sujetos a través de la violencia, y el artículo 381 fracción IX del citado ordenamiento, que refiere "cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que se utilicen o porten objetos peligrosos"; también en este supuesto se plantea la conflictiva de determinar cuál de las dos agravantes se aplica para el delito de robo: la especial, o cuál por su alcance o amplitud una pudiera absorber a la otra; bajo este planteamiento advertimos que el artículo 371, por sus características sería la regla especial, y el 381 fracción IX, por su antigüedad no desplaza al artículo 371, por lo siguiente. Ambas figuras plantean dos requisitos que son: la pluralidad de sujetos y la violencia; es decir, si partimos de que el artículo 371, al hacer referencia a la violencia, requiere para su entendimiento de lo descrito en el artículo 373 (que el ladrón amague o amenace a su víctima con un mal grave, presente o inmediato; capaz de intimidarla para obtener su propósito), y el artículo 381 fracción IX, al hacer mención a que uno o varios sujetos se pudieran encontrar armados o con objetos peligrosos, tienen como fin precisamente el amedrentar o amagar a la víctima; por lo tanto, el artículo 371 requiere como elemento de distinción el número de sujetos que es de dos o más, a diferencia de la fracción IX del artículo 381, que hace alusión a uno o más sujetos, por lo que en los casos en que nos encontremos con dos o más sujetos, la violencia que debe prevalecer para su aplicabilidad es la descrita por el artículo 371, que desplaza por su descripción y punibilidad a la fracción IX, bajo el principio de especialidad.

Caso semejante se plantea con el concurso entre la violencia moral (artículo 373 párrafo tercero) y la de personas armadas (artículo 381 fracción IX), en relación con el delito de robo. Retomando las ideas expresadas, tales circunstancias no pueden concurrir simultáneamente. Al respecto hay dos posturas, la primera que sostiene que la violencia que describe el artículo 373 es más amplio en su descripción que la descrita por la citada fracción IX, del artículo 381 que alude a una o varias personas armadas o portando objetos peligrosos; quedando absorbida ésta última en la violencia moral, por ser el instrumento de que se valió el inculpado para intimidar, amagar o amedrentar a los sujetos pasivos. La segunda se inclina por aplicar el principio de especialidad, considerando como norma especial el de "personas armadas" (fracción IX del citado artículo 381) y norma general "violencia moral".

Sobre el particular considero aplicable el principio de consunción o absorción, donde la calificativa de violencia moral es de una extensión o amplitud mayor a la de "personas armadas o portando objetos peligrosos", ya que la primera encierra en sí la desvaloración que el legislador ha establecido en la segunda, por haber sido aquella el medio adecuado para lograr la intimidación o amedrentamiento sobre los sujetos pasivos, facilitando la realización del hecho típico. De ahí que, la agravante de "portación de armas u objetos peligrosos" sea el medio para obtener el fin que es la violencia moral.⁴¹ En atención a los precedentes tiene plena aplicación el aforismo latino lex consuma derogat legi consumptare.

41.- En ese sentido lo resuelve la Décima Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ver Toca 1016/96, procesado MIGUEL ANGEL MARTINEZ MORENO, 28 de Febrero de 1997; Toca 931/96, procesado CARLOS HERRERA TINOJO, 26 de febrero de 1997; Toca 379/97, procesado FAUSTINO QUERO HERNANDEZ, 5 de Junio de 1997

b) Se plantea el concurso homogéneo de agravantes en relación al delito de lesiones y homicidio, cuando se comete con la calificativa de ventaja, en la hipótesis segunda del artículo 316 (por el número de los que lo acompañan), y por haberse cometido en pandilla, a que alude el artículo 164 bis, que establece como requisito cuantitativo la concurrencia de tres sujetos o más que intervengan en la comisión del delito. En este caso tendríamos que observar realmente si es aplicable la pandilla en el delito de homicidio o lesiones o si se presenta el concurso de normas entre la ventaja por el número de sujetos y la pandilla que requiere también como requisito la pluralidad de sujetos; en ese sentido, para resolver este conflicto, debemos tener presente que el Título Décimo Noveno, denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal", en los capítulos I, II y III define las reglas comunes para el homicidio y lesiones, estableciendo en forma específica las calificativas aplicables para estos delitos, en cambio, la pandilla se encuentra en el título cuarto denominado "delitos contra la seguridad pública", que puede aplicarse para ciertos delitos, considerándose entonces como una regla general.

Si esto es así, ambas agravantes se refieren al mismo supuesto y se excluyen entre sí, de tal manera que la aplicación de una repele necesariamente la efectividad de la otra, por lo que debe precisarse cuál disciplina al caso, de tal suerte que atendiendo al principio regular de concurso aparente de normas incompatibles entre sí, el de especialidad es el aplicable, ya que la norma especial sería el homicidio calificado y la norma general como agravante independiente sería la pandilla; en consecuencia, la especial absorbería a la general.

En relación a estos mismos delitos de homicidio y lesiones calificados a que alude el citado artículo 315, que se cometen con premeditación, ventaja, alevosía o traición, manejándose en forma autónoma, advierto que la primera calificativa se encuentra inmersa en cualquiera de las restantes; aquí podríamos plantear un concurso de normas, donde la ventaja, alevosía y traición podrían absorber a la premeditación por tener aquellas características propias y de mayor alcance que absorban las características de la premeditación, pudiendo ser aplicable el principio de consunción y absorción.

Nuestro Código Penal no tiene reglas específicas para regular la punibilidad cuando se da un concurso de agravantes incompatibles entre sí, pero considero que no es necesario, desde el momento en que una desplaza a la otra; luego entonces, la punibilidad aplicable es la que predomina en el concurso.

3.- Las calificativas en el concurso de personas. La comunicabilidad de las circunstancias.

3.1.- Concurso de personas (autoría y participación).

Para hablar de las calificativas en el concurso de personas, previamente debemos de señalar quiénes intervienen en la comisión de un delito, cómo podemos distinguirlos de acuerdo a su forma de participación y cómo la ley o la doctrina los define. Para ello debemos de partir de los siguientes supuestos:

Cuando se da un acontecimiento en el mundo de los hechos, interviene una o varias personas; de la misma manera sucede en la comisión del delito. Los tipos penales indican la realización de un hecho punible por una persona; sin embargo, la penalidad prevista para cada uno de ellos puede extenderse a casos en que el hecho es obra de más de una persona. Aquí es donde se presenta el problema de diferenciar, quiénes han cumplido un papel protagónico y quiénes una función secundaria.⁴² La expresión "participación criminal" tiene un doble sentido uno amplio y otro estricto. La participación criminal lato sensu, se refiere a todas y cada una de las formas de intervención personal en la realización de un hecho delictuoso; comprende, por tanto las diversas formas que integran la autoría y la participación. En este sentido amplio, es equivalente "a concurrencia de personas en el delito", "co-delincuencia" o "coparticipación criminal", entrando en ellas autores, coautores, instigadores y cómplices. La participación (stricto sensu), en cambio, comprende únicamente la instigación y la complicidad; es decir aquellos intervinientes que no son autores.⁴³ Maurach los distingue: "autoría es producción del acto propio; participación, es producción del acto ajeno, o la cooperación en tal acto".⁴⁴

En ese sentido, en la teoría de la participación existen algunas otras voces que hacen la distinción entre la realización del papel principal

42.- Cfr. sobre esto a Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal**. p. 177

43.- Moreno Hernández, Moisés. **Diccionario Jurídico Mexicano Tomo VII letra P-R** Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. 1984. p. 40-

44.- Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II**. op. cit. p. 300; véase también a Enrique Gimbernat. **Distinción entre Autoría y Participación**. Un estudio en homenaje al profesor Antón Oneca. 1982. Universidad Complutense, Madrid. p. 30. Dentro de una de las teorías que se manejan refiere: que el partícipe que quiere el hecho propio tiene el animus auctoris (será autor); el que quiere el hecho como ajeno, tendrá el animus socii, (será sólo partícipe)

(autor)⁴⁵ y la que ejecuta el papel accesorio (cómplice e instigador);⁴⁶ ambos cumplen con un papel en la participación en el delito y como consecuencia se determina una punibilidad de acuerdo a su función.⁴⁷

Es importante precisar que dentro del concepto de "participación criminal lato sensu, pueda a su vez manejarse el criterio del autor único o el diferenciador, lo que obedece a la idea de negar toda importancia a la distinción entre autores y partícipes en sentido estricto, equiparando a todos

45.- Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán**. op. cit. p. 142. El autor refiere "la teoría del autor tiene por objeto establecer el centro personal de acción del injusto". "Los fundamentos de la teoría del injusto especialmente del tipo y sus límites, son decisivos para la determinación del autor", "la autoría de un delito doloso pertenece en general al dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final en razón de su decisión volitiva". Reafirmando la idea anterior, Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. p. 572; nos dice que "el autor es el que tiene en sus manos el curso, en el sí' y el cómo, del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto"; Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal**. op. cit. p. 185, coincide en referir que el elemento general que caracteriza a la autoría es el dominio final del hecho; Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II**. op. cit. p. 306, nos dice que autor es siempre y únicamente quien realiza por sí mismo o por un instrumento humano las características legales del tipo de la figura respectiva; entre otros.

46.- Maurach, Reinhart. op. cit. p. 350; la participación la define "es la libre y dolosa cooperación en el delito doloso de otro". definición de la cual coincide Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. op. cit. p. 555; al igual Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del Delito**. op. cit. p. 204. De lo anterior podemos deducir que la participación es siempre accesoria al injusto, porque toma parte en un hecho ajeno. La accesoriedad, como lo señala Enrique Bacigalupo. **Manual de Derecho Penal**. p. 201; requiere ser analizada en dos sentidos. En primer lugar, desde el punto de vista del grado de realización que debe haber alcanzado el objeto principal y, en segundo lugar, desde el punto de vista de los elementos del hecho punible que se debe dar en un hecho principal. La dependencia del grado de realización presupone que la participación es punible cuando el hecho principal haya alcanzado por lo menos el nivel de tentativa, o sea el principio de ejecución. La segunda, que es el grado de dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal, da lugar a distintas posibilidades que se definen de acuerdo a la teoría que se adopte.

47.- Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. **Programa de Derecho Penal. Parte General**. p. 879; Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. pp. 442, 444 y 448; Villalobos, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. p. 485; Zaffaroni, Eugenio Raúl **Manual de Derecho Penal**. pp. 567-568; Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II**. pp. 299 y 350; Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán**. pp. 142 y 160; Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del Delito**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1970. pp. 198 y 204; Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal**. pp. 177 y 199; Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español**. p. 334; entre otros.

los que de alguna o otra manera intervienen la realización del delito, sin tomar en cuenta la cantidad o su aportación o la calidad con que intervienen, o bien la idea de aceptar la necesidad de distinguir entre autores y partícipes. El primero de los criterios, admitido en alguna época, se encuentra actualmente rechazado en la ciencia jurídico penal, por los efectos que trae consigo; aceptándose, por tanto, el criterio de la diferenciación. Conforme a este último, además, pueden seguirse diversos caminos para llegar a la distinción con mayor o menor preponderancia de aspectos objetivos o subjetivos, dentro de los cuales puede manejarse un concepto extensivo o uno restrictivo de autor".⁴⁸

La fórmula que sostiene el Código Sustantivo para definir lo que es la autoría y participación, ha tenido transformaciones importantes; así advertimos que ante las reformas de 1984, el artículo 13 señalaba que "son responsables de los delitos" sin hacer ninguna distinción entre quiénes eran autores y quiénes partícipes, como tampoco hacía distinción alguna respecto de la punibilidad que le correspondería para cada uno de ellos. El 10 de enero de 1994, se reforma el citado artículo 13 y establece que "son autores o partícipes del delito" y en su penúltimo párrafo sostiene "los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad"; esta redacción es más clara y técnica al distinguir con mayor precisión la forma de intervenir del sujeto en el evento punitivo y en esa medida, da la posibilidad de definir el grado de culpabilidad para cada uno de ellos, que se reflejará en la pena.

Congruente con esa reforma de 1994 también el artículo 52 se modificó en la fracción IV, al referir que se tomará en cuenta "la forma y grado

48.- Moreno Hernández, Moisés. **Diccionario Jurídico Mexicano Tomo VII. p. 41.**

de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido", criterios que el Juez tomará en consideración para la individualización de la pena, ya que partiendo de la forma de realizar el hecho, no puede punirse igual al autor que al partícipe.

El Código Penal Federal determina en las fracciones I, II, III y IV, los que son autores, a saber: son los que acuerdan o preparan su realización,⁴⁹ conocido por el vulgo como los autores intelectuales; los que lo realicen por sí,⁵⁰ que vendría a ser el autor único, inmediato o material; los que lo realizan conjuntamente,⁵¹ que sería la coautoría, y los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro,⁵² que sería la autoría mediata.

49.- Me permito expresar algunas reflexiones en relación a que el Código describe a los sujetos que intervienen en el evento punitivo; así, diremos que nuestra legislación señala en primer lugar a **los que acuerden o preparen su realización**, éstos de alguna manera se encuentran inmersos en la fracción II y III, porque el autor y el coautor, para cometer el delito previamente conciben o preparan su realización, pero nuestra legislación lo contempla en forma autónoma. Por otra parte, esta manera de intervenir, teóricamente pudiera tener el dominio del hecho, pero es aparente, ya que quien ejecuta la conducta es el que realmente tiene el señorío en la ejecución del evento, no así aquel que lo preparó, sin intervenir en forma material en el suceso, ya que puede surgir una serie de circunstancias no previstas.

50.- Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II.** op. cit. p. 305; nos dice "autor es quien lleva a cabo la acción ejecutora legalmente tipificada; al respecto Muñoz Conde. **Teoría General del Delito.** op. cit. p. 201, nos dice que autor directo es quien realiza personalmente el delito; coincide Wessels, Johannes. **Derecho Penal. Parte General.** op. cit. p. 157, entre otros

51.- Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Editorial Ariel. Barcelona, Edición 1984. p. 331; dice "es coautor aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan final y una distribución de funciones en la realización del mutuo acuerdo; en ese sentido, Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán.** p. 174, previamente definió la coautoría como el dominio del hecho unitario que es común a varias personas. Coautor es quien en posición de las calidades personales del autor es portador de la decisión común, respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito; para Maurach. op. cit. p. 331, es una realización conjunta del hecho punible doloso; coincide Bacigalupo, Enrique. op. cit. pp. 196-197, en que los coautores toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho; Mezger, Edmund. **Derecho Penal. Parte General,** op. cit. p. 311, en parte coincide al referir que coautor es el que, como autor inmediato o mediato, comete un hecho punible conjuntamente con otros autores, esto es, en cooperación consciente y deseada.

52.- Cfr. Heinrich Jescheck, Hans. **Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II.** op. cit. p. 919; refiere que, "la autoría mediata es una forma de autoría, al igual que la autoría inmediata se caracteriza porque supone la existencia del dominio del hecho. Es autor

Los partícipes se encuentran en la fracción V y VI, que son: "los que determinen dolosamente a otro a cometerlo" (instigador);⁵³ y "los que dolosamente prestan ayuda o auxilien a otro para su comisión"⁵⁴ (auxiliador o cómplice). La fracción VII puede considerarse como una forma de complicidad al definirla "los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito"⁵⁵ y es así porque si bien

mediato, quien realiza el tipo penal sirviéndose para la ejecución de la acción típica de otra persona como instrumento; Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán**. op. cit. p. 147, previamente señalaba que se puede dar sobre la base del dominio final único del hecho por utilización de un tercero que actúa sin dolo y también sobre la base de un dominio superior del hecho mediante la utilización de un tercero que actúa sin libertad; Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. op. cit. p. 574, coincide con lo que dice Welzel; entre otros autores.

53.- Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal**. op. cit. p. 336; señala, "instigar es determinar dolosamente a otra persona a ejecutar un hecho doloso"; en ese sentido Heinrich Jescheck, Hans. op. cit. p. 957, dice que la inducción es determinar dolosamente a otro al hecho antijurídico, por él cometido, no tomando parte del dominio del hecho, en ello se distingue la autoría de la inducción; Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán**. op. cit. p. 166, nos dice que instigar es determinar dolosamente a un hecho doloso (a través de influencia espiritual); en forma confusa Mezger, Edmund. **Derecho Penal. Parte General**. op. cit. p. 313, nos refiere que instigador de un hecho punible es el que hace surgir en otro con voluntad de instigador, la resolución de cometer un hecho y da lugar de tal manera a que cometa el hecho como autor.

54.- Fontán Balestra, Carlos. **Derecho Penal. Introducción a la Parte General**. Undécima Edición. Abelado-Perrot. Buenos Aires, Argentina. p. 476; en relación a esta figura nos indica, "complicidad es el acto por el que dolosamente se pone una condición del hecho coincidiendo en la resolución delictuosa, sin cumplir la acción típica y valerse de otro para ejecutarla. En ese sentido, Wessels, Johannes. **Derecho Penal. Parte General**. op. cit. p. 169, nos dice que la complicidad es, quien ha prestado dolosamente auxilio a otro para el hecho antijurídico, cometido dolosamente; Mezger, Edmund. **Derecho Penal. Parte General**. op. cit. pp. 317, dice que cómplice en un hecho punible es el que auxilia con voluntad de cómplice el hecho del autor, con animus socii.

55.- De la descripción literal de esta forma de intervenir en el delito, nos lleva a reflexionar que no se puede considerar partícipe a un sujeto que no intervino en el delito, reflejándose su conducta en un acto posterior al mismo en cumplimiento de una promesa anterior al delito. De acuerdo a esta fracción, el sujeto tiene conocimiento de que se va a cometer un delito, pero no participa en él, sino hasta después de ejecutado; luego entonces, se presenta la confusión con el delito de encubrimiento que prevé el artículo 400 del código punitivo, en particular en las fracciones II y V, donde también se exige del sujeto preste auxilio o cooperación al autor del delito por acuerdo posterior a la ejecución del mismo o procure por los medios lícitos que tenga a su alcance impedir la consumación del delito que sabe va a cometerse o se está cometiendo. Como podemos advertir, el punto de distinción de la fracción VII del artículo 13 y la fracción II del artículo 400 es que en la primera se requiere que el auxilio se dé en cumplimiento de una promesa anterior al delito y en el delito de encubrimiento el auxilio se da

estos no tienen dominio del hecho ni la calidad específica para tal efecto ni intervienen en forma directa en la ejecución del delito, también lo es que ellos tienen conocimiento previo de lo que se va a cometer, de ahí que se le pueda considerar como partícipe ya que la ayuda la dan en forma posterior pero con un conocimiento de lo que va a suceder.

Por último la fracción VIII, refiere: **los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo**, se critica esta forma de intervención, porque no se encuentra debidamente definida su participación, pero por la naturaleza del acto del sujeto que realiza la conducta, necesariamente se le atribuye a él el resultado y tiene como fin la de ser autor, es por ello que se le ha denominado autoría indeterminada.⁵⁶

por acuerdo posterior al delito, en cambio en la fracción V de este último numeral el sujeto sabe se va a cometer el delito o se está cometiendo sin impedirlo, y si bien en éste último caso no auxilia al autor, pero tiene conocimiento de la existencia del delito, de allí que entre ambas fracciones debidamente relacionadas contemple un auxilio al autor del delito, con conocimiento previo del mismo; hasta aquí esa forma de intervención no es forma de participación a que alude el artículo 13, sino como el sujeto que comete el delito de encubrimiento. Como lo señala Francisco Pavón Vasconcelos: "los hechos posteriores al delito que no están conectados con él con anterioridad a su comisión, no pueden considerarse actos de participación, puesto que no han contribuido a producirlo"; luego entonces la distinción será de que en la fracción VII del artículo 13 requiere que el sujeto haya recibido una promesa anterior al delito y en el encubrimiento no lo requiere.

56.- Esta fracción se presta a hacer algunos comentarios, porque no define con claridad si se les puede considerar autor o partícipe, ya que carece de algunos elementos para que sea autor (hipótesis coautor), porque se supone que en la mayoría de los casos éstos tienen dominio del hecho y actúan como autores con un fin determinado, en cambio en la fracción que se alude no hay un acuerdo entre los que intervienen y en ocasiones pueden tener el mismo fin cada uno pero por separado, sin que tenga uno conocimiento del fin del otro, pero por otra parte, el punto de coincidencia es que en esta fracción hay la posibilidad de que se le considere autor, porque realizó todos los actos tendientes a producir el resultado, con la diferencia de que no se conoce si realmente su conducta fue la causante del mismo.

No se le puede tampoco considerar cómplice o instigador, porque aquel no es ajeno al hecho principal, es decir su intervención es propia, con el fin de hacer suyo el resultado como autor, en cambio los partícipes son accesorios a la causa originaria.

3.2.- Comunicabilidad de las circunstancias y las calificativas.

Tanto las circunstancias como su comunicabilidad tienen gran importancia en el concurso criminoso de personas.⁵⁷ La comunicabilidad de las circunstancias y cualidades de las personas, forman parte del principio de accesoriadad y la hiperaccesoriadad, esta última consiste, según Mayer, en la comunicación a los partícipes de las condiciones personales que tienen por efecto aumentar o disminuir la penalidad.⁵⁸ La teoría de la accesoriadad, influye en la existencia de las calificativas si se tiene o no conocimiento de las mismas por parte de los que intervienen en el evento y ello se reflejará en la agravación o atenuación de la pena, o como lo dice Francisco Pavón Vasconcelos: "el límite de la comunicabilidad de las circunstancias lo da el conocimiento que cada partícipe tiene del hecho ilícito".⁵⁹

El marco jurídico de este punto lo encontramos en el artículo 53 y en especial en el artículo 54 del Código Penal, que se refieren a la comunicabilidad de las circunstancias. El conocimiento de esas circunstancias puede versar: a) sobre circunstancias personales del ofendido; b) sobre circunstancias personales y subjetivas del autor del delito, y c) sobre circunstancias objetivas que se reflejan en la calidad del hecho (calificativas).⁶⁰

57.- Cfr. Ranieri, Silvio. **Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II.** p. 119

58.- Cita tomada de la obra de Fontan Balestra, Carlos. **Derecho Penal. Introducción y Parte General.** Edición Abelardo Perrot. p. 458. Cuando el autor habla de la accesoriadad, hace referencia a cuatro de ellas, la accesoriadad mínima, limitada extrema e hiperaccesoriadad. La primera es cuando para la función del partícipe es suficiente que el autor haya concretado un tipo legal. La segunda cuando se requiere que la realización del tipo por el autor sea antijurídica, la accesoriadad se manifiesta en forma limitada, y la accesoriadad extrema es cuando el autor debe ejecutar un tipo legal, antijurídico y culpable y la última ya referida.

59.- Pavón Vasconcelos, Francisco. op. cit. p. 454.

60.- Artículo 53.- "No es imputable al acusado el aumento de la gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito".

a') Como se podrá advertir, el primer artículo hace referencia a las circunstancias particulares del ofendido al establecer, que "si el acusado ignora las circunstancias, no se le podrá imputar tal gravedad". Para definir cuáles son esas circunstancias podemos considerar, además del tipo de delito, la edad del ofendido, es decir, si es menor o anciano, si padece alguna enfermedad, si al momento de realizar el hecho ocupaba un cargo o función pública, etc. Todas esas circunstancias que pudieran agravar el hecho no se considerarán si el acusado las desconoce; para ilustrar lo anterior señaló el siguiente ejemplo: puede darse el caso de que el sujeto activo al cometer el delito de robo desconocía que el pasivo era un anciano, por lo que el autor al pretender ejercer violencia en el pasivo, provoca una impresión y como consecuencia la muerte; en este caso, al sujeto activo se le puede imputar solamente la conducta penalmente relevante que realizó o pretendió realizar (robo consumado o tentativa), pero no el de homicidio ya que no dirigió su conducta para obtener ese resultado, ni aceptó la posibilidad de que éste se produjera, ya que desconocía las circunstancias personales y subjetivas del pasivo, las cuales deben tomarse en consideración para los efectos de la imposición de la pena.

b') El primer párrafo del artículo 54 alude al aumento o disminución de la pena derivado de circunstancias personales y subjetivas del autor, las cuales no repercutirán en los demás que intervienen en el delito, como: la edad (menor de edad), o que haya tenido motivos especiales para cometer el delito, por ejemplo, cuando el agente desconoce que uno de los coautores es menor de edad, o cuando el sujeto activo tiene un motivo

Artículo 54.- "El aumento o disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervienen en aquél.

Son aplicables las que se fundan en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas"

especial como la recompensa, que sus coinculpados desconocen, son circunstancias que no influyen para intensificar o atenuar el hecho, como tampoco repercuten en la pena.

Por lo que hace a las circunstancias objetivas, que es el punto que nos interesa, son las agravantes o atenuantes que intensifican o atenúan el injusto o la culpabilidad. Para conocer a quienes se dirigen esas circunstancias, debemos hacer una interpretación extensiva con algunos términos del primer párrafo, del citado artículo 54, cuando hace alusión a las circunstancias del autor del delito, las cuales no repercutirán en los demás sujetos que intervienen en aquel, por lo que al hablar en plural y utilizar el término "intervienen", da cabida a una interpretación más amplia del término "participación" que abarca al autor y al partícipe. De la misma manera se puede interpretar el segundo párrafo del referido artículo 54 que alude a las circunstancias objetivas, donde si los sujetos tienen conocimiento de ellas serán acreedores de un aumento o disminución de la pena, es decir, se dirige tanto al autor como al partícipe, dando cabida a la teoría de la accesoriedad, donde no solamente entre los autores pueden comunicarse las circunstancias objetivas, sino también entre autores y partícipes.

Si las circunstancias agravantes o atenuantes son comunicables a los demás partícipes pueden influir en la agravación o atenuación de la pena; serán comunicables cuando los que intervienen en el evento las conocen en forma directa por uno de ellos o, indirectamente cuando saben de esas circunstancias por una persona ajena al evento, o por intuición. A contrario sensu, si no se comunican esas circunstancias, (se desconocen), no podrá punirsele al partícipe o al autor por ellas, es decir no podrá responder de un acto que no conoce y no interviene.

A continuación me permito reflexionar sobre aquellos casos en los cuales puede aplicarse una pena por la comunicabilidad de las circunstancias objetivas en relación con las calificativas. Si adoptamos el principio de la doctrina dominante, de que el autor se distingue del partícipe porque tiene el dominio del hecho, nos llevaría a afirmar que cada quien respondería por el conocimiento del delito cometido y no por aquellas circunstancias desconocidas. Así, con relación a los autores que realizan el evento conjuntamente, no hay duda de que si una circunstancia calificativa la desconoce uno de los coautores no se le aplicará esa agravante.

Caso 1.- "A" propone a "B", para cometer el delito de robo a un taller mecánico (lugar cerrado) manifestándole que no habrá riesgo ni peligro, ya que "A" tiene las llaves para abrir el local. "B" está en la creencia de que no existen personas en el lugar, pero al momento de cometerse el delito, en ese instante llega el encargado y "A" saca de la chamarra un cuchillo y amenaza al encargado para robar; aquí, aplicando en forma estricta la comunicabilidad, no se puede sancionar a "B" por la calificativa de violencia derivada de la amenaza, ya que desconocía que en el lugar se encontraba alguna persona y que "A" utilizara un arma para cometer el delito. Ambos responden como coautores, en los términos de la fracción III del artículo 13 del Código Penal, pero "A" por robo calificado (cometido en lugar cerrado y con violencia) y a "B" por robo calificado (cometido en lugar cerrado).

Con relación a la autoría mediata, en principio no se aplica pena al sujeto que sirve como instrumento y que realiza la conducta material del delito, ejemplo:

Caso 2.- Pedro, para quedarse con la herencia de su tío, decide matar a Juan y aprovechando de que éste último se encuentra enfermo, se sirve de Luisa para suministrarle una sustancia que le causará la muerte, pero por descuido la toma Clara quien muere. Luisa al observar que el frasco de medicina es el indicado por el médico y por cumplir órdenes de Pedro y desconocer que la sustancia que se le pretendía suministrar a Juan le causaría la muerte, no puede responder de una conducta penalmente relevante (dolosa o culposa); Pedro sí, como autor mediato, por homicidio culposo en agravio de Clara, ya que la agravante que pudiera ser aplicable (premeditación) fue dirigida para causar la muerte a Juan, y como autor mediato por el delito de tentativa de homicidio calificado en agravio de Juan.

En relación con la instigación se pueden dar múltiples supuestos, ejemplo:

Caso 3.- Ricardo planea robar a su papá diversas obras de arte; para ello instiga a Pablo, de quien desconocía trabajaba en el despacho del papá de Ricardo (dependiente), con la condición de que no utilice la violencia, y el día fijado, Pablo al ser descubierto hace uso de la violencia y consuma el delito de robo. Ricardo responderá en su calidad de instigador (fracción V del artículo 13 del Código Penal), ya que determinó dolosamente a otro para cometer el delito, pero en la creencia de que Pablo no utilizaría la violencia y desconocía la relación laboral que mantenía Pablo con el padre de Ricardo, por lo que responderá por el delito de robo simple, y Pablo como autor material (fracción II del artículo 13) por el delito de robo calificado (con violencia y por ser dependiente contra su patrón (372 y fracción II del artículo 381 del Código Penal), porque además de realizar la conducta material sabía

de la relación de trabajo que mantenía con el sujeto pasivo, con independencia del ejercicio de la violencia que ejerció en el evento.

Caso 4.- Manuel instiga a César para que le de una paliza a un señor que se encuentra en la esquina con una actitud sospechosa; al día siguiente, César ve al mismo sujeto en la esquina, se acerca a él y le golpea con un palo, causándole lesiones. En el transcurso del juicio se puede determinar que el agresor no tenía conocimiento de que el sujeto de la esquina era un policía judicial, que esperaba la oportunidad para dar cumplimiento a una orden de aprehensión.

En este caso, la conducta de César se ubica en su calidad de autor material (fracción II del artículo 13) por el delito de lesiones simples (en el supuesto de que no se cometió ninguna otra agravante), ya que desconocía que el sujeto de la esquina es funcionario público y a Manuel como instigador (fracción V del artículo 13) también por lesiones simples, ya que no puede responder por un delito mayor al realizado por el autor material.

Caso 5.- En relación con los partícipes se pueden presentar varios casos, por ejemplo: "A" y "B" acuerdan cometer el delito de robo, le piden a "C" los auxilie vigilando afuera de la calle para que no se presente alguna persona, ya que planean robar al señor José Pedro, cuando pase por la calle siguiente a las en que se encuentra "C", en la creencia éste último de que el robo se ejecutara en la calle, pero el evento se practica en la casa habitación del señor José Pedro.

"A" y "B" responderán en su calidad de coautores (fracción III del artículo 13), por el delito de robo a casa habitada ya que ambos estaban de

acuerdo en la forma y lugar de cometer el delito, teniendo como consecuencia el dominio del hecho; para "C" por robo simple, en su calidad de auxiliador (fracción VI del artículo 13), ya que desconocía este último que se cometería en casa habitación; luego entonces, no puede responder de la circunstancia que desconocía y que además por su participación no podía impedir la ejecución de la agravante.

De lo anterior podemos concluir que la accesoriedad limitada, es la que brinda mayor seguridad jurídica, en consecuencia permite aumentar o disminuir la pena si el autor o partícipe tienen conocimiento de las circunstancias calificativas.

4.- Las calificativas en los casos de tentativa punible.

4.1.- De la tentativa punible.

En la parte especial del Código Penal se describen en particular las conductas penalmente relevantes conocidas como delitos; pero en la parte general existen algunas disposiciones que, según Mariano Jiménez Huerta, amplian la figura típica,⁶¹ como es la tentativa punible a que se refiere el artículo 12 del citado ordenamiento; por ello, según lo señala también Maurach, "la tentativa representa la extensión de la tipicidad configurada en la parte especial".⁶²

61.- Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano. Tomo I.** p. 337, el autor señala como figuras ampliatorias a la tentativa y a la participación; en este sentido coincide también Raúl Zaffaroni, Eugenio. **Manual de Derecho Penal.** p. 602

62.- Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II.** p. 173; Ranieri, Silvio. **Manual de Derecho Penal. Tomo II.** p. 52, también le asigna el carácter extensivo de la tipicidad.

“El origen de esta figura se encuentra en la clasificación de los tipos delictivos, en particular en los delitos autónomos y subordinados, ya que si los autónomos son aquellos que se rigen por sí mismo en un marco determinado y por lo tanto son cualitativamente firmes, entonces los subordinados dependen de otro, teniendo un contenido cualitativamente indeterminado y variable, que dan origen a figuras accesorias”.⁶³ Luego entonces, el delito tentado es el resultante de la combinación de dos normas, una principal (norma incriminante, especial, por ejemplo: el robo que prevé el artículo 367), y otra secundaria (la norma accesoria o extensiva, que describe el artículo 12),⁶⁴ a través de las cuales el legislador pune las acciones que no llegan a consumarse.

El artículo 12 del Código Penal define a la tentativa punible “cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad de agente”. Esta figura, como el delito consumado, requiere para su acreditación que sea una conducta típica, antijurídica y culpable, para que sea punible.

De la definición anterior se desprende que dicha figura accesoria requiere del elemento subjetivo, donde claramente el sujeto debe de representarse el fin de su conducta penalmente relevante y querer la realización de la misma; además, se requiere que la idea que se encuentra en la mente del sujeto se exteriorice realizando parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitir los que deberían

63.- Jiménez Huerta, Mariano. op. cit. p. 338

64.- Cfr. Núñez Barbero, Ruperto. **El Delito Imposible**. Tomo V. Número 1. Industrias Gráficas, Diario-Día. Salamanca, España. 1983. p. 24

evitarlo. Ello nos lleva a aceptar que la tentativa puede ser inacabada o acabada. La primera se caracteriza porque el actuante lleva a cabo parte de los actos de ejecución o al menos los necesarios para ser posible la realización del tipo.⁶⁵

La tentativa acabada, se da cuando realizan todos los actos necesarios para la consumación, sin que el efecto esperado se produzca,⁶⁶ a esta última hipótesis se le conoce en la doctrina española como delito frustrado, ejemplo: un sujeto con un arma de fuego le dispara a otro con el fin de privarle de la vida, pero la bala le pega en la hebilla que impide el resultado deseado. Tanto en la tentativa inacabada como en la acabada la no producción del resultado puede obedecer a una causa ajena a la voluntad del agente o a una causa proveniente de su voluntad. En el primer caso se tratará de "una tentativa punible" según lo prevé el párrafo primero del artículo 12 del Código Penal Federal; en el segundo caso, en cambio, la tentativa será impune o "no punible", pues se estará en lo previsto por el párrafo tercero del mencionado artículo 12, que habla del "desistimiento" y del "arrepentimiento activo".

65.- Cfr. Eberhard Struensee. **Dolo, Tentativa y Delito Putativo**. Alemania. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. De. Hammurabi. Buenos Aires. 1972. p. 32; sobre el particular coincide también con esa definición Ignacio Villalobos. **Derecho Penal Mexicano**. op. cit. p. 460. José Cerezo Mir. **Lo objetivo y lo subjetivo de la tentativa**. Impreso por la Universidad de Valladolid 1964. España. p. 14, nos dice: "no basta ciertamente, para la existencia de tentativa la presencia de una voluntad dirigida a la realización de un delito, ni siquiera la de hechos externos que revelen esa voluntad. Es preciso que esos hechos representen ya una realización parcial de la misma". Raúl Zaffaroni. **Manual Derecho Penal** op.cit. p 68, la define como "la que tiene lugar cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica". De lo anterior, podemos concluir que la tentativa inacabada es el primer acto de ejecución, esto es, el inicio del comportamiento típicamente antijurídico.

66.- Cfr. Villalobos, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. op. cit. p. 460; sobre el particular Jiménez Huerta en su obra **Derecho Penal Mexicano**. Tomo I. p. 369, nos dice que la tentativa acabada es cuando el agente ha recorrido el camino criminoso íntegra e idóneamente, sin que el resultado se produzca. Eugenio Raúl Zaffaroni, en el Manual. op. cit. p. 608, define la tentativa acabada como aquella en la que el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica pero no se produce el resultado típico

4.2.- Las calificativas en la tentativa.

Entre las circunstancias calificativas y la tentativa punible existe una clara vinculación, ya que según el delito de que se trate puede dar lugar a la tentativa y, como consecuencia, a la aplicación de las agravantes. Se plantean casos concretos con soluciones concretas.

A continuación me permito precisar los criterios a seguir: con relación al delito consumado pueden concurrir circunstancias calificativas, que tienen como efecto agravar o atenuar el injusto o la culpabilidad y, consecuentemente, la pena, también puede darse esa situación por lo que hace a la tentativa de ese delito. Al ser la tentativa una figura accesoria, el problema de las calificativas sólo puede presentarse en aquéllos casos en que la ley las prevea para el delito consumado. Igualmente, si la calificativa en el delito consumado tiene que ver con algún elemento del tipo penal o con la culpabilidad, lo propio se dirá por lo que hace a la tentativa.

Uno de los problemas más serios de las calificativas y la tentativa punible es el relativo a los criterios de la aplicación de la pena, ya que el fin penalmente relevante (tipo básico) no se consuma y la calificativa sí; luego entonces, se cuestiona si la punibilidad para la tentativa, que refiere el artículo 63 (las dos terceras partes del mínimo y máximo), se aplicará también para la calificativa o solamente el artículo 63 rige para la tentativa del tipo básico, y la punibilidad de la calificativa se aplicará en forma total y completa por haberse consumado.

El criterio más adecuado de aplicación sería el primero, ya que se debe partir de la naturaleza jurídica de las calificativas y de la tentativa

punible, es decir, si la tentativa es una figura accesoria al tipo y las calificativas son parte de un elemento del tipo o del tipo penal, correrán éstas, para los efectos de la punición, la misma suerte que la figura accesoria, porque en ella inciden.

Dicha postura se deduce precisamente de las reflexiones que se hicieron en el capítulo V, al observar la naturaleza jurídica de las calificativas, en donde se argumentaba que las calificativas, si bien es cierto que eran accesorias al tipo básico, lo es también que su análisis se planteaba en el elemento objetivo del tipo; luego entonces, si las calificativas y la tentativa forman parte de lo que es el delito, para los efectos de la punición deberá atenderse a las reglas que para tal efecto se determinen en la tentativa.

En consecuencia, el marco de punibilidad de las calificativas en la tentativa, será tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 63, en relación con el 51 y 52 del código punitivo, que hace referencia a las dos terceras partes del mínimo y máximo de la pena prevista para aquél.

La segunda solución es la que tiene más fuerza, ya que así se ha pronunciado la Autoridad Federal,⁶⁷ de aplicar las reglas de la punibilidad prevista para la tentativa y no para la calificativa; pero ello rompería con la

67.- Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Tomo IV, agosto 1996, Tesis 1.3o. P.9.P. p. 729. ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA COMETIDO CON VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL. PENAS APLICABLES EN EL DELITO DE. Cuando el delito de robo en grado de tentativa imputado al acusado, se comete con las calificativas de violencia física y moral, respecto de éstas no es aplicable, al imponer las penas correspondientes, lo dispuesto en el artículo 63, párrafo primero, en relación con el 372, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, sino únicamente lo establecido en este último numeral, en concordancia con el grado de culpabilidad que se le estimó, ya que si bien es cierto que el robo no llegó a perpetrarse y sólo se cometió en grado de tentativa, las calificativas sí se consumaron, toda vez que se violentó física y moralmente al ofendido al tratar de despojarlo de sus pertenencias. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 711/96

naturaleza jurídica de ambas instituciones, ya que al aplicar en forma total la punibilidad de la calificativa sería considerarla como aquella que influye en la agravación o atenuación de la pena, postura que, como hemos referido, no da seguridad jurídica y rompe con la lógica del análisis sistemático. Además, sería incongruente que el legislador considerara una pena menor para la tentativa y la pena para la agravante no se modificara; aquí lo que importa es no punir tan grave lo que es la figura accesoria en general.

Además, sería cuestionable esta postura, porque si tomamos en consideración la figura del arrepentimiento en el delito, no se impondrá pena por lo que a éste se refiere, aunque en este caso sí se consuma la agravante, pero no se pune independientemente, porque corre la misma suerte que la figura principal.

A continuación se plantean algunos casos en los que puede observarse cómo operan las calificativas en relación a la tentativa.

Caso 1. Un sujeto con la intención de robar se introduce a una casa habitación (circunstancia agravante) y al momento de tomar el objeto del apoderamiento, es sorprendido por el dueño de la casa; en este caso, aún cuando no se consumó el delito, por causas ajenas a la voluntad del agente, no se afecta la existencia de la agravante.

En este primer caso, estamos ante una tentativa acabada, ya que se realizan todos los actos de ejecución para consumir el delito de robo, donde se advierte, que desde el momento en que el sujeto activo es sorprendido en el interior de la casa habitación, se consuma la agravante prevista en el artículo 381 bis, pero no se llevo a cabo el apoderamiento del

objeto que pretendía robar; ello nos lleva a considerar que la forma de imponer la pena por lo que hace a la agravante, es aplicar también hasta las dos terceras partes de la pena prevista en esta circunstancia.

Se puede presentar el caso contrario al anterior donde el tipo base aparece consumado y la calificativa se realiza en forma imperfecta.

Caso 2. "A" decide lesionar a "B", con quien está enemistado desde hace tiempo. Un día "A" que lo vio paseando por el parque tomó su motocicleta y se dirigió hacia "B", con el fin de atropellarlo por la espalda y huir velozmente para impedir que su enemigo pudiera responder a su ataque. Efectivamente, atropelló a "B", pero cara a cara, ya que "B" presentía que "A" le iba a hacer algún daño y sabiendo que éste tiene motocicleta, antes de la colisión, "B" se da la vuelta repeliendo la agresión, dándole un empujón al motociclista, pero no pudo impedir que éste le causará con la moto, una lesión simple en una pierna (artículo 289 párrafo primero parte primera).⁶⁸

De dicho ejemplo podemos deducir que "A" cumple con el tipo objetivo y subjetivo del delito de lesiones a que hacen referencia los artículos 288 y 289 parte segunda del Código Penal, ya que le causó un menoscabo en la integridad corporal de la víctima, además de que tuvo la intención de causar la lesión en forma alevosa, es decir, quiso agredir por sorpresa a su víctima para impedir cualquier defensa. En este caso no se dan todos los elementos de la agravante de alevosía que prevé el artículo 315 y define el artículo 318 del citado ordenamiento, ya que el sujeto pasivo, advirtió la agresión y pudo

68.- El ejemplo lo cita Pérez Alonso, Esteban Juan. **Teoría General de las Circunstancias**. p. 257.

defenderse un poco del ataque y sufrir una lesión menor a la que tenía en mente el autor.

El problema se presenta en la imperfección de la ejecución de la agravante; nuestra ley no prevé esta problemática, ya que los artículos 7, 8, 9, 12, 13 y 15, hacen alusión al delito consumado o a la tentativa, y las agravantes que se prevén en la parte especial aluden a hechos consumados; aquí es donde surge la interrogante de si puede darse una tentativa en una agravante. Para resolver este problema, debe partirse tanto del desvalor de la acción como del desvalor del resultado. Para Esteban Juan Pérez Alonso, el problema se resuelve con un concurso ideal entre la tentativa del delito agravado, es decir, la tentativa del delito de lesiones que se pensaba causar, como aquellas que ponen en peligro la vida (artículo 293), con la concurrencia de la circunstancia de alevosía y el delito finalmente consumado (lesiones),⁶⁹ ya que por un lado se valora la actitud inicial alevosa del sujeto y por el otro la lesión final producida.

Al respecto consideramos que estamos en presencia de una tentativa acabada y el plantear un concurso ideal, como opina Juan Pérez Alonso, implicaría plantear una valoración que recae sobre dos aspectos, que es el desvalor de la acción, que tiene que ver con el fin penalmente relevante del sujeto (lesiones calificadas) de aquéllas que ponen en peligro la vida, y por otra el desvalor del resultado que sería una lesión simple; bajo esta óptica, el mismo hecho va a estar regido por dos normas y como consecuencia dos punibilidades. Pero esta solución consideramos no es del todo la mejor, ya que para punir la comisión de un delito, no debemos de separar el fin y el resultado; así podemos decir que el fin penalmente relevante del sujeto activo

69.- Ibidem. pp. 259 y 260.

puede en ocasiones sufrir cambios al presentarse un resultado diferente, como en el presente caso la agravante de alevosía no se acreditó, porque el factor sorpresa no se produjo; luego entonces, para punir dos veces el mismo hecho, el desvalor de la acción debe ser absorbido por el desvalor del resultado, solución que si bien, no es la más justa, sí la más práctica y técnica y la favorece más al inculpado.

Caso 3. "A", en una acción rápida y sorpresiva que impide que "B" pudiera darse cuenta, saca una pistola y hace dos disparos por la espalda a "B" sin lograr alcanzarle. Apercebido el agredido, se dio la vuelta y cara a cara se prestó a la defensa con otra pistola, momentos en que el agresor le produjo la muerte por un tercer disparo.

En este caso, la conducta inicial del autor va dirigida a causar la muerte de la víctima con alevosía, pero no llega a producirse porque no acierta con sus dos disparos alevosos, pero al final de cuentas el sujeto da muerte a la víctima cuando éste intenta defenderse de la agresión. Aquí también se plantea la conflictiva del concurso ideal, partiendo de dos supuestos del hecho, que son el desvalor de la acción, que se traduce en la intención de privar de la vida en forma alevosa, y el desvalor del resultado que es homicidio simple; pero para punir tanto uno como otro, cada caso debe analizarse en forma objetiva y definir cuál es delito debidamente acreditado, atendiendo para ello al desvalor de resultado.

Para que procesa en el presente caso la alevosía, el medio utilizado (asechanza), debe ser tal que no dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer, en el problema planteado si hubo tiempo de defensa y de evitar el mal, por ello aunque se tornara injusta la medida,

debería de sancionarse por homicidio simple, sin dejar de observar que al momento de individualizar la pena, el Juez tomará en consideración todos los elementos que influyen para orientar su criterio, como es el que el inculcado con cierta ventaja le dispara dos veces al pasivo, y al percatarse este último de la agresión saca también su pistola.

Caso 4. El sujeto realiza una serie de actos ejecutivos para llevar a cabo el delito de robo, como es utilizar instrumentos para forzar la chapa de la casa, después se introduce a la misma para apoderarse de los objetos que se encuentran en ella, y en el interior desiste de continuar la ejecución.

Con fundamento en el párrafo tercero del artículo 12 del Código Penal, no será punible la conducta en los casos de desistimiento (o arrepentimiento), pero si los actos ejecutivos dan lugar a otro delito, como es el daño en propiedad ajena por los causados a la puerta, o el delito de allanamiento de morada, podrá responder por ello atendiendo a un "criterio político-penal para evitar impunidad".⁷⁰

5.- Las calificativas en los delitos de omisión.

5.1.- De la omisión.

El ser humano vive en un medio físico con incesante movimiento (mundo circundante). Este mundo puede ser cambiado por él, en dos formas: la primera se realiza mediante la acción del sujeto apto para alterar el movimiento del mundo circundante; la segunda mediante una no alteración o la protección de la situación de que se trate. En toda abstención del

70.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. p. 483

movimiento por consiguiente, se da una continuidad de la movilidad del mundo circundante, es decir, el sujeto si se abstiene de realizar un movimiento, no se queda en la nada sino que genera una energía por no realizar el movimiento requerido.⁷¹

La omisión no consiste en un "simple no hacer", sino en un no hacer algo.⁷² "La omisión no es solo falta de movimiento; también forma parte de su idea el que ese movimiento que falta pueda ser ejecutado realmente por quien no lo realizó".⁷³

Por tanto, otra forma de conducta por medio de la cual se pueden cometer los delitos es la omisión, misma que también es punible, dado que el Derecho Penal también se ocupa de ordenar la realización de acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados. Hay delitos que pueden cometerse únicamente por medio de una acción, por ejemplo: el robo que prevé el artículo 367; mientras que otros solo pueden realizarse con una omisión, como es el caso de la omisión de auxilio que prevén los artículos 340 y 341 del código penal.⁷⁴ Mientras que otros delitos pueden cometerse tanto por acción como por

71.- Cfr. Novoa Monreal, Eduardo. **Fundamentos de los Delitos de Omisión**. Editorial Depalma. Argentina, 1984. pp. 71-74

72.- Cfr. Mezger, Edmund. **Derecho Penal. Parte General**. op. cit. p. 118.

73.- Cfr. Novoa Monreal, Eduardo. El autor al referir a la no ejecución del movimiento que podría ser realizado, advierte algo positivo, es decir, la potencialidad de realizar ese movimiento que implica el poder real y actual de producirlo. p. 71.

74.- Artículo 340.- "Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse asimismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrá de 10 a 60 jornadas de trabajo en favor de la comunidad, sino diera aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal"

Artículo 341.- "Al que habiendo atropellado a una persona culposa o fortuitamente no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrán de 15 a 60 jornadas de trabajo en favor de la comunidad, independientemente de la pena que proceda por el delito que con el atropellamiento se cometa".

omisión, como por ejemplo el homicidio en que el resultado puede producirse derivado de un hacer o un no hacer.⁷⁵

La regulación jurídica de la conducta omisiva se encuentra descrita en el código penal en su artículo 7, al establecer: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considera que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente...". De esta descripción se advierte que no simplemente se habla del delito de omisión, sino que agrega una segunda figura que ha sido denominada omisión impropia o comisión por omisión, cuya regulación obedece al principio de legalidad.⁷⁶

Sin duda, la dogmática penal -en su evolución-, se ha encontrado ante un singular problema respecto a la conducta representada en forma de omisión propia o simple o respecto de la diversa especie consistente en el llamado delito de omisión impropia o de comisión por omisión. Para distinguirlas podremos decir que en la primera, como lo refiere Zaffaroni, "el autor puede ser cualquiera que se encuentra en la situación típica", mientras que en la omisión impropia, "el autor solo puede ser quien se encuentra dentro de un limitado círculo que hace que la situación típica de la omisión

75.- Cfr. Antolisei, Francesco. **Manual de Derecho Penal Parte General**. op. cit. p. 181.

76.- Cfr. Moreno Hernández, Moisés. **Conferencia sobre reformas en materia penal**, dictada el ocho y diez de febrero de 1994, en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

equivalga a la de un tipo activo"⁷⁷; en este último caso se requiere que el autor tenga una posición de garante.

En el delito de omisión propia se castiga el no realizar la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario el resultado, por ejemplo el no denunciar el delito;⁷⁸ en cambio, en el delito impropio de omisión se da "en un círculo de autores que se hayan en posición de garante, es decir, en una posición tal respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado".⁷⁹ Es por eso que en el citado artículo 7 establece que, **tratándose de delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido a aquél sujeto que teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo no lo hace.** "Con ésta previsión se plantea que solamente aquel que tenga el deber jurídico de actuar para evitar la producción del resultado típico en el caso concreto, es el que responde de éste resultado", "la fuente de ese deber se llama calidad de garante y se deriva, como lo señala el citado artículo, de la ley, de un contrato o de un actuar precedente".⁸⁰

Ahora bien, habrá que ver si en los delitos de omisión simple o en los de comisión por omisión, es o no dable que puedan presentarse las calificativas.

77.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal Parte General.** p. 454.

78.- Cfr. Mezger, Edmund. **Derecho Penal. Parte General.** p. 118.

79.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** p. 455.

80.- Moreno Hernández, Moisés. **Conferencia sobre reformas en materia penal,** p. 8. Consideramos que en la mayoría de los casos siempre se deriva de la ley, pero habrá casos en que se derive de un contrato, ejemplo el salvavidas, que, en virtud de un contrato, tiene la función de vigilar en la playa que ningún bañista se ahogue. Con relación al actuar precedente, este puede, entenderse como la conducta que el sujeto ha realizado con anterioridad, de la cual puede desencadenar un resultado posterior.

5.2.- Las calificativas en los delitos de omisión.

Los criterios que se plantean, se derivan no solamente en relación a ciertos delitos que llevan implícita en su estructura una omisión, sino precisar en relación a estos delitos de omisión simple o omisión impropia, si pueden concurrir circunstancias calificativas que tienen como efecto agravar o atenuar el injusto o la culpabilidad. En este sentido reiteramos que si las calificativas forman parte del tipo penal y dentro de éste hay tipos de acción u omisión, entonces, las calificativas pueden incidir también en los delitos de omisión.

De la misma manera tenemos que precisar en que elemento del tipo penal pueden incidir las agravantes. Así advertimos que hay calificativas en particular agravantes, que pueden presentarse en tipos de omisión simple y de omisión impropia, los pocos casos en que se presentan se relacionan con la calidad del sujeto activo; un ejemplo de delito de omisión propia se da en relación al delito de abuso de autoridad, en las hipótesis previstas en las fracciones III, V y VII del artículo 215, cuando son cometidos por una corporación policiaca, aduanera o migratoria.⁸¹ Los términos retardar, negar, impedir, o no hacer cesar, pueden interpretarse como una omisión, que independientemente de que la realice un servidor público (elemento normativo de calidad en el sujeto activo), este sea cometido por servidores públicos

81.- Artículo 215.- "Comete el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurren en algunas de las conductas siguientes:

Fracción III.- Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud.

Fracción V.- Cuando el encargado de una fuerza pública, requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio se niegue indebidamente a dárselo.

Fracción VII.- Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denuncie a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente si esto estuviera en sus atribuciones"

miembros de una corporación policiaca aduanera o migratoria, agravando por esta última calidad el injusto.

En relación a las calificativas en los delitos de omisión impropia, tenemos el caso del médico en ejercicio de sus funciones, quien al atender a su peor enemigo y reflexionar con tiempo suficiente, decide omitir aplicar el medicamento vital que requiere el paciente (insuficiencia cardiaca), y por tal motivo le causa la muerte; el médico responderá por el un delito de homicidio por omisión previsto en el artículo 302, en el que concurre la calificativa prevista en el artículo 315 con premeditación, y 228 en su calidad de médico, aquí se agrava la conducta de omisión, no sólo por la agravante premeditación, sino también por la calidad que tiene el sujeto (médico), que se hace auxiliar de sus conocimientos, no para salvar la vida sino para privarla.

No dejamos de advertir que hay delitos de omisión complejos, que se componen de dos tipos penales, donde se privilegia no tanto el desvalor de la acción, sino el desvalor del resultado, como es el caso previsto en el artículo 339 del Código Penal, cuando refiere que si del abandono resultara alguna lesión o muerte éstos se consideran como premeditados. Al respecto, cabe hacer algunas reflexiones: Es cierto que encierra un delito de omisión, pero para que se acredite la agravante se requiere que el sujeto activo con tiempo suficiente idee la forma para producir el resultado, es decir, en este caso es aplicable esa calificativa de premeditación porque encierra por su naturaleza un delito doloso de omisión.

Ahora bien, la forma de resolver este problema, se deriva de dos fórmulas, la que plantea un concurso real de delitos, entre el abandono de

personas y el homicidio, o considerarlo como un tipo presuntivamente calificado. Esta figura atiende al desvalor del resultado para tener una punibilidad especial, pero al final de cuentas es un concurso real de delitos.

Este caso se analizó en el capítulo anterior bajo una óptica diferente, ya que no en todos los supuestos de abandono donde se produzcan lesiones u homicidio, necesariamente el sujeto realizó una conducta omisiva dolosa y premeditada, sino que en algunas ocasiones puede ser a título de culpa; ejemplo: Un sujeto que en su infancia fue abandonado, y dentro del medio donde se desenvuelve es común actuar de esa manera, cuando se casa, realiza la misma conducta de abandonar a su hijo o a la esposa enferma y alguno de ellos muere, pero por circunstancias, en ocasiones ajenas a él ya no regresa, en este caso no podemos afirmar que el resultado lesión o muerte se derivó de una conducta dolosa, ni mucho menos se puede hablar de presunción, pero sí de un delito culposos.

6.- Las calificativas en los delitos culposos

6.1.- Los delitos culposos.

Hemos asentado que el derecho penal individualiza conductas penalmente relevantes, mediante tipos penales; luego entonces, de acuerdo a la estructura del tipo el elemento subjetivo comprende tanto el dolo como la culpa.

Nuestro Código Penal en sus artículos 8 y 9, define la culpa de la siguiente manera: "obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría en

virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

Esta definición contempla dos modalidades de culpa: con representación o consciente y sin representación o inconsciente. En ambos supuestos se requiere un resultado, y como elemento subjetivo la “previsibilidad” de ese resultado, que significa “proyectar un juicio en el porvenir pronosticando que de la conducta se seguirá determinado resultado, con relación de causa y efecto”;⁸² es decir, la previsibilidad consiste en la posibilidad genérica que tiene un hombre de prever el resultado como consecuencia de su propia conducta.

La culpa inconsciente o sin representación se da cuando “quien desatiende el cuidado para el cual, conforme a las circunstancias y situación personal, estaba obligado y era capaz de realizarla, por consiguiente el tipo legal sin reconocerlo”,⁸³ o según Carlos Fontán Balestra “cuando quien ha obrado con negligencia o imprudencia no se representó el resultado delictuoso”.⁸⁴

En relación a la culpa consiente o con representación la definición de nuestro Código es muy consecuente con la doctrina; así Reinhart Maurach indica que se da “cuando el autor ha previsto la posible producción del resultado, ha traído, consecuencia de supraestimar su capacidad final de

82.- Altavilla, Enrico. **La Culpa**. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1987. p. 2.

83.- Wessels, Johannes. **Derecho Penal. Parte General**. Depalma Buenos Aires. 1980. p. 194.

84.- Fontán Balestra, Carlos. **Derecho Penal. Introducción y Parte General**. Undécima Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. p. 343

dirección e infravalorar el deber de cuidado que le ha sido impuesto y puede cumplir, poder evitar este evento".⁸⁵

Ahora bien, los tipos culposos según cierto sector de la doctrina, son tipos abiertos y deben ser completados (cerrados) por el juez, acudiendo a una disposición o norma de carácter general que se encuentra fuera del tipo,⁸⁶ es decir, se requiere independientemente del tipo penal otra norma que individualice la conducta prohibida o que indique el deber de cuidado en que incurrió el sujeto activo. En nuestra legislación la norma que individualiza esa conducta es el artículo 9 párrafo segundo y la pune el artículo 60, que con la nueva redacción de este precepto da lugar al *numerus clausus*, para dar mayor seguridad jurídica.

6.2.- Las calificativas y su relación con los delitos culposos.

Antes de dar respuesta sobre qué circunstancias calificativas tienen relación con los delitos culposos, consideramos necesario el preguntarse si no es incompatible que en un delito culposo sea aplicable una agravante. Este punto es muy discutible, ya que no olvidemos que en todo delito hay un nexo causal, donde derivado de la acción u omisión se produce un resultado (material o jurídico), o por lo menos se ponga en peligro el bien

85.- Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II.** p. 221; con términos muy semejantes Eugenio Raúl Zaffaroni, en el **Manual de Derecho Penal. Parte General.** p. 436, la define "como aquella en el que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del resultado aunque la ha rechazado en la confianza de que llegado el momento, lo evitará o no acontecerá"; Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal.** p. 219, dice "que el autor se representa el peligro de lesionar el bien jurídico, pero valorada falsamente la situación piensa que el peligro no se concretara en resultado"; Jescheck, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Volumen II.** p. 782, la define "el autor advierte el peligro concreto y confía por una infravaloración del grado de aquél o por excesiva valoración de sus propias fuerzas, o, simplemente confiado indebidamente en su suerte en que el tipo legal no va a realizarse", entre otros.

86.- Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** p. 428.

jurídico tutelado; luego entonces, es posible que la finalidad de la conducta sea dolosa, pero el resultado culposo, que es cuando se da cabida a un error de tipo (por equivocación en el objeto o en la persona), ejemplo: Juan quiere matar a Pedro y al dispararle le da a Santiago; en este caso, se plantea como una solución discutible la presencia de un concurso ideal de delitos, que da lugar a una tentativa de homicidio calificado en agravio de Pedro y a un homicidio culposo simple en agravio de Santiago.

También hay tipos penales que son mixtos, es decir, contemplan parte de una conducta dolosa y otra culposa, como por ejemplo el del delito de ataques a las vías de comunicación que prevé el artículo 171, donde (para integrar este tipo) se requiere que el sujeto se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes y cometa alguna infracción al reglamento de tránsito y circulación, al manejar el vehículo de motor; en este tipo penal, la Corte ha considerado que el conducir un vehículo en estado de ebriedad se deriva de una conducta dolosa,⁸⁷ pero el cometer la segunda infracción al reglamento de tránsito, puede ser dolosa o culposamente; por ejemplo: un sujeto va en estado de ebriedad conduciendo su vehículo y no se percata en qué momento se pasa un alto o cambia de carril sin tomar las precauciones necesarias o invade una zona exclusiva de peatones, pero también derivado de la misma conducta ésta puede ser dolosa donde quiere pasarse el alto o cambiar de carril aunque vaya en estado de ebriedad. Estos ejemplos nos demuestran que no necesariamente los tipos penales encierran conductas dolosas o culposas.

87.- Ataques a las vías de comunicación. Conducción de vehículo en estado de ebriedad. Es delito intencional. Compilación al Semanario Judicial de la federación 1917 a 1992, 5°, 6°, 7° y 8° Epoca. Tomo V. p.54

Pero en el caso de las circunstancias calificativas y los delitos culposos no hay una ambivalencia en la conducta, sino que independientemente de que esta sea culposa, lo que va a gravar en este caso es la calidad en el sujeto activo que produce el resultado. Ejemplo de ello, lo es el citado en el artículo 60 párrafo penúltimo que derivado de los actos u omisiones culposos cometidos por el personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica o cualquier otra de transporte de servicio público federal o local y causen homicidios de dos o más personas, en que la pena será de cinco a veinte años de prisión; igual pena se impondrá a los de transporte de servicio escolar. En este caso se habla de una acción u omisión culposa, pero por la calidad del sujeto y por el resultado se determina una mayor punibilidad.

Otro ejemplo es del médico cirujano, quien en función de su ejercicio profesional comete el delito de lesiones u homicidio por no tener el cuidado que debía y podía observar. Aquí la agravante se da por la calidad del sujeto (médico), que prevé el artículo 228,⁸⁸ por lo que estamos ante la presencia de un delito culposo calificado (artículo 302 y 288 en relación con el artículo 60).

Creemos también que los delitos de daño en propiedad ajena, previstos por los artículos 397 y 399, se puede dar no solamente en forma

88.- Artículo 228.- "Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la ley general de salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I.- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se aplicará la suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia, y

II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos"

dolosa sino también culposa,⁸⁹ donde la descripción del tipo, si bien no requiere una calidad en el sujeto, hay agravantes específicas como la prevista por el citado artículo 228, donde van dirigidas a cierto tipo de personas; ya sea profesional o técnico, que por un incumplimiento de un deber de cuidado cause un resultado, dando lugar a una conducta culposa, además de estar agravada por esa calidad de profesional o técnico a que alude el multicitado artículo 228.

Sobre el particular se advierte que en la práctica el artículo 228 (responsabilidad profesional), se relaciona solamente con los médicos ó enfermeras, pero no así con los demás profesionistas, como puede ser un contador o un ingeniero. Dicha agravante al referirse a "profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares en el ejercicio de su profesión", abarca a otro tipo de profesiones, tan es así que, si analizamos la estructura de todo el título (décimo segundo), advertimos que se denomina "responsabilidad profesional"; y el capítulo primero de ese título se define como "disposiciones generales", al hablar en plural de "los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares..."; por ello los delitos comprendidos en este título, no solamente se refieren a los médicos sino a otras profesiones, tan es así que al aludir a "los artistas", obviamente se refiere a una rama distinta a los médicos. Por todo ello es dable que en el delito culposos pueda presentarse una calificativa, ya que la intención del sujeto no es cometer una conducta penalmente relevante, sino por las circunstancias concomitantes, se produce un resultado diferente al deseado, que sería el delito culposos; pero si a ello le agregamos que quien realiza la conducta tiene una calidad específica que lo obliga a tener mayor

89.- Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano. Tomo IV.** p. 397; Carrancá y Trujillo - Carrancá y Rivas, Raúl. *op.cit.* p. 968

cuidado en la función que realiza (médico, artista, ingeniero, etc.), agravará por ese hecho la conducta culposa.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- En toda ciencia el lenguaje aplicado debe ser certero a lo que queremos expresar; en la rama del Derecho es importante utilizar términos técnicos y precisos, lo que aún no ha sido posible para determinar a las agravantes, ya que tanto la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado como sinónimos los de calificativa, cualificativa, modificativa y modalidades, que en realidad poseen una definición diferente. El concepto que encierra tanto a las agravantes como a las atenuantes y que tiene un significado lógico, jurídico, claro y comprensible, es el de "**calificativa**".

SEGUNDO.- Una visión histórica del tema de investigación en el marco legislativo, permite comprender con mayor facilidad la evolución que han tenido las calificativas en nuestro régimen jurídico, de tal manera que nos permite aceptar que en otras épocas las calificativas que ahora tienen una definición clara de su ubicación sistemática dentro de la estructura del delito, hasta el inicio de este siglo todavía tenían una obscura y confusa redacción; continuándose hasta las modificaciones hechas en 1993 y 1994, aunque algunos Estados de la República aún no han adecuado su legislación a la reforma constitucional, manejando conceptos desterrados.

TERCERO.- Como fuente ilustrativa para conocer los sistemas legales que han adoptado otros países en relación a la regularización de las calificativas, la legislación penal mexicana define con cierta claridad la

naturaleza jurídica de las mismas, permitiendo con ello que nuestra legislación sea más garantista, al cumplir con las exigencias de una política penal congruente con un Estado de Derecho, lo que no sucede con otros países donde el lenguaje es confuso, como Colombia y España, y con la limitada legislación en este punto de Alemania y Argentina; Italia, a pesar de que su marco legislativo es abundante, no hace una distinción expresa de las circunstancias que tienen relación con la personalidad del sujeto y aquellas circunstancias que agravan y atenúan el delito.

CUARTO.- La Constitución que es la ley suprema, marca los lineamientos del procedimiento penal; de ahí la importancia de conocer si el legislador constitucional tuvo en mente el problema de las calificativas y como lo visualizó al definir las figuras de cuerpo del delito y responsabilidad, o la de ésta y la de elementos del tipo penal.

QUINTO.- El papel que han jugado las instituciones que intervienen en el proceso penal es importante, porque son el reflejo de la certidumbre o incertidumbre que la ley ofrece para determinar la naturaleza jurídica de las calificativas. Los criterios de interpretación sobre el particular del Ministerio Público del orden común en el Distrito Federal, no han sido congruentes con los contenidos de la propia ley, lo que puede deberse a su falta de autonomía y criterio propio para defender una postura adecuada frente a las circunstancias agravantes y atenuantes; lo que lejos de hacer una interpretación dogmática de la ley, ha impedido el ejercicio científico del Derecho en relación con el tema de investigación.

SEXTO.- Para el análisis sistemático de las calificativas, se ha optado seguir los criterios del sistema finalista, porque este parte de un análisis ordenado y lógico de los contenidos de la propia ley, en base a una

determinada concepción filosófica y política en torno al hombre, al Estado y al Derecho Penal, brindando con ello mayor seguridad jurídica; además, porque es el sistema que más se adecúa a la legislación vigente y permite ubicar en forma sistemática las calificativas en la estructura del delito; ya sea como circunstancias que tienen que ver con los elementales del tipo penal o con los de la culpabilidad.

SÉPTIMO.- Si aceptamos que algunas de las calificativas son parte integrante del tipo y otras de la culpabilidad, ello permite su tratamiento adecuado en relación a problemas tales como el error, el concurso de delitos, la tentativa punible, la autoría y participación, los de omisión y los delitos culposos, que implican un tratamiento especial. Para dicho tratamiento, se han atendido tanto los criterios de la doctrina como de la jurisprudencia. La conflictiva que presentan estos temas invita a plantear una serie de posibles soluciones, por lo que nos concretamos a señalar lo que consideramos puede brindar mayor seguridad jurídica.

PROPUESTAS

1.- Si las circunstancias calificativas responden a consideraciones político-criminales y más exactamente a la necesidad de tutela de bienes jurídicos (principio de proporcionalidad o prohibición de exceso), para cumplir con este fin, la punibilidad en las agravantes o atenuantes debe ser congruente con la importancia del bien jurídico y con las formas de su afectación. De tal manera que, al momento de aplicarlas, debe procurarse una punibilidad racional y congruente; de ahí que el criterio para determinar la punibilidad en las circunstancias calificativas debe ser diferente al establecido en el Código Penal, fijando en términos generales diferentes grados de agravantes o atenuantes con punibilidad diversa para cada grado de ellas.

2.- Con el fin de que los criterios sean uniformes con el ámbito nacional y que en todo ese ámbito prevalezca un Estado de Derecho, las legislaciones, de los Estados deben adecuarse a las directrices constitucionales.

3.- Por la naturaleza de la agravante de premeditación, al estar inmersa en la circunstancia de ventaja y traición, para el delito de homicidio y lesiones, debe desaparecer de la legislación, además lo que en realidad no es otra cosa que el dolo.

Las circunstancias agravantes contempladas en el artículo 315 párrafo tercero respecto de las cuales se presume existe la premeditación, "cuando las lesiones o el homicidio se cometen por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venenoso, asfixia o enervantes o por retribución

dada o prometida, por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad”, deben contemplarse como circunstancias calificativas para estos mismos delitos en forma independiente a la de premeditación.

4.- En el caso de homicidio conocido como piadoso, a que nos hemos referido en el capítulo Cuarto y Quinto, en el punto relativo a la culpabilidad, debe legislarse como una causa de exclusión o atenuación y, por tanto como una causa de exclusión o de atenuación de la pena.

5.- Para que exista armonía en un Estado Democrático de Derecho, se requiere de una técnica legislativa más depurada, y que tanto la doctrina como la jurisprudencia desarrollen y planteen criterios consistentes de interpretación de los artículos que tienen mayor importancia en su aplicación de la ley penal y procesal vigente.

I.- BIBLIOGRAFIA.*
LIBROS, REVISTAS Y CONFERENCIAS.

- ACERO, JULIO. **Procedimiento Penal**. Séptima Edición, Editorial Cajica, Puebla. 1976.
- ÁLAMO ALONSO, MARÍA. **Sistema de las circunstancias del delito**. Estudio General. Valladolid. 1981.
- ALTAVILLA, ENRICO. **La Culpa**. Cuarta Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1987.
- ANTOLISEI, FRANCESCO. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. Octava Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1980.
- BACIGALUPO, ENRIQUE. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1989.
- BAIGÚN, DAVID. **Naturaleza de las circunstancias agravantes**. Ediciones Pannedille. Buenos Aires, Argentina. 1970.
- BARATTA, ALESSANDRO. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**. Siglo Veintiuno Editores. Italia, 1986.
- BAUMANN, JÜRGEN. **Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema**. Traducción de Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma. 1981.
- BETTIOL, GIUSEPPE. **Derecho Penal Parte General**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1965.
- BUNSTER, ALVARO. "En torno a la imputabilidad penal"; "autoria y participación" publicadas en el Instituto Nacional de Ciencias Penales 1990.
- BURGOS FINOL, FRANCISCO. **El Cuerpo del delito**. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia. número 62, julio-diciembre. Maracaibo, Venezuela.

*Debido al número reducido de revistas y conferencias se integran a la Bibliografía general.

- BUSTOS RAMIREZ, JUAN. **Manual de Derecho Penal Español Parte General**. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1984.
- CANTERO, SAINZ. **Derecho Penal**. U.N.B.D. Madrid. 1974.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO RAUL. **Derecho Penal Mexicano. Parte General**, Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 1937.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO-CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL. **Código Penal Anotado**. Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 1962.
- CARRARA, FRANCESCO. **Programa de Derecho Criminal. Parte General**. Vol. II. Editorial Temis. Depalma. Colombia. 1986
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. Editorial Porrúa. México. 1974 y 1984.
- CEREZO MIR, JOSÉ. **Lo Objetivo y lo Subjetivo en la Tentativa**. Universidad de Valladolid, España. 1964.
- COBO DEL ROSAL, M. Y VIVEZ ANTÓN, T. S. **Derecho Penal Parte General**. Editorial Tirant lo Blanch. España. 1991.
- COLÍN SANCHEZ, GUILLERMO. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**. Décima Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 1984
- DAZA GÓMEZ, CARLOS. **La Culpabilidad en el Finalismo**. Título de Tesis para obtener el grado de Doctor. México. 1996.
- DAZA GÓMEZ, CARLOS. **Teoría General del Delito**. Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición.
- DÍAZ ARANDA, ENRIQUE. **Del suicidio a la eutanasia**. Editorial Porrúa. México. 1996.
- DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO.
-Historia fracción I del artículo del Código Federal de Procedimientos Penales. Editada por la Procuraduría General de la República. México. 1988.
- DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Comentado**. Editorial Porrúa. México. 1990.
- DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO.- **Código Penal Federal Comentado**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1997.

FONTAN, BALESTRA, CARLOS. **Derecho Penal. Introducción y Parte General.** Décima Edición, Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1987.

FRANCO GUZMÁN, RICARDO. **La subjetividad en la ilicitud.** Primera Edición. Editorial José M. Cajica Jr. Editada en México, Lima y Buenos Aires. 1959.

FRANCO SODI, CARLOS. **El Cuerpo del Delito y la Teoría de la Tipicidad.** Revista de Derecho Penal. Universidad de San Luis Potosí. México. 1941.

Franco Zevada, Alicia. La Libertad Provisional. Tesis Facultad de Derecho UNAM.
GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO Y ADATO, VICTORIA. **Prontuario de Derecho Procesal.** Editorial Porrúa. México. 1974.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. **Derecho Procesal Penal.** Editorial Porrúa. México. 1978.

GARCÍA RAMÍREZ SERGIO. **El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano.** Editorial Porrúa. México. 1994.

GONZÁLEZ BLANCO, ALBERTO. **Procedimiento Penal Mexicano.** Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1979.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ. **Principios del Derecho Procesal Mexicano.** Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1984.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSE L. **Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal.** Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Edita Servicios de Publicación. España. 1989.

GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. **Apuntes para la historia del Jus Puniendi en México.** Editada por la Universidad Autónoma de Querétaro. 1963.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. **Código Penal Comentado.** Novena Edición. Editorial Porrúa. 1989.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, RAÚL. **La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal.** Publicado por Pereznieto Editores. México. 1995.

HEINRICH JESCHECK, HANS. **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** Volúmenes I y II. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Primera Edición. Editorial Bosch. 1988.

HERRERA LAZO Y GUTIÉRREZ, EDUARDO. **Garantías Constitucionales en Materia Penal.** Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1979.

- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. **Lógica del Tipo Penal en el Derecho Penal**. Editorial Jurídica Mexicana. México. 1970.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. **Nueva Teoría General el Derecho Penal**. Revista Criminalia. México, número 1-3 enero-marzo. 1978.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. **El Delito en el Derecho de Procedimientos Penales**. Publicada por la Universidad Autónoma de México.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida**. Primera Edición. Editorial Trillas. México. 1982.
- JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS. **Tratado de Derecho Penal. Tomo III**. Tercera Edición. Editorial Losada. Buenos Aires. 1964.
Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1990.
- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. **Panorama del Delito**. Nullum Crimen sine Conducta. Edición 1950. Impreso por la Imprenta Universitaria.
- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. **Derecho Penal Mexicano. Tomos I a V**. Primera Edición. Editorial Porrúa. 1972.
- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. **La Tipicidad**. Editorial Porrúa. México. 1955.
- KHOLER J. **El Derecho de los Aztecas**. Traducción del alemán por Carlos Rovalo y Fernández. Compañía Editora. Latinoamericana. México. 1987.
- LEDEZMA, JULIO C. **Cuerpo del Delito**. Revista de Argentina de Derecho Procesal, número cuatro. Octubre-Diciembre. Buenos Aires, Argentina. 1969.
- LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. **Teoría del Delito**. Editorial Porrúa. México. 1994.
- MALO CAMACHO, GUSTAVO. **Derecho Penal Mexicano**. Primera Edición. Editorial Porrúa.
- MANCILLA OVANDO, JOSÉ ALBERTO. **Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1989.

- MANZINI, VICENZO. **Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III.** Traducción del italiano por Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1952.
- MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL. **El Tipo Penal.** Algunas consideraciones en torno al mismo. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 1992.
- MAURACH, REINHART. **Tratado de Derecho Penal. Tomos I y II.** Traducción de Juan Córdoba Roda. Ediciones Ariel. Barcelona. 1962.
- MEZGER, EDMUNDO. **Derecho Penal. Parte General.** Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1957.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS. **Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídica Penal Mexicana.** Trabajo presentado a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en la Sesión de 17 Septiembre de 1992. México.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS **Algunas Bases para la Política Criminal del Estado de Mexicano.** Revista Mexicana de Justicia, No. 2. Vol. III. Abril-Junio. México. 1985.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS **Consideraciones Dogmáticas y Político Criminales sobre la Culpabilidad.** Publicado por Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1985.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS **La Responsabilidad Penal.** Conferencia presentada en el Tribunal de Justicia del Distrito Federal. Abril. 1990.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. **Teoría General del Delito.** Reimpreso. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1990.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO. **Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II.** Cuarta Parte. Variaciones de la Responsabilidad Penal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1966.
- NÚÑEZ BARBERO, RUPERTO. **El Delito Imposible. Tomo V.** Número uno. Industrias Gráficas. Diario-Día. Salamanca, España. 1983
- ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO. **Teoría del Delito.** Primera Edición. Editorial Porrúa
- PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. **Manual de Derecho Penal Mexicano.** Parte General. Primera Edición, Editorial Porrúa. México. 1961.

- PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO.- Concurso Aparente de Normas. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1989.
- PEÑA, PUIG. **Derecho Penal. Parte General. Tomo II.** Sexta Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Madrid. 1969.
- PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN. **Teoría General de las Circunstancias.** Primera Edición. Edersa. Editoriales de Derecho.. Madrid, España. 1995.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. **Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.** Décima Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1991.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. **Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal.** Octava Edición. Editorial Porrúa. 1985.
- QUINTANILLA GARCÍA, MIGUEL ANGEL. **Teoría del Delito.** Primera Edición. Editorial Porrúa.
- RANIERI, SILVIO. **Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II.** Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1975.
- REYES ECHANDIA, ALFONSO. **Tipicidad.** Sexta Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1989.
Derecho Penal Parte General. Undécima Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1990.
- RIVERA, JOSÉ MARÍA. **Consideraciones acerca del Cuerpo del Delito.** Revista de Estudios Procesales número 3. Rosario, Argentina.
- RIVERA SILVA, MANUEL. **El Procedimiento Penal.** Octava Edición. Editorial Porrúa. México. 1977.
- RODRÍGUEZ DAVESA, J.M. **Derecho Penal Español. Parte General.** Novena Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1985.
- ROXIN, CLAUS. **Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal.** Editorial Reus. 1982.
- ROXIN, CLAUS. **Teoría del Tipo Penal. Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico.** Traducción de Enrique Bacigalupo. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1979.
- STRATENWERTH, GÜNTER. **Derecho Penal Parte General.** Traducción del Alemán de Gladys Romero. Editorial Edersa, Madrid. España. 1982.

- STRUENSEE, EBERHARD. **Dolo, Tentativa y Delito Putativo**. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. De Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1972.
- VILLALOBOS, IGNACIO. **Derecho Penal Mexicano**. Primera y Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1984-1989.
- VILLARREAL PALOS, ARTURO. **Culpabilidad y Pena**. Editorial Porrúa. México. 1994.
- VILLORO TORANZO, MIGUEL. **Metodología del Trabajo Jurídico**. Segunda Edición. Noriega Editores. México. 1995.
- VON BELING, ERNST. **La Doctrina del Delito-Tipo**. Traducida por Sebastián Soler. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1944.
- WESSELS, JOHANNES. **Derecho Penal Parte General**. Traducción de Conrado A. Finzi Sexta Edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1980.
- WELZEL, HANS. **Derecho Penal Alemán. Parte General**. Segunda Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1978.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. Primera Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1988.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. Primera Edición, Ediar. Editora Comercial. Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina. Primera Edición. México. 1978.

II.- FUENTE LEGISLATIVA.

2.1. NACIONAL.

2.2. EXTRANJERA.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Aguascalientes. Editorial Cajica. 1997.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Baja California Sur. Editorial Cajica. 1997.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Baja California Norte. Editorial Cajica. 1996.

* Las fuentes consultadas para la elaboración de este trabajo se refieren a las ediciones aquí señaladas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Campeche. Editorial Cajica. 1996.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Chiapas. Editorial Cajica. 1996.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Chihuahua. Editorial Cajica. 1996.

Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1880. Editado por imprenta del Comercio de Dublan y Compañía.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1894. Editorial Herrera Hermanos Sucesores.

Código Procesal para el Distrito Federal de 1931. Ediciones Botas. México. 1931.

Código de Procedimientos Penales de 1968. Trigésima Octava Edición. Editorial Porrúa.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1992. Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Durango. Editorial Cajica. últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano del Estado de México. Editorial Cajica, 1996.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Guanajuato. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Jalisco. Editorial Cajica. últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Michoacan. Editorial Cajica. últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Morelos. Editorial Cajica. 1997.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Nayarit. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Nuevo León. Editorial Cajica, 1997.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Puebla. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Querétaro. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de San Luis Potosí. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Tabasco. Editorial Cajica. 1997.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Guerrero. Editorial Cajica, 1996.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Tlaxcala. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Veracruz. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Yucatán. Editorial Cajica, 1996.

Código Penal para el estado libre y soberano de Baja California Norte. Editorial Cajica. 1997.

Código Penal para el estado libre y soberano de Baja California Sur. Editorial Cajica. 1997.

Código Penal para el estado libre y soberano de Campeche. Editorial Cajica. 1997.

Código Penal para el estado libre y soberano de Chiapas. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Coahuila. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Chihuahua. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal Federal. Editorial Porrúa. 1996 y ante proyectos de 1949, 1958, 1963, 1983 y 1991.

Código Penal para el estado libre y soberano de Durango. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano del Estado de México. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Guerrero. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Jalisco. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Michoacán. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Morelos. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Puebla. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Querétaro. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de San Luis Potosí. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Sinaloa. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Tlaxcala. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Veracruz. Editorial Cajica, últimas reformas.

Código Penal para el estado libre y soberano de Zacatecas. Editorial Cajica, últimas reformas.

Las Ordenanzas de Bilbao de 1737, Tomo V. Archivo General de la Nación. **

Novísima Recopilación de las Leyes de España. Tomo IV, Galván - Librero. Portal de Agustino. París. Archivo General de la Nación.

Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias. Tomo III. Estudio Histórico-Jurídico de Francisco de Icaza Dufour. Editada por Miguel Angel Porrúa 1987. **

III.- DICCIONARIOS.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa-Calpe. España. 1992.

Diccionario Durván de la Lengua Española. Editorial Marfin. 1992.

Diccionario Enciclopédico Ilustrado Larousse. Selecciones del Reader's Digest. Cuarta Edición. Tomo I. México. 1988.

Diccionario Jurídico. Garrone, José Alberto. Abeledo-Perrot. Tomo III.

Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VII. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo. México, 1981.

Esta legislación de origen extranjero se incluye en este apartado por haberse aplicado en el Territorio Nacional.
Ver cita anterior.