

607



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

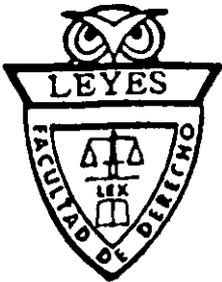
ANALISIS JURIDICO Y PRACTICO DE LAS CALIFICATIVAS DENTRO DEL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISION.

T E S I S

PARA OBTENER EL GRADO DE: LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

VELAZQUEZ RAMIREZ CARLOS



ASESOR DE TESIS: LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS

CIUDAD UNIVERSITARIA,

MARZO DE

282038

2000



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E.

El alumno CARLOS VELAZQUEZ RAMIREZ, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS, la tesis profesional intitulada "ANÁLISIS JURÍDICO Y PRÁCTICO DE LAS CALIFICATIVAS DENTRO DEL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISION", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ANÁLISIS JURÍDICO Y PRÁCTICO DE LAS CALIFICATIVAS DENTRO DEL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISION" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno CARLOS VELAZQUEZ RAMIREZ.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D. F., 10 de marzo del 2000

DR. LUIS FERNÁNDEZ DOBLADO.  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



TITULO: ANALISIS JURIDICO Y PRACTICO DE LAS CALIFICATIVAS DENTRO DEL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISION.

INDICE.

CAPITULO PRIMERO.

LAS CALIFICATIVAS.

1) Concepto	1
2) Naturaleza jurídica	2
3) Calificativas atenuantes	3
a) La inducción y el auxilio en el suicidio y el homicidio consentido por la víctima	4
b) La riña	9
c) El duelo	13
d) Homicidio y lesiones cometidos por emoción violenta	15
e) El delito culposo	18
4) Calificativas agravantes	23
a) La premeditación	24
b) La alevosía	30
c) La ventaja	34
d) La traición	39

e) Delito cometido por pandilla	42
f) Delito cometido contra y por un funcionario público	44
g) Delito perpetrado en inimputable	47
h) Homicidio cometido a propósito de una violación	49
i) Homicidio perpetrado a propósito de un robo	50
j) Homicidio perpetrado dolosamente en casa-habitación	51
k) Homicidio perpetrado a propósito de privación ilegal de la libertad	52
l) La violencia	53
5) Calificativa como un elemento modificador del tipo básico	54
6) Fundamentos jurídicos de su punibilidad	58

## CAPÍTULO SEGUNDO.

### EL AUTO DE FORMAL PRISION.

1) Concepto	59
2) Características	60
3) Naturaleza jurídica	65
4) Requisitos	66
a) De fondo	66
b) De forma	71
5) Efectos	73
a) In procedendo	73

b) In judicando

75

### TERCER CAPITULO.

#### REFORMA AL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993.

1) Tipo penal	76
a) Concepto	76
b) Elementos	78
2) Reforma constitucional del artículo 19	85
a) Decreto de 3 de septiembre de 1993.	
b) Sentido en que se dictaba el auto de formal prisión antes de la reforma	88
c) Sentido que imprime la reforma constitucional del artículo 19, al auto de formal prisión	90

## CAPITULO CUARTO.

### LAS CALIFICATIVAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISION A LA LUZ DE LA REFORMA DEL ARTICULO 122 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PARA EL DISTRITO FEDERAL DE FECHA 10 DE ENERO DE 1994 Y SU INTERPRETACION.

- |  |     |
|--|-----|
| 1) La regla genérica de comprobación del tipo penal antes de la reforma  | 94  |
| 2) La regla de comprobación genérica del tipo penal actual   | 97  |
| 3) Criterios jurisprudenciales   | 107 |
| a) Criterios que sostienen el sentido en que se dictaban los autos de formal prisión antes de la reforma constitucional y legal                          | 107 |
| c) Criterios que sostienen el sentido que imprime la reforma constitucional y legal, conforme a las cuales deben de dictarse los autos de formal prisión | 114 |
| d) Emisión de la contradicción de tesis número 42/96 y sus efectos   | 120 |

## CONCLUSIONES.

## BIBLIOGRAFIA.

# INTRODUCCIÓN

El trabajo recepcional que se inicia lleva como título "Análisis jurídico práctico de las calificativas dentro del dictado del auto de formal prisión", se compone de cuatro capítulos, abordándose en el primero las calificativas propiamente dichas en su concepto y naturaleza jurídica, así como el estudio y análisis de algunas de ellas que consideramos se presentan en la vida práctica de manera cotidiana.

El capítulo segundo tiene como tarea la determinación del concepto y naturaleza jurídica del auto de formal prisión así como sus requisitos y efectos.

Dentro de la tercera parte de este trabajo se estudia la reforma del artículo 19 constitucional según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de septiembre de 1993, exponiendo comparativamente lo que sucedía antes de dicha reforma y con posterioridad a esta, teniendo como presupuesto el análisis del tipo penal en su concepto y elementos.

La última parte de este trabajo se avoca al estudio de la llamada "*regla genérica de comprobación del tipo penal*", antes y después de la reforma del artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal de fecha 10 de enero de 1994, en sus estructuras y formas de interpretación, enfocándonos por último a la exposición y análisis de los criterios de jurisprudencia que apuntan por un lado la no inclusión y estudio de las calificativas dentro del dictado del auto de término constitucional y por el otro las que determinan que si se debe analizar, motivar e incluir las citadas calificativas dentro de la mencionada resolución constitucional, concluyendo con la exposición y análisis del criterio de la Corte respecto del sentido y la forma en que debe de resolverse un auto de bien preso.

El objetivo primordial de la presente investigación se distribuye en cuatro puntos:

*El primero* en el análisis de las especies de calificativas tanto agravantes como atenuantes, entendiéndose estas como elementos modificadores del tipo penal básico al

cual se incorporan, teniendo como efecto principal la elevación o disminución del *quantum* de la pena que merece el injusto de que se trate, asimismo se pretende establecer como *segundo punto*, lo que es el auto de formal prisión y las repercusiones prácticas de esta resolución en el mundo jurídico-penal sustantivo y adjetivo, como *tercer punto* se examina lo determinado por el artículo 19 constitucional, antes y después de la reforma aludida. Como *punto número cuarto* se establece el contenido de la llamada regla de comprobación del tipo penal, igualmente antes y después de su reforma respectiva así como el estudio del sentido de las dos vertientes interpretativas de la ley penal, para resolver sobre la formal prisión de todo inculcado.

Finalizando el trabajo que nos ocupa, con la exposición de las conclusiones que nos merece el tema elegido en su aspecto teórico-práctico y con la mención de la bibliografía consultada.

## CAPITULO PRIMERO.

### LAS CALIFICATIVAS.

#### 1) CONCEPTO.

Calificativa es todo aquel elemento objetivo y/o subjetivo, accidental, circunstancial de tiempo, lugar y modo; que debe su existencia a razones de facto, es decir a factores que se suceden en el mismo devenir de los hechos o que tienen su génesis en la *psique* del sujeto activo del delito, la calificativa es también accesoria, o sea no principal o esencial, que se agrega a un tipo denominado básico, provocando el aumento o disminución del quantum de la pena que le merece, cambiando por completo la estructura del tipo al cuál se integra creando un tipo:

- Especial y/o,
- Complementado ó circunstanciado.

Mediante el albergue que el tipo básico hace respecto de la calificativa enunciada, crea una modificación tal en su estructura inicial, que llega entonces a constituir un "nuevo tipo", con características, elementos, rasgos propios, y que constituyen opinión del maestro Augusto Osorio y Nieto, la conducta delictiva realmente cometida.

Este elemento o circunstancia que modifica la estructura del tipo básico no cambia su escénica, el cuál es totalmente independiente y autónoma de la calificativa, aspecto que es de gran importancia mencionar, ya que al decir que la calificativa al incorporarse al tipo básico y cambiar su estructura, no admitimos decir que modifica los rasgos esenciales de la figura típica básica a estudio, sino que los conserva, haciendo la

calificativa solamente una distinción del tipo al cuál se incorpora, además de agravar o atenuar su pena, contrastando respecto de otras figuras delictivas, como ocurre con las lesiones simples y las lesiones en duelo, nótese que los dos delitos constituyen el de lesiones, solo que en unas son simples y en otras calificadas, que para efectos de este ejemplo son atenuantes.

Como se puede apreciar, las calificativas al ser un elemento o circunstancia accesoría, no esencial y accidental que va íntimamente relacionado con el tipo al cuál se adhiere, provoca una metamorfosis en ese tipo, no creando un subtipo, sino uno nuevo, que si bien en esencia ambos tipos son similares, en conjugación a la calificativa constituye un tipo nuevo, muy diferente al primero.

La palabra calificativa reporta como significado los siguientes términos: "De importancia, que tiene todos los caracteres de una cosa, que expresa o denota una cualidad o característica de una persona o cosa."<sup>1</sup>

De lo anterior se desprende que la palabra "calificativa" en su acepción más simple denota o se refiere a algo que contiene características propias y peculiares que provocan una distinción y un contraste respecto de lo que se le compara y así ocurre en el mundo jurídico cuándo una calificativa se une a una figura delictiva simple, ya que la calificativa por sí sola no constituye generalmente un injusto penal (premeditación, riña, duelo, traición etc.), sino que persiste la figura típica como las lesiones con la calificativa de premeditación o de riña, repetimos, es un elemento accesorio que por si mismo no tiene vida en el mundo jurídico-penal.

## 2) NATURALEZA JURÍDICA.

Una característica intrínseca de las calificativas y respecto de la cuál debe su importancia, es que con su intervención *provoca un aumento o disminución de la pena*, o sea

---

<sup>1</sup> Diccionario enciclopédico Espasa, Espasa Calpe S.A., tomo 5, Madrid 1979, octava edición, pág. 417.

es un elemento o circunstancia que no *solo modifica la estructura del tipo* al cuál se incorpora, sino determina el grado de severidad de la pena, como ejemplo citamos el homicidio, que como tal, es decir homicidio simple acarrea para su autor una pena de ocho a veinte años de prisión (artículo 307 del Código penal para el Distrito Federal.), si ese mismo homicidio se comete con la calificativa agravante de premeditación, el mínimo se eleva a veinte años y su máximo a cincuenta años de prisión para su comisor (artículo 320 del Código Penal).

En cambio, si el homicidio se comete en riña su mínimo desciende hasta los cuatro años de prisión y su máximo hasta los doce (artículo 308 del Código sustantivo), lo cuál redunda en la individualización de la pena por parte del juez.

El tipo calificado se forma con la combinación de la figura típica básica más la calificativa en cuestión, pudiendo ésta tener rasgos objetivos y/o subjetivos, dependiendo de la clase de delito de que se trate, y de la forma en que se perpetre el mismo; la premeditación por ejemplo ha sido considerada por muchos tratadistas como eminentemente subjetiva, es decir que se refiere al sujeto comisor del delito, a la seria reflexión que debe de experimentar este, antes de cometer el delito.

La riña es concebida por muchos como puramente objetiva, o sea a la contienda de obra y no de palabra, que se da por cuestiones de hecho, no preconcebidos, sino como una situación que se da en el momento y sin previo arreglo.

### 3) CALIFICATIVAS ATENUANTES.

Están concebidas como elementos, circunstancias o peculiaridades que se adhieren al tipo denominado básico, pueden conformar como ya se menciono un tipo especial y /o complementado o circunstanciado atenuados o dicho de otra forma "privilegiados" es decir, que *reducen* la severidad de la pena respecto de la que merece la

figura delictiva básica o que significa menor malicia o que daña en menor medida los intereses del individuo y de la sociedad que lo ve desenvolverse.

**a) La inducción y el auxilio en el suicidio y el homicidio consentido por la víctima.**

El fenómeno del suicidio ha sido un tema de constantes discusiones a lo largo de toda la historia de la humanidad, se ha cuestionado por diversos tratadistas si la vida humana, es algo que su titular puede disponer, por su parte el cristianismo lo cataloga como un pecado, ya que solo Dios podrá disponer de la vida humana cuando los requerimientos divinos así lo requieran.

También se presenta en diversos pueblos de la antigüedad al suicidio como algo no solo permitido sino honrado, como en la Roma primitiva, a excepción de cometer el suicidio para evitar el castigo por la comisión de un delito, el código de Manú imponía por su parte la obligación de llevar a cabo el suicidio en la mujer que tenía relaciones sexuales con un hombre de casta inferior, así tenemos que en diversas tribus oceánicas el único medio para llegar a la purificación de su alma por haber violado un tabú o haber deshonrado al *Tótem* ancestral era por medio del suicidio.

En el Japón, el suicidio también era un medio para la purificación del alma y honor manchado por un acto deshonroso o denigrante para sí, una vieja tradición del ejercito alemán decía que para el militar que no tuviese éxito en sus tareas bélicas, que debían ser acordes a las exigencias del estado, debía por lo tanto procurarse el suicidio.

El suicidio conceptualizado como la privación de la vida por parte de su mismo titular, no constituye un delito en nuestra legislación penal, adquiere relevancia cuando esa privación de la vida es ocasionada por un tercero ya sea por medio de la inducción, el auxilio a cometerlo por que este tercero, o bien, a que éste último cometa materialmente la privación de la vida con el consentimiento de la víctima, supuestos previstos y sancionados

por nuestro código punitivo, en el capítulo III (reglas comunes para lesiones y homicidio), del título decimonoveno, libro segundo, en su artículo 312.

La palabra *inducción* proviene del latín *inductio*, de *in* en y *ducere* conducir, que significa instigar, persuadir, es la acción en la que el instigador empleando argumentos hábilmente usados convence o persuade a la víctima de ejecutar una acción determinada, que en este apartado es la de privarse por si y para si de su vida, es entonces cuando se forma la figura típica en cuestión, la inducción se facilita por el predominio de una mente mas fuerte, con mayor criterio sobre una más débil o en estado depresivo, indefectiblemente el pasivo debe de convencerse de que el suicidio es lo mejor para el y debe el y solamente el privarse de la vida, ya que de no haber sido persuadido por otro o por no haberse el mismo dado muerte constituiría una atipicidad respecto de este injusto.

La inducción al suicidio del pasivo *constituye una regla del delito de homicidio*, que se forma por el convencimiento, el persuadir o excitar a alguien de manera *directa y suficiente* que se prive de la vida.

A este último aspecto, diremos que la inducción hacia el pasivo deberá de ser igualmente la que efectivamente movió la voluntad del instigado a privarse de la vida, no cabra la posibilidad de que el instigado ya haya estado convencido de su conducta suicida, para luego venir el instigador a "convencerlo", puesto que ya lo esta, igualmente no podrá decirse que la conducta instigadora fue una mera proposición, una "oferta" disyuntiva, sino que debe ser *un real y serio compelimiento* para privarse de la vida.

Según el maestro Jiménez Huerta<sup>2</sup> "la inducción recogida por el artículo 312 debe de comprender la coacción psíquica, poniendo en juego la amenaza, el abuso de autoridad, punto distintivo que la diferencia de la inducción a que se refiere la fracción V del artículo 13 del Código de la material".

---

<sup>2</sup> Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1965, pág. 165

Por su parte, el artículo 313 del Código sustantivo establece que si el inducido o auxiliado es persona incapaz o menor, se aplicaran al activo de 20 a 50 años de prisión, de ahí la imperiosa necesidad de que el inducido sea persona totalmente capaz, persona que sea susceptible de ser influenciada psicológicamente para ser conducido a ejercer por su propia mano su muerte.

El "auxilio" representa por otra parte, actos de apoyo o ayuda a alguien para la consecución de un fin o de una meta, que en este caso es la conseguir la muerte de una persona, la ayuda debe ser proporcionada de manera directa y suficiente para la obtención de la muerte del pasivo, igualmente el auxilio en el suicidio constituye una regla del delito de homicidio, la muerte del pasivo tiene necesariamente que haber sido cometida o ejecutado por el mismo, la única variante es que el suicida no es convencido o persuadido para privarse de su vida, ya que se encuentra convencido y determinado por el mismo, solo que los medios, (armas, venenos) o formas (ahogamiento, por servirse de una arma o un vehículo que lo arrolle) para provocarse su muerte, son dados precisamente por un tercero (auxiliador), que en ningún momento debe de participar materialmente en la muerte del suicida, solo ayudar.

"El Homicidio consentido" o también llamado homicidio-suicidio se forma con el consentimiento y solicitud de la víctima para que una persona distinta a ella le prive materialmente de la vida, ya sea porque esta no cuenta con el valor suficiente para atreverse a ejecutar tal acción o en los casos de "eutanasia" en que el sujeto pasivo implora a ese tercero que le prive de su vida, dados los terribles dolores y sufrimientos que experimenta, supuesto que se examinara más adelante, dicho ilícito se encuentra comprendido en la segunda parte del artículo 312 del código adjetivo.

Oportuno mencionar los delitos perseguibles por querrela necesaria, donde el estado no puede intervenir conforme a las facultades conferidas constitucionalmente, ya que esta condicionado a un acto de particular, del ofendido o víctima, por ende y en base a este razonamiento, decimos que los bienes tutelados por los preceptos indicados son

"disponibles", es decir su titular puede verlos dañados por terceros y si este no formula su querrela, el activo por tales hechos no podrán investigarse, ni someterse a proceso alguno y mucho menos sancionados, o visto por otro lado, ese consentimiento opera como una *causa de exclusión del delito*, según prevé la fracción III del artículo 15 del código penal.

En términos prácticos diremos que una persona puede "disponer" de su salud corporal y ser lesionada por terceros, sin que estas acciones sean relevantes para la ley penal, siempre y cuando sean clasificadas como las que no ponen en peligro la vida y tardaren en sanar menos de quince días o más de ese tiempo pero que igualmente no pongan en peligro la vida del pasivo, lo anterior reiteramos siempre que el pasivo no llene el requisito de procedibilidad aludido o es decir no externe su voluntad de no ser golpeado.

Situación que no ocurre en los delitos perseguibles de oficio, como en el caso del delito de homicidio o del injusto a estudio, en el que el bien jurídicamente tutelado es la vida humana, al perseguirse oficiosamente los delitos mencionados, ocasiona que los bienes jurídicamente tutelados en esos injustos no sean disponibles, es decir que aun su titular no puede permitir su vulneramiento, de ahí que su carácter antijurídico permanezca por siempre vigente, aunque el pasivo externe por la forma más solemne, expresa, clara y formal su consentimiento a ser privado de la vida, no operara a favor del activo la causa de exclusión del delito, por más testigos y pruebas que cuente para probar el consentimiento otorgado por el pasivo.

Circunstancia que contravendría el inciso a), de la fracción III del artículo 15 del código sustantivo de la materia, en la que exige que para que opere el consentimiento del pasivo, el bien debe ser *disponible* y como ya se mencionó, la vida humana al no ser un bien disponible, ya que es precisamente este bien el de mayor importancia y jerarquía dentro de nuestro sistema penal mexicano.

Reiterando la idea que al ser los injustos que lo tutelan, perseguibles oficiosamente por disposición legal, no caen dentro de la clasificación de los bienes disponibles.

Para que el homicidio-consentido se de como tal en el mundo jurídico y factico debe operar necesaria e indefectiblemente un consentimiento de parte del pasivo, este consentimiento debe de darse a conocer de manera que no deje dudas, piénsese en el caso de un enfermo de cáncer, que ante los tremendos dolores que experimenta, no podrá dejar su voluntad por escrito para que no obre duda respecto si lo dio o no, lo cuál resultaría absurdo, ya que este mismo moribundo apenas y tendría fuerza para respirar, como tendrá fuerza para escribir; en conclusión el consentimiento o la petición a ser privado de la vida debe de ser clara y para efectos de un proceso debe ser susceptible de probarse de tal manera que no deje lugar a dudas, situación que podrá determinarse mediante de los medios de prueba que menciona el artículo 135 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

La *eutanasia* es una situación en donde la víctima pide, suplica y en ocasiones implora al activo que lo prive de la vida, ocasionada por el padecimiento sufrido a causa de una enfermedad terminal o que no tiene cura, la eutanasia no esta prevista en la actualidad de forma expresa en nuestra legislación penal, cosa que no ocurrió con anteproyectos y proyectos anteriores al código vigente, como el de 1958 y el de 1963 respectivamente, en los que de manera textual y expresa regulaban la eutanasia, esta última no es sino una modalidad del llamado homicidio-consentido, reiteramos que el llamado homicidio-consentido es la figura delictiva base y la eutanasia no es sino un término consuetudinario, trivial y vulgar de designar el supuesto indicado.

Los dolores y sufrimientos padecidos por un paciente de enfermedad terminal o sin cura, llegan a ser tan intensos y prolongados que ofuscan el buen entender del paciente orillándolo a realizar tal solicitud de manera desesperada e insistente, uno de los problemas que se traza inmediatamente es el determinar cuando una enfermedad o padecimiento es

terminal o que no tiene cura, para ello es necesario el auxilio de la ciencia medica, que aún así llegan a haber casos en que ni el medico más experimentado y letrado puede determinar con toda certeza cuándo la enfermedad es o no terminal, problema que se agudiza en las llamadas enfermedades "exóticas".

Dentro de la eutanasia es necesario que el sujeto activo actúe con un *ánimo piadoso*, que según su criterio, el privar de la vida al paciente será lo mejor para el, ya que al considerar que la salud y bienestar del paciente no podrán ser recobrados por ningún medio ni bajo ninguna circunstancia, puesto que el mismo sufre al verlo sufrir, considerando inútil y hasta inhumano hacerlo permanecer en ese estado de "absurdo y agudo estado de sufrimiento", en ese orden de ideas seria dable otorgar al juez, como lo dijera Jiménez de Asúa y González de la Vega, una facultad para perdonar al activo de tal evento delictivo.

Es de vital importancia hacer hincapié que en una situación de eutanasia así como en general de todo homicidio-consentido opere previo el consentimiento del pasivo a ser muerto por un tercero, ya que sin este estaríamos en un caso de atipicidad respecto del delito a estudio, no así al del homicidio calificado agravado u homicidio simple doloso.

#### **b) La riña.**

Definida por el artículo 314 del código penal, como "la contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas", a este respecto podemos decir que para que la riña se integre como tal, requiere como primer elemento, que haya una contienda de obra o lucha física, un enfrentamiento material, donde de hecho haya intercambio de agresiones físicas entre los rijosos con alcance lesivo, de lo anterior se desprende que el aceptamiento de los contendientes debe de ser mutuo, ya que si uno no acepta tal contienda no habrá riña, no importa si ese enfrentamiento se da a distancia o cuerpo a cuerpo o mediante el empleo de armas de fuego o de cualquier otro tipo, es este elemento concebido como el elemento objetivo de la riña.

El segundo elemento y que por cierto no menciona el citado precepto, es el llamado subjetivo, consistente en que los rijosos deben de tener forzosamente e indefectiblemente el *animus rigendi*, es decir *el dolo* para reñir, para causarse daños recíprocamente a través de vías de hecho, este aspecto es sumamente importante ya que si observamos detenidamente, nos damos cuenta de que la ley al definir la riña como una contienda de obra.

Debe mencionarse que el que actúa en legítima defensa esta conteniendo de obra, la diferencia radica en que el que riñe actúa ilícitamente, es decir su conducta final va encaminada a causar daños materiales a su contrincante y el que contiene, actúa justificadamente, no actúa con el llamado *animus rigendi*, sino con un animo de defenderse, de repeler la agresión de la cuál es objeto, agresión de la cuál no ha dado lugar a que se propicie contra su persona, no excediéndose en la repulsa del ataque aludido y siendo el único medio razonable disponible, al respecto cabe citar la siguiente jurisprudencia<sup>3</sup>.

**RIÑA Y LEGITIMA DEFENSA.-** La riña excluye a la legítima defensa ya que en la primera los adversarios se colocan en un mismo plano de ilicitud de la conducta, en tanto que en la segunda la acción defensiva es lícita.

Ha sido criticado la definición legal de riña, por González de la Vega, diciendo que al definirla como una contienda de hecho, se conceptúa como algo muy amplio el cuál comprendería otros tipos de luchas o peleas que caerían dentro de otras figuras típicas como la rebelión, el motín y la sedición, que suponen el alzamiento en armas, resistencia o ataques a la autoridad, que implican contiendas violentas entre diversas personas.

El maestro Francisco Carrara <sup>4</sup> define a la riña como *“una repentina lucha surgida entre dos o personas por razón privada”*, autores como Francisco González de la

<sup>3</sup> Apéndice al Semanario judicial de la Federación, 1917-1985 Parte II. Tesis 238, Primera Sala pág. 525

<sup>4</sup> Carrara, citado por Pavón Vasconcelos Francisco, Lecciones de Derecho penal, Editorial porrúa, México, 1965, pág. 118.

Vega o Francisco Pavón Vasconcelos refutan dicho concepto aduciendo que la contienda no necesariamente tiene que ser de forma repentina, puesto que los rijosos pueden ponerse de acuerdo para dirimir sus diferencias en lugar y tiempo determinado, es decir de forma premeditada.

Carrara dice que la riña se da *repentinamente*, elemento que la distingue del duelo, cuyo debate o contienda material se da con posterioridad, en el cuál los duelistas se ponen de acuerdo en el lugar, el momento y las armas que emplearan para debatirse, igualmente dice se da por *razones privadas*, es decir por problemas de tipo personal entre los rijosos, elemento que la distingue de la sedición, dado que sedición implica la resistencia o el ataque hacia la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones, aspectos que sin duda ayudan a llenar la laguna que ha dejado la ley en el término "contienda de hecho" delimitando sus rasgos propios para darle una fisonomía propia respecto de otras figuras delictivas, constituyendo una solución a la crítica planteada.

Se comenta si la premeditación puede coexistir con la riña, es indudable que un sujeto valiéndose de la riña puede cometer diversos delitos, lo que refleja obviamente un reflexionar antes de cometer un ilícito, así veremos que sujetos altamente peligrosos que valiéndose de la provocación más leve desatan cruentas y sangrientos combates, aspecto que debe de ser cuidadosamente valorado por el juez al imponer la sanción respectiva, la riña al ser una calificativa atenuante es jurídicamente incompatible con la calificativa agravante de premeditación por ser opuestas.

Dentro de ésta atenuante es de suma importancia determinar para efectos de imposición de la pena, quién fue el "provocado" y quién el "provocador" ya que la ley estima en su artículo 308, tercer párrafo de nuestro código penal, que merece sancionarse con mayor severidad el rioso provocador, ya que este es el que inicia el conflicto y por ende la contienda, la cuál es ilícita, puesto que los rijosos tienen la obligación de no dirimir sus diferencias por vías de hecho.

---

Igualmente el precepto mencionado hace alusión a la mayor o menor importancia de la provocación, es decir el motivo, razón o "pretexto" para iniciar el combate, ya se habló del hecho de que sujetos considerados como altamente peligrosos se valen de la riña para cometer cruentos delitos como los llamados delitos de sangre, en los cuales estos sujetos con el pretexto de haber sido "provocados" inician una salvaje lucha, la cuál satisface sus más bajas pasiones.

Es de importancia estudiar detenidamente la naturaleza de esa provocación, la cuál se puede volcar muchas veces en un simple empujón accidental al pasar de lado de su contrincante, el hablar ávidamente sobre un tema en particular que puede molestar a su contrincante por tratarse temas que a este le son incómodos o molestos; no es posible que un sujeto pueda considerar estos hechos como una provocación, ya que si estos le molestan en muchas ocasiones la finalidad no es agredir o molestarlo, son situaciones que se presentan de manera casual, trivial.

Por el contrario si un sujeto amenaza a otro con matarlo lo insulta, realiza actos obscenos con el fin de molestarle, ponerlo en ridículo, le arroja objetos o pone en peligro a sus acompañantes, representa pues una auténtica provocación, muchas veces esta provocación significa un auténtico ataque violento, supuesto en que el "provocado" no tiene otra opción que la de defenderse, hecho que adquiere matices de una genuina legítima defensa, es en este punto donde el juez deberá ser escrupuloso para determinar su naturaleza.

Mucho se ha hablado sobre la coexistencia entre la riña y la ventaja, diciendo al respecto que al ser calificativas, pero una atenuante (riña) y la otra agravante (ventaja) se excluyen entre sí, además de que la ventaja referida por nuestro código punitivo como tal, funcionara siempre y cuando el agente no corra riesgo alguno de ser herido o muerto por el ofendido (artículo 317), por el contrario la riña implica siempre un riesgo indeterminado para los rijosos, es bien cierto que en la contienda alguno de los participantes puede ser más

fuerte, más rápido o más diestro para pelear o para usar algún arma determinada, sin embargo esta ventaja no puede ser constituida como una ventaja legal agravadora de la pena, ya que esta se configura con la imposibilidad alguna de que el activo sea muerto o herido por el pasivo, posibilidad que para nada se da en la riña, en la que los riesgos de ser herido o muerto son latentes y constantes, puesto que como ya se comentó siempre existe una "ventaja" pero esta no implica para el más fuerte, veloz o hábil, ninguna probabilidad de recibir un golpe o embate que lo hiera o le prive de la vida.

### c) El duelo.

Circunstancia atenuante prevista en el artículo 308 párrafo segundo del código penal, de la cuál la ley no le da definición alguna, tomándose el concepto que la que la doctrina le asigna, encontrándose entre algunas la siguiente:

"Es el combate entre dos adversarios, en el que uno desafía a otro por una causa de honor, que establece las condiciones y circunstancias de las cuales deberán efectuarse el lance (lugar, hora, padrinos, armas y modalidades respectivas etc.)"<sup>5</sup>

Garraud<sup>6</sup> comenta que duelo es el "combate concertado con armas mortíferas entre dos o más personas, en reparación del honor ultrajado; combate precedido de un desafío, que tiene lugar en presencia de testigos, que con anterioridad han escogido las armas, el lugar y el tiempo de encuentro"

Así vemos que los elementos del duelo son, un combate o un enfrentamiento entre dos o más personas, que se origina por que uno de los contendientes ve su honor ultrajado por el otro, enfrentamiento que tiene lugar en un tiempo posterior y lugar determinado previamente por los contendientes y que es presenciado por testigos o

<sup>5</sup> Diccionario enciclopédico Espasa, Ob. cit., pág. 336.

<sup>6</sup> Garraud, citado por González de la Vega Francisco, Derecho penal mexicano, editorial porruá, México, 1982, pág. 63.

"padrinos", previéndose de igual forma la elección de armas o instrumentos que les servirán a los duelistas para debatirse.

El combate o enfrentamiento tiene que ser de hecho, no valdría decir que los duelistas se debatan insultándose o anunciando solamente un ataque que no se verifique, es indispensable pues que los duelistas se provoquen un daño material, que podría resultar en lesiones u homicidio para cualquiera de ellos.

El duelo implica un desafío a debatirse, con posterioridad al ultraje del honor, desafío que debe de aceptarse por ambos duelistas, si no ocurre esta aceptación el duelo nunca se podrá dar, pudiéndose dar lesiones u homicidio simple o calificado agravado.

La doctrina penal define al duelo como una contienda de hecho entre dos o más personas, es decir tres, cuatro, definición doctrinal que no coincide con la semántica de la palabra entendiéndola esta, como una contienda entre *dos* personas.

Hoy en día el duelo no tiene actualidad, es decir casi no acontece, debido a las costumbres y moral que en la actualidad son diferentes a las que se daban en un pasado, es precisamente por este detalle que en la actualidad se concibe al duelo como un enfrentamiento de dos y no de tres o más personas, puesto que quienes debatían, lo hacían como una forma caballeresca, de igualdad y de hombría, defendiendo su imagen, status u honor que se veía "manchado" y para mantener esa igualdad, caballerosidad y hombría es que no permitían que se inmiscuyeran terceros en la contienda, en consecuencia el duelo constituye "una riña civilizada, cortes y leal"<sup>7</sup>.

El duelo además de implicar la muerte y/o lesiones de los duelistas implica, el burlamiento de la función constitucional del estado consistente en la procuración y administración de justicia, ya que nadie tiene derecho a administrarse justicia por propia

---

<sup>7</sup> Manzini, citado por Osorio y Nieto César Augusto, El homicidio, editorial porrua, México 1997, pág. 29.

mano (artículo 17 Constitucional), ya que eso provocaría un desorden social, en la que los ímpetus y las pasiones predominarían ante la razón, la justicia y la equidad.

**d) Homicidio y lesiones cometidos por emoción violenta.**

Supuesto encontrado en el artículo 310 del Código Sustantivo, que prevé la hipótesis de que un sujeto ocasione homicidio y/o lesiones a un tercero de forma dolosa, pero motivado por una "causa violenta" en circunstancias o condiciones que atenúen su culpabilidad.

Encontramos la *ratio legis* de esta atenuante en el estado de emoción violenta por el cuál atraviesa o experimenta el activo, para entender con mayor precisión debemos atender primeramente a la semántica de las palabras emoción y violenta, siendo la de la *primera* el de un estado afectivo, intenso y breve, es decir una alteración, una agitación o exaltación del mismo de gran escala; *violenta o violento* es un adjetivo que define algo o alguien que esta fuera de su natural estado, situación o modo, que obra con ímpetu, es decir que actúa no conforme a su comportamiento normal o racional, sino al designio de su ira y de su enojo, lo cuál provoca que las bajas pasiones determinen el curso de su proceder, proceder que se torna generalmente agresivo e iracundo.

En resumen se tiene que emoción violenta es un estado afectivo, transitorio, breve; alterado por la ira y el enojo de la persona que le provoca un acontecimiento sorpresivo y desagradable, que lo orilla a cometer un ilícito determinado.

El problema de la redacción actual de este precepto es, que utiliza el término emoción violenta, el cuál es muy ambiguo y amplio, ya que lo que para una persona es un estado de emoción violenta, para otra no lo es, es en este punto donde el juez tiene que ser muy escrupuloso en la interpretación del término aludido, atendiendo desde luego a la idiosincrasia del mexicano actual, residente en el Distrito Federal, atendiendo igualmente a

los lineamientos y pautas que determinan los artículos 51 y 52 del Código sustantivo de la materia.

He aquí un punto clave que hay que atender, las costumbres, la idiosincrasia y el pudor de los capitalinos, elementos que son fundamentales para conocer y establecer su moral y por ende para diferenciar si la emoción que le orillo a cometer el delito es o no violenta.

Seria infructuoso por ejemplo que un sujeto alegue en el proceso respectivo, el beneficio de esta atenuante, por el homicidio de un sujeto al cuál invitó a su casa, pero que conforme a las costumbres de su familia y religión, es una falta imperdonable el no hacer reverencia sobre un dios que tiene a la entrada de su hogar; lo que le ocasionaría un irritamiento tal que le obligue a actuar salvajemente y en pro de sus instintos primitivos.

Es cierto que el artículo 51 y 52 del Código Penal, en su parte relativa obliga a todo juez a tomar en cuenta para la imposición de la pena o medida de seguridad respectiva, las costumbres, usos, condiciones especiales y personales del activo al momento de cometer el delito, pero deberá observarse la media en la que se subsuman y analicen todos los hechos objeto de proceso conforme a las costumbres, usos, prácticas y moral de los capitalinos, es decir conforme a la sociedad del Distrito Federal, de no ser así, cualquiera podría alegar las más extrañas costumbres morales y religiosas para verse beneficiado por esta atenuante, aunque es bien cierto que sujetos de otras sociedades que en ocasiones son muy remotas en lugar e ideología a la capitalina, puedan llegar a cometer injustos por verdaderas razones ideológicas o religiosas, muy arraigadas a su persona y que les provocara un irritamiento tal, que les haga cometer precisamente el injusto en referencia, pero reiteramos por la experiencia auténtica y real de una emoción violenta.

La emoción violenta que implica la atenuante en mención, como mencionamos ya en líneas anteriores, debe implicar para el activo una verdadera sorpresa, algo inesperado, algo que no es común, que ni se imaginaria sucediera, el hecho que este

presencia y observe el evento debe provocar una súbita reacción que se torne violenta y agresiva, desbordando toda la ira de que es capaz de concebir, para vertirla sobre la o las personas que ocasionan el hecho perturbador, causando lesiones u homicidio, ilícitos que atenderán a sus respectivas penalidades.

Reiteramos, la sorpresa es la *ratio legis* de esta atenuante, que impide la libre conciencia y dirección de sus acciones, provocando una ofuscación en su voluntad normal, un estado de animo lleno de ira, consternación y profundo dolor, es decir provoca un dolo imperfecto, encontrándose la mente del confundida, borrosa.

Llegando a este punto diremos que esa ofuscación tan profunda que experimenta el activo se puede encuadrar dentro de lo que dispone la fracción VII del artículo 15 del Código sustantivo, pues al no tener el activo la capacidad de conducirse conforme a la comprensión de la antijuridicidad, en virtud de padecer un "trastorno mental", entendiéndose este trastorno como un disturbio, una perturbación, un desorden del buen desarrollo de las capacidades mentales y ese buen desarrollo mental se traduciría en respetar a sus semejantes evitando injuriarles, difamarles, golpearles o matarles.

Es de hacer notar que el sujeto tiene voluntad de ejecutar el acto de golpear, de matar, tal vez no lo desearía ni sería capaz de cometer estos injustos serenamente, pero ante la sorpresa que le provee el evento que considera sumamente lesivo, provoca que su ira y sus pasiones gobiernen su mente y por ende su cuerpo y sus acciones.

Hipótesis normativa antes mencionada que se hace notar solamente para mostrar la similitud de los instrumentos normativos que se inclinan a regular un hecho determinado.

La atenuante en estudio antes de la reforma de 10 de enero de 1994, mostraba dos hipótesis de ofuscación de la racionalidad o de la conciencia del activo, es decir casos de emoción violenta, estos eran el supuesto de infidelidad conyugal y el de

corrupción de la menor por un varón, hipótesis en las que tenían que actualizarse la copula, actos previos o posteriores a ellos o la corrupción de la hija por el varón, a través de prácticas sexuales prematuras y anormales, que provocaría en el activo una arrebatada y súbita reacción capaz de ocasionar lesiones u homicidio al corruptor, reiteramos ante la gran sorpresa que estos hechos representaban para el activo. Supuestos que en la actualidad no se encuentran expresamente regulados, pero que sirven para dejar un antecedente de lo que es una emoción violenta..

#### **e) El delito culposo.**

Los delitos culposos son la segunda forma en que un delito se puede dar, el delito culposo se da en el mundo factico y jurídico cuando su autor no tiene en su voluntad la consecución del fin delictivo o de la causación de tal, esta conducta se verifica por una infracción al deber de cuidado, dicho en otras palabras por negligencia, descuido o imprudencia, esto último es el pilar principal del delito culposo, ya que los tipos de la especie se prohíben no por lo que provocan, sino por la forma en que se cometen, reiteramos por una infracción al deber de cuidado.

Dentro del ilícito culposo hay que atender a la finalidad de la conducta que perseguía su autor, para así determinar el deber de cuidado que le era necesario observar, este último varía de persona a persona atendiendo a las características personales y de las circunstancias particulares del hecho., como ejemplo citamos el de un gasero y de un transeúnte, el primero sabrá en razón de su oficio que es sumamente peligroso hacer excavaciones en la banqueta colindante a su hogar, ya que por ahí podrá estar instalado un conducto de gas subterráneo.

Para determinar el grado de deber de cuidado imputable a cada persona se tiene ineludiblemente que tomar como referencia reglamentos y leyes que rijan conductas determinadas, como lo hace el reglamento de tránsito al prohibir exceder el límite de velocidad, ya que esto es obvio que viola el deber de cuidado que debe observar todo

conductor de vehículos de motor, pero no siempre las conductas del hombre están reglamentadas por un ordenamiento legal, sino hay que acudir a las reglas del oficio o actividad que desarrolla el sujeto, normas o convencionalismos morales o de otro tipo que indican como se debe de conducir todo individuo al desarrollar una actividad determinada.

Estos aspectos son como dijera Eugenio Zafaroni, el cierre del tipo culposo, el cuál es abierto y es cerrado precisamente por el juez en el momento de juzgar, para cerrar el tipo culposo, es indispensable además de recurrir a un ordenamiento legal o convencionalismo social, determinar cuál era la finalidad de la conducta que desplegó el activo, para así delimitar el deber de cuidado que le era necesario observar.

Por su parte, dentro del delito doloso veremos que para que exista este, su autor debe tener un total y pleno conocimiento del injusto que comete, de lo que esta prohibido por la ley penal; en el delito culposo se satisface este conocimiento cuando es *potencial*, cuando es posible tenerlo, es decir que podría saber el peligro que genera con su actuar, además de la voluntad para desarrollar la conducta final, que podrá ser manejar un auto, operar quirúrgicamente, reparar conductos de energía eléctrica etc.

Este conocimiento es llamado previsibilidad, la cuál puede ser vencible o invencible, *vencible* si al cerciorarnos que nuestro actuar puede dar lugar a un delito, lo evitamos con un actuar diligente o acrecentando las medidas de precaución posibles e imaginables, es decir conocemos que nuestro actuar es potencialmente lesivo para los bienes jurídicamente tutelados de las personas, *invencible*, cuando a pesar de tomar todas las medidas de precaución y de diligencia posible, no advertimos la causación del delito o no conocemos la potencialidad lesiva de nuestro actuar, ya sea porque nos encontramos fuera del ámbito de percepción o conocimiento del posible peligro que engendra nuestra conducta.

Verbigracia, al ir circulando a velocidad moderada y permitida, en buen estado físico, atropellamos a alguien, pero ese alguien salió súbitamente de la base de un puente por el cuál cruzábamos, quién se iba a imaginar o a prever una situación en la que alguien

se arroje a los neumáticos de nuestro automóvil, en el momento preciso en que circulamos por el lugar donde este se encuentra agazapado y en espera de un automotor que le ayude a cometer sus designios, como se aprecia el actuar suicida de este sujeto no era previsible.

La culpa en los delitos culposos ha sido considerada por diversos doctrinarios como Porte Petit, Eugenio Zafaroni, entre otros, con o sin representación, hacemos énfasis en que aquí el sujeto conoce la potencialidad lesiva de su conducta final; la conducta es *con representación* cuando el sujeto se imagino, ideó o representó la "posibilidad" de cometer un delito con su actuar, pero que no lo desea ni lo acepta, confiando en su pericia o habilidad para desempeñar una conducta determinada y *sin representación* cuando no se lo imagino o se planteó la posibilidad del devenir del resultado por su conducta no diligente, siendo posible esa representación, representación que no se llevo a cabo no por la falta de conocimiento de ésta, es decir era humana y materialmente posible, sino por un descuido de prever una posible situación.

El delito culposo encuentra su reglamentación en los artículos 9 segundo párrafo, 60, 61 y 62 del Código Penal, que en el segundo precepto indicado, pena al autor de un delito culposo hasta la cuarta parte de la pena que le correspondería al tipo básico doloso, con excepción de los que tengan una sanción previamente determinada, imponiendo una sanción adicional de suspensión de hasta diez años o definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

A continuación se detallan los delitos de los cuales solo se puede imponer una pena atenuada por su comisión culposa, los cuales se enlistan enseguida:

- Evasión de presos (art. 150), hipótesis de facilitación de la evasión de un detenido, procesado o condenado,
- Ataques a las vías generales de comunicación (art. 167 F VI), hipótesis de interrupción de la comunicación telegráfica, telefónica, alambica o inalámbrica, destrucción de sistemas

de producción o distribución de gas, energía eléctrica, de uno o más postes, aisladores, o maquina que sirva para los efectos indicados.

- Ataques a las vías de comunicación (art. 169), hipótesis de poner en movimiento locomotora, carro o vehículo y lo abandone o haga imposible el control de su velocidad,
- Peligro de contagio (art. 199 bis), hipótesis de transmisión de enfermedad venérea o incurable a sabiendas de que padece tal, en periodo infeccioso o através de relaciones sexuales,
- Lesiones (art. 289), hipótesis de lesiones que no ponen en peligro la vida del pasivo y tardan en sanar más de quince días,
- Lesiones (art. 290), hipótesis de lesiones que dejen cicatriz perpetuamente notable en la cara del pasivo,
- Lesiones (art. 291), hipótesis de lesiones que perturbe por siempre la vista, disminuya la capacidad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, pie, pierna, brazo o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna facultad mental,
- Lesiones (art. 292), hipótesis de lesiones que provoquen enfermedad segura o probablemente incurable, inutilización completa o pérdida de un ojo, brazo, mano, pierna, pié o de cualquier órgano cuando quede perjudicada cualquier función orgánica, o cuando el pasivo quede sordo, impotente o con deformidad incorregible,
- Lesiones (art. 293), hipótesis de lesiones que ponen en peligro la vida humana,
- Homicidio (art. 302),
- Homicidio simple (art. 307),
- Homicidio en razón del parentesco o relación (art. 323),
- Daño en propiedad ajena (art. 397), hipótesis de inundación, incendio o explosión con peligro o daño de edificio o vivienda habitado, ropa o muebles causando daños personales graves, archivos públicos o notariales, bibliotecas, templos, museos, escuelas, edificios o monumentos públicos y de montes, bosques, selvas, pastos, mieses, o cultivos de cualquier tipo,
- Daño en propiedad ajena (art. 399), hipótesis de daño a cosas ajenas o propias con perjuicio a terceros.

Dicho precepto no deja la posibilidad para que diversos ilícitos no indicados en la anterior relación, cometidos culposamente no se puedan ver beneficiados con esta atenuante, como podría ser el caso de las lesiones que no ponen en peligro la vida del ofendido y tardan en sanar menos de quince días.

En el tercer párrafo del precepto en comento impone una penalidad "agravada" a los autores de delitos culposos, cuando estos sujetos sean prestadores de servicios en empresas ferroviarias, aeronáutica, naviera o cualquier otra que preste servicios de transporte de servicio público federal o local, cuando se ocasionen homicidios de dos o más personas, cuya pena será de cinco a veinte años de prisión y destitución del cargo o empleo e inhabilitación para ocupar otros de la misma naturaleza, igual sanción se aplicara cuando los servidores transporten escolares.

A esto diremos varias consideraciones; la pena de prisión de cinco a veinte años se refiere únicamente al delito de homicidio, por así determinarlo textualmente el precepto indicado, además esta pena tendrá lugar cuando el delito de homicidio se de en dos o más personas que estén a bordo de una nave ferroviaria, aérea, naval, de escolares o cualquier otra de transporte público federal o local.

Esta pena se entiende agravada literalmente hablando, porque en justo y estricto apego a derecho no podrá considerarse como una pena agravada, ya que el mínimo de dicha pena es de cinco años, lo cuál es inferior a la pena destinada al delito de homicidio simple doloso que es de ocho años de prisión, aunque el máximo de la pena en el delito culposo cometido en las circunstancias precisadas y el de homicidio simple doloso son idénticas, es decir de veinte años, ya que el juzgador podrá imponer la pena mínima de cinco años, siendo esta, una pena que se ve afectada por la calificativa atenuante en referencia.

La calificación de la gravedad de la culpa será hecha por el juez conforme a lo estipulado en el párrafo quinto, desde el inciso I al inciso VI que redundan en lo establecido en los artículos 51 y 52 del Código Penal.

En el artículo 61 del Código Penal exceptúa de la imposición de la pena pecuniaria de reparación del daño, siempre que dentro del marco punitivo del delito doloso sea de tipo alternativo y que contemple una pena no privativa de libertad, circunstancia de la que se beneficia el activo de este delito.

La anterior circunstancia no debe impedir la aplicación de la pena de reparación del daño ocasionado, cuando el delito doloso a que hace referencia la figura culposa tenga como sanción pena alternativa, contemplando así mismo una pena no privativa de libertad, no se explica esto, máxime si atendemos al punto de vista de la víctima, que no le interesaría esta circunstancia, ya que el actuar del activo es no diligente en grado agudo y al no observar las reglas de su oficio, profesión o actividad que desempeña, es obvio que representa un peligro social del cuál no tiene nadie porque soportarlo y en el caso de que alguien sufra en su persona o sus bienes algún daño, por lo menos tiene el derecho de que se le subsane o trate de restablecer en el goce de los beneficios que le reportaba su salud o bienes antes del evento delictivo, más aún si es evidente la responsabilidad objetiva que en diversos juicios demandan los civilistas.

#### **4) CALIFICATIVAS AGRAVANTES.**

Las calificativas agravantes revisten gran importancia en la praxis jurídico penal; ya establecimos que la palabra calificativa denota la peculiaridad de una cosa, que hace contrastar o diferenciar una cosa respecto de otra u otras, es bien común escuchar hablar de homicidio calificado a secas y por ese solo hecho establecer que este homicidio merece mayor penalidad, no siendo esto del todo exacto, lo correcto es denominarle como un homicidio calificado agravado por tal o cuál circunstancia, lo que nos daría una exacta idea de lo que representa la figura delictiva en comento, pero desgraciadamente aún es

incorrectamente usado por muchos los términos aludidos, pudiendo esa misma expresión referirse a un homicidio calificado pero *atenuado*.

Las agravantes fueron introducidas dentro de nuestra ley penal por la mayor perversidad o malicia con que actúa el activo, por lesionar con mayor gravedad los bienes jurídicamente tutelados por los diversos tipos, por disminuir o nulificar la defensa del pasivo, entre otras, teniéndose como presupuesto de estos delitos su aparición eminentemente dolosa, aunque ciertas *presunciones* legales de estos delitos en ocasiones se pueden dar de manera culposa, las agravantes ven en si imersas elementos subjetivos (como la premeditación, la perfidia) y elementos objetivos, que en ocasiones se conjugan.

Al igual que las calificativas atenuantes, las calificativas agravantes se unen a un tipo básico, formando uno nuevo con características diferentes al tipo básico y al tipo calificado atenuado, teniendo su primer característica la de elevar considerablemente el monto de la pena, que en ocasiones llega a ser tan severa que, sobrepasa proporcionalmente por mucho a la pena máxima que le correspondería a un tipo básico, como en el caso del homicidio que siendo simple doloso o intencional, es decir la figura básica, cuya penalidad podría llegar al máximo de veinte años para su autor, en cuanto que para el autor de un homicidio calificado agravado la pena podría llegar hasta los cincuenta años de prisión.

Nótese hasta que punto llegan trascender las agravantes, tanto que un mismo delito como el homicidio, que entraña la privación de una vida humana, que podría darse culposamente, llevaría al juez a imponer hasta la cuarta parte de la pena que corresponde al delito doloso simple, esa misma privación de la vida al ejecutarse empleando una honda reflexión previa a su comisión, da lugar a que el mínimo de la pena a imponer se eleve hasta los veinte años y su máximo hasta los cincuenta años, derivada de el grado altamente perverso, malévolos y antisocial que deja ver el activo al cometer este tipo de delitos.

#### **a) La premeditación.**

Esta agravante se encuentra contemplada en el segundo párrafo del artículo 315 del Código Penal que dice: *"Hay premeditación siempre que el reo cause intencionalmente una lesión después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer"...*, la palabra premeditación como palabra compuesta representa dos partes la primera *meditación*, indica análisis juicio mental y el segundo *pre* indica anterioridad, es decir premeditación es pensar reflexivamente una cosa antes de ejecutarla.

En los delitos de lesiones y de homicidio en los que por disposición expresa, encontrado en el numeral 315 primer párrafo del Código Penal, afirma que *"se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados cuando se cometan con premeditación, con ventaja, con alevosía o traición"*, aunque es de hacerse notar que dicho precepto no hace exclusivas las calificativas agravantes de premeditación, alevosía, ventaja y traición a los delitos de lesiones y homicidio, sino que solo dice que estos injustos se comprenderán o entenderán *"calificados"* cuando se cometan a través de esas agravantes.

El sentido *subjetivo* que se deriva de esta agravante ha sido estudiado por numerosos autores como Jiménez Huerta, que crean la corriente sustentada en bases que derivan o dependen del sujeto, que a su vez se subdivide en tres que son: *la psicológica o de frialdad de ánimo, la ideológica o de reflexión y la de la motivación depravada*, por otro lado se ha formado la corriente que basa la premeditación en bases objetivas que ha su vez se subdivide en dos que son: *la cronológica y la de la disminuida defensa*.

Para la corriente *psicológica o de frialdad de ánimo*, la premeditación reside esencialmente en el ánimo frío, sereno y tranquilo que experimenta el activo al pensar y reflexionar en cometer el delito que se propone, aquí el sujeto no se inmuta ni se sobrecoge por la idea de cometer un delito determinado, pensando y representándose la escena del crimen añadiendo o quitando elementos y circunstancias que desea o no, de las cuales cree convenientes para la consecución de su fin, en este apartado además de la honda reflexión que debe de experimentar el activo se requiere que este tenga serenidad en su

pensamiento, que lo reflexione detenidamente y sin apresuramientos y sobre todo sin temor o inmutación alguna ante la idea, por monstruosa que sea ésta.

En opinión de Mariano Jiménez Huerta<sup>8</sup> "ese estado psicológico de frialdad del ánimo o de calma del alma revela, en el sujeto en concurre, una mayor capacidad criminógena", esta teoría es un tanto imprecisa pensando en que no todo sujeto que comete un delito premeditado, tiene por ese solo hecho un ánimo frío y calculador y según la corriente en estudio al prescindir del ánimo frío y calculador no se configuraría la premeditación, en opinión de la maestra Irma Amuchategui esta corriente no es recogida por nuestro código penal.

La corriente *ideológica o de la reflexión*, tiene como premisa mayor un juicio deliberativo, de auténtica y genuina reflexión que implica el sopesar, madurar la idea, planear y prever los pros y los contras del evento delictivo, imaginándose y representándose los sucesos normales y naturales que devienen en un hecho como el que se pretende cometer.

De Marsico<sup>9</sup> dice que "la premeditación se caracteriza por la lucha o choque de impulsos y contra impulsos que concluyen con el auge o victoria del impulso inicial", tal como lo aseveraría Freud, la lucha entre "el ello" (instintos básicos o animales) y el "el super yo" (normas sociales y educativas) a través de la mediación que haga "el yo" (parte que discierne) venciendo "el ello" con la salida y proliferación de los instintos básicos.

Nuestro código penal parece adoptar esta teoría al afirmar que hay premeditación cuando el activo causa una lesión "después de haber *reflexionado*" sobre el delito que va a cometer, en este sentido vierte su comentario la maestra Irma Amuchategui.

<sup>8</sup> Jiménez Huerta Mariano, Ob. cit. , pág.102

<sup>9</sup> De Marsico, citado por Palacios Várgas J. Ramón, delitos contra la vida y la integridad corporal, editorial trillas, México D.F. 1993, pág.32.

La corriente de *motivación depravada*, que asegura que para la existencia de la premeditación debe de haber una degeneración, una perversión, una corrupción en los valores ético-morales que influya directamente en el dolo que el autor del delito imprime a la acción delictuosa, el individuo depravado se caracteriza por ser vicioso en sus costumbres que no son aceptadas por el grueso de la sociedad, por reportarle a esta peligro en la vida y en la salud física y mental de sus integrantes.

Las teorías que se basan en sustentos *objetivos* afirman que para que se de su existencia implica la existencia de elementos objetivos, es decir elementos físicos o que se dan de facto, que se dan o ya están dados en el desenvolvimiento de los hechos, pero que no dependen de la psique del individuo que delinque, así tenemos dos teorías que son, *la cronológica y la de la disminuida defensa*.

La teoría *cronológica* determina que para la existencia de la premeditación debe de mediar entre la decisión o resolución de cometer el delito y su ejecución, un lapso más o menos largo de tiempo, éste último se concibe como el punto culminante del proceso intelectual denominado premeditación, que se inicia con el nacimiento del deseo de cometer el delito o ideación, precedido por la profunda, seria deliberación y reflexión de cometer el delito, finalizando por la ya resolución o resolución de cometer el delito, aquí nos encontramos en un punto en el cuál el sujeto bien puede permanecer firme el propósito delictivo o bien desistirse de cometerlo.

Para llegar a la decisión o resolución de cometer el delito, a partir de este punto y hasta que se ejecuta materialmente el delito, debe de haber un periodo de tiempo más o menos largo, según determina esta teoría, es obvio que siempre transcurrirá tiempo entre estos dos puntos, muy corto, corto, mediano o largo, siempre lo habrá, ya que según Jiménez Huerta<sup>10</sup> "que habida cuenta de que cuando la decisión de cometer el delito y su ejecución transcurra un relevante intervalo de tiempo mas o menos largo, habida cuenta de que cuando la decisión de ejecutar el delito no es fortísima, se desvanece, antes de

---

<sup>10</sup> Jiménez Huerta Mariano, Ob. cit. pág. 104.

proyectarse sobre el mundo exterior, al pasar por los diversos y sucesivos estados de conciencia”,

La teoría de la *disminuida defensa* dice que el delito es agravado por esta calificativa, ya que el pasivo al no esperarse el ataque de su agresor, no alza una defensa que le permita atacar al activo o al menos repelerlo, Carrara<sup>11</sup> dice que “la premeditación disminuye la potencialidad de la defensa privada”, ese punto es el que según esta teoría hace más delicado y grave la comisión del delito, puesto que si un sujeto que no se imagina aunque sea muy remotamente un ataque contra el, muy posiblemente no le dará oportunidad de evitarlo o de defenderse del mismo.

La premeditación en consecuencia y desde el punto de vista de nuestra legislación penal vigente, se integra por dos elementos principales que son: el primero, un tiempo mas o menos largo que existe entre la decisión de cometer el delito, momento que acontece en primer término y la ejecución que aparece siempre en segundo término, es decir con posterioridad, el segundo elemento que consiste en una reflexión madura, profunda, serena y concienzuda de cometer un delito y al tener estos matices se entiende la figura eminentemente dolosa, lo cuál no se puede confundir con el simple pensamiento de un sujeto encolerizado que tomando un lapso de tiempo, toma un arma y regresa a matar a su víctima.

Al respecto, cabe mencionar la siguiente jurisprudencia que a la letra dice lo siguiente:

**PREMEDITACION, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA.**<sup>12</sup> La calificativa de premeditación se constituye con un elemento objetivo u otro subjetivo inseparables: a) el transcurso de un tiempo más o menos largo entre el momento de la concepción del delito y aquel en que se

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1985. Parte-II. TESIS JURISPRUDENCIAL Núm. 192. Primera Sala. Pág. 420.

ejecuta, y b) el cálculo mental, la meditación serena o la deliberación madura del agente que persiste en su intención antijurídica.

La premeditación *indeterminada* es la que está encaminada hacia persona no conocida ni identificada, pero que se tiene la certeza que estará presente en el lugar y momento de los hechos, posibilidad que acepta el activo no importándole quién o cuantos sean, como ejemplo citamos el homicida en serie, que al portar un arma la acciona desenfadadamente contra la clientela de un restaurante, no importándole si son hombres, mujeres, niños o cuántos sean estos y la premeditación *condicional* se subordina al acontecer de un hecho futuro e incierto, como el robo a un banco donde el activo no sabe si el cajero cooperará o se negará al mismo.

Ambas premeditaciones operan sin problema, ya que por un lado al no saber si el cajero se negará o no a cooperar o por el otro si existirían mujeres, niños u hombres y en el número de estos, no invalida la aplicación de la agravante en perjuicio del activo, ya que el proceso intelectual deliberativo, profundo y sereno se da aunque no se sepa con exactitud si se cometerá el delito o contra quién se cometerá este, contrariamente a esto Carrara<sup>13</sup> negaba esto, al argumentar que "con anterioridad al delito, era incierta la misma intencionalidad".

Resta comentar las presunciones de premeditación establecidas en el párrafo tercero del artículo 315 del Código Penal; al decir que "se presumirá que existe premeditación, cuando las lesiones o el homicidio se cometan por *inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra substancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad.*"

---

<sup>13</sup> Carrara, citado por Pavón Vasconcelos Francisco, Ob. cit. pág. 105.

Estas presunciones se entienden *iuris tantum*, por lo cuál debe de probarse su inexistencia por el acusado, es decir los hechos que encajen dentro de estas hipótesis constituyen una presunción legal, pero reiteramos que esta sujeta a prueba, es decir no son absolutas, contrariamente a lo que disponía en un pasado el código penal de 1929, que determinaba premeditado todo delito cometido en las circunstancias aducidas, es decir constituía una presunción *iure et de iuris*.

Otra presunción que se encuentra fuera del numeral a estudio, es la contenida en el artículo 339 del Código Penal, que determina que si un sujeto abandona a un menor incapaz de cuidarse asimismo o de persona enferma, cuando se tenga la obligación del sujeto que los abandona para cuidarlos o del padre o madre de familia que abandone a su cónyuge o a sus hijos, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia, cuando resulten lesiones u homicidio, se trata en consecuencia de una presunción muy elocuente y un medio ideal para producir los delitos en comento, deberá sin embargo probarse plenamente que el activo premedito su actuar al dejar en el abandono a las personas que debía cuidar y procurar su sustento, para que la premeditación se actualice.

Por último comentamos que es compatible la premeditación con la tentativa, ya que se puede premeditar un hecho delictuoso, efectuando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, no produciéndose este por causas ajenas a su voluntad.

#### **b) La alevosía.**

Agravante conceptuada en el artículo 318 del Código sustantivo, que dice lo siguiente "*La alevosía consiste en sorprender a alguien de improviso o empleando asechanza u otro medio que no le de lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer*", según el diccionario real de la lengua española, alevosía significa: cautela para

asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo del delincuente, es decir la puesta en función de un medio insidioso, astuto y malintencionado.

El concepto que provee la ley se puede desglosar en los siguientes elementos:

- La sorpresa, ésta significa un sobresalto, un asombro, que debe experimentar el pasivo al ser atacado por el activo, es decir el pasivo no debe nunca esperarse o sospechar del ataque del cuál será objeto, desconocimiento que resta o nulifica la capacidad de defensa del pasivo.
- La intencionalidad, significa que el actuar sea doloso, voluntario, aspecto que nulifica su aparición en forma culposa.
- De improviso, es decir que el ataque debe surgir súbitamente, de pronto, sin que medie alguna acción o conducta que anuncie éste ataque, elemento que va íntimamente relacionado con el de la sorpresa, pues el ataque al ser súbito, sorprende a la persona que resiente éste.
- Empleando asechanza, que escrita con "s" representa poner trampas, emplear engaños y artificios, en cambio asechanza escrita con "c" representa observar o vigilar cautelosamente.
- Cualquier medio que no le de lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer, esta frase encierra una generalidad de formas y medios por las cuáles el activo puede disminuir o nulificar la defensa que pueda entablar el pasivo, dejándolo en total estado de indefensión.

Para ilustrar lo anterior citamos la siguiente jurisprudencia<sup>14</sup>, que a la letra dice:

---

<sup>14</sup> Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1985. Parte II. TESIS JURISPRUDENCIAL Núm. 18. Primera Sala. Pág. 48.

**ALEVOSIA, EXISTENCIA DE LA.-** La calificativa de alevosía, en los delitos de homicidio y lesiones, se integra cuándo el sujeto activo sorprende intencionalmente y de improviso al ofendido, o emplea asechanzas u otros medios que no le den posibilidad de defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer, en consecuencia, tal agravante requiere, para su existencia, que se demuestre la intención del agente, sin que sea dable que esta se presuma.

En resumen, la alevosía se concibe como una forma de ataque insospechado y súbito de tipo doloso, es decir que la voluntad del agente se encamina directamente a causar el mal pretendido, conociendo éste lo que hace, mediante el empleo de asechanza, es decir de engaños o artificios que sin duda disminuirán en gran medida o nulificarán la defensa que el pasivo pueda entablar, la alevosía se comete también empleando cualquier otro medio que no de lugar a que el pasivo se defienda o evite el mal pretendido, últimos dos aspectos que redundan la idea de nulificar la defensa del ofendido.

Para que se dé la alevosía se requiere, dice la maestra Irma Amuchategui, un ocultamiento objetivo o subjetivo, el ocultamiento *subjetivo* o también llamado moral, se refiere a la adopción de una postura o conducta que no revela para nada la real y auténtica intención del activo, significa un disimulo o especie de actuación en la que se da la idea por ejemplo de gratitud, de amistad, de admiración, aprovechándose de ese estado para iniciar su ataque, pensemos en el sujeto que al ver al adúltero de su esposa se acerca raramente para indicarle que nunca ha querido a su esposa y para decirle que lo que hizo lo libera de muchos problemas y en consecuencia de ello lo abraza para hacerle ver su supuesto "agradecimiento" momento que aprovecha para romperle el cuello con una maniobra rápida.

La ocultación *objetiva* o material se refiere a esconder o a hacer no visible el arma o instrumento con el que se perpetrara el crimen, se refiere igualmente al ocultamiento del activo, en un matorral, en una pared, en una persona, en una multitud o cualquier otro

objeto susceptible de ocultarlo, la ocultación objetiva se da igualmente cuando se oculta la mano armada del activo detrás de sí o por un objeto.

Aclaremos que la persona del activo queda al descubierto pero no el arma, como ejemplo de esto se tiene a la persona que al caminar por la calle lo hace sosteniendo un revolver, pero ocultándolo en el bolsillo de su abrigo o en su espalda, para que en el momento de una aproximación suficiente, la acción contra el pasivo.

Uno de los problemas que se vierten sobre la alevosía, es la forma en que la ley la define al emplear el término asechanza escrito con "s", lo cuál significa el empleo de artificios, trampas o engaños y el término asechanza escrito con "c" que significa esperar, aguardar cautelosamente, este esperar cauteloso se produce para que en el momento más apropiado para el ataque, se lleve a cabo, términos de los cuales se confunde su correcta interpretación.

Como se aprecia, el término "acechanzas" escrito con "c", implica reiteramos, espera cautelosa y cuidadosa, representa que un sujeto pueda estar agazapado en espera de que su víctima pase precisamente por el radio de alcance del agresor, el término asechanza escrito con "s" al implicar el uso de engaños, artificios o trampas, entrañan de alguna forma el esperar o aguardar a la víctima para atacarla.

La agravante en estudio presupone no necesariamente el interactuar con otras agravantes como la premeditación y la ventaja, coexistirá con la premeditación puesto que si se hechan a andar medios engañosos, artificiosos, tramposos, el uso de una emboscada, conspiración o medios insidiosos, requieren estos en su generalidad de un pensar, que les llevaría a maquinarse o trazar métodos y formas de ataque, así como de la forma de salir mejor librados, todo esto entraña un reflexionar, un deliberar que nos lleva por sí a la premeditación.

Puede suceder que el ataque de un sujeto repentino y lleno de cólera, se dirija a un sujeto haciendo uso de engaños, artificios o de esconderse y esperar a que el infortunado individuo pase por el lugar y proyecte su ataque súbitamente privándole de la vida; en este ejemplo la calificativa agravante de premeditación no se dará por el hecho de que el sujeto agresor no medito ni reflexiono su actuar, pero que a todas luces persiste la agravante de alevosía

La agravante de ventaja, que más adelante estudiaremos, casi siempre va de la mano de la alevosía, pues el activo al ser el único que sabe que va a pasar, o por el uso del arma que empleara súbitamente, goza de una posición que le permite tener cierta inmunidad al posible ataque del pasivo, si esta inmunidad es absoluta, la agravante de ventaja se vera configurada de forma integral, según ordena el artículo 317 del Código Penal, pero si existe un riesgo de que el activo pueda ser muerto o herido por el pasivo, la ventaja no se dará, además del no riesgo del activo de ser muerto o herido por el pasivo, se requiere que el hecho encuadre dentro de alguna de las hipótesis que establece el artículo 316 del Código Penal, supuestos que se analizaran más detenidamente a continuación.

### c) La ventaja.

La ventaja descrita como una situación favorable o de superioridad de una persona respecto de otra, como una posición de excelencia o condición favorable que tiene una persona, representa un beneficio o provecho que tiene un sujeto para realizar ciertas actividades que le dan una expectativa de éxito mayor o mucho mayor que su oponente o contrincante, esta ventaja puede ser absoluta o relativa, absoluta cuando el contrincante tiene todas las posibilidades de triunfo en su favor y relativa cuando la misma se encuentra minimizada, es decir no es total o absoluta, éste es pues el concepto vulgar o tradicional que se entiende por ventaja, que si bien puede normar el criterio del juez, no puede provocar el aumento de la pena de un delito determinado.

El artículo 316 del Código Penal da diversas hipótesis por las que debe de entenderse que hay ventaja, es decir una ventaja "legal", dichas hipótesis están enumeradas respectivamente de la fracción I a la IV respectivamente, siendo las siguientes:

*-Que el delincuente sea mayor en fuerza respecto del pasivo u ofendido y éste no se halle armado,* a este respecto la fracción que se enuncia precisa que el activo debe ser superior en fuerza y como éste capítulo se refiere a las "reglas comunes para lesiones y homicidio" y por ende y generalmente a situaciones, físicas, es decir "enfrentamientos", "contiendas" cuerpo a cuerpo, en resumen a situaciones en los que el activo interviene utilizando sus manos, pies o cuerpo, por tanto se entiende que la fuerza a que alude tal texto es la fuerza física, corporal, muscular, que pueda tener un sujeto respecto del pasivo, la cuál debe ser de mayor magnitud.

También determina la fracción aludida a que el pasivo debe estar desarmado y por arma se entiende a todo instrumento u artefacto que potencialmente causa lesiones con su utilización, como la fracción en comento no distingue que tipo de armas, no recae en el particular distinguir el tipo de armas, en consecuencia se extiende a una generalidad el término empleado, prohibiendo que el pasivo este armado con arma blanca, de fuego o cualquier instrumento o artefacto susceptible de emplearse como tal.

*-Que el delincuente sea superior en armas que emplea, por la mayor destreza en el manejo en ellas o por el número de sujetos que lo acompañan,* ésta fracción determina que el activo debe tener o emplear en el momento de cometer el delito armas con un poder lesivo mayor que las que pueda emplear el pasivo, observamos que dentro de éste supuesto cabe la posibilidad de que el pasivo esté armado al igual que el activo, con el detalle que éste último debe portar armas más sofisticadas o letales que las que porte el pasivo.

El segundo aspecto de la fracción en estudio establece una situación en la que el activo y pasivo estén armados, posiblemente con armas de igual poder destructivo, pero lo que hace la diferencia es la mayor capacidad y habilidad del sujeto activo para

emplearlas, así por ejemplo, si por alguna razón un sujeto al ser agredido por otro, pretende emplear su revolver contra éste y al momento de hacerlo el sujeto agresor saca más rápidamente su revolver y la acciona contra el pasivo, ocasionándole la muerte, indicara la existencia de ventaja legal aludida.

Finalmente la fracción en comento plasma la hipótesis de que por el número de acompañantes del activo ocasiona una ventaja respecto del pasivo, es lógico pensar que si la agresión se lleva a cabo con la intervención activa de dos o más sujetos, el ataque tendrá posibilidades mayores de éxito, ya que el enfrentamiento persona a persona supone cierta igualdad, pero si además el pasivo al contender con su agresor lo hace con otros dos, tres o más sujetos, sus posibilidades de salir airoso se minimizan o nulifican.

Esta es la exigencia de la fracción en estudio, es decir, el ataque de tres o más sujetos al pasivo y decimos tres o más sujetos por lo siguiente, si la fracción referida señala a una hipótesis en la que el "delincuente" es ayudado por "acompañantes" para cometer el delito de que se trate, congruente es pensar que al emplearse el término acompañantes sugiere la intervención de dos o mas sujetos, ya que ésta expresión esta en plural y no en singular y que el requerimiento mínimo para que se integre el término acompañantes es como un mínimo de dos, aunados a la intervención del activo que suman tres los sujetos que agreden, pudiendo ser los acompañantes tres, cuatro o más personas.

*-Que el delincuente o activo se valga de algún medio que debilite la defensa del ofendido o pasivo, es común pensar en el empleo de alguna sustancia que adormezca o disminuya la capacidad de reacción de una persona, que se traduce en una defensa notablemente disminuida, que al darse como tal provoca que su agresor asiente sus golpes de manera más fácil y certera, debido a la lenta reacción de defensa del pasivo provocada por una sustancia que previamente haya sido administrada por el activo o por el amarre de una o ambas manos o pies o por la promesa de hacer un daño considerable a un ser querido del pasivo, que provoque en éste último cierta sumisión hacia su agresor, todos ellos pues son "medios" para debilitar la defensa del ofendido, es de hacerse notar que su defensa se*

ve disminuida o menguada pero no nulificada, ya que el término especifica que la defensa sea disminuida, lo cuál no es igual a nulificarla.

*-Que el ofendido o pasivo se halle inerte o caído y el activo armado o de pie,* debe de encontrarse el pasivo sin armas o en el suelo, no parado, pudiendo ser una u otra y el activo debe estar ya sea con armas en su poder o de pie o parado.

La lógica más elemental establece que si el ofendido se halla sin armas el activo debe estar armado, que si el ofendido se encuentra caído el activo debe estar de pie "o" armado, lo cuál indica una franca ventaja del sujeto activo, ya que el activo podría en el caso de que el pasivo este caído, maniobrar rápidamente para lesionarlo o darle muerte por si mismo o accionando algún arma, ya que el pasivo al tener la imposibilidad de moverse como lo haría parado (correr, agacharse etc.) se mengua en consecuencia, toda maniobra defensiva o evasiva de tal agresión.

Igualmente y redundando un poco en la idea anterior si el activo esta armado y el pasivo no, representa igualmente otra circunstancia que le da ventaja al primero respecto del segundo, ya que al tener algún elemento con potencialidad lesiva fuera de su ámbito humano (pistola, rifle, puñal, chacos etc.), significa un medio para llevar su cometido fácilmente, pero si el pasivo se halla inerte y el activo de pie, ¿cual es la circunstancia que provee una ventaja hacia el activo?, vemos que éste supuesto no contempla alguna situación de ventaja, por que la "o" al indicar una alternatividad, no entraña el hecho de que los requisitos exigidos para uno u otro sujeto se den de forma agregada, o se esta inerte o caído o se esta armado o de pie, pero nunca exige que el pasivo deba estar inerte "y" caído, "o" es una u otra situación, volviendo a la cuestionante esgrimida ¿que ventaja tiene el activo al estar de pie y el pasivo inerte?, se encuentran en igualdad de circunstancias, debido a que los dos no están armados y los dos están de pie.

El último párrafo de precepto en estudio establece que en las tres primeras hipótesis la ventaja no se tomara en cuenta si el que cuenta con ella, actúa defendiéndose

legítimamente, ni en la cuarta cuando el que tiene la ventaja fuera el ofendido, que de no aprovechar la ocasión hubiera peligrado su vida, éste último párrafo aparece obvio ya que es de explorado Derecho que la legítima defensa (fracción IV del artículo 15 del Código Penal), es una causa de exclusión del delito, que al excluirlo, excluye por ende para su autor la pena a imponer.

La ventaja considerada como una "calificativa" así llamada lisa y llanamente por la ley, es decir para constituir una agravante de los delitos de lesiones y homicidio, debe ser tal, que el activo no corra riesgo alguno de ser muerto o herido por el pasivo.

He aquí el punto medular de ésta agravante, los delitos que se consideren calificados agravados por el empleo de ventaja, deben de adecuarse a cualquiera de las hipótesis establecidas por el artículo 316 del Código Penal, además de cumplir con el requisito establecido en el artículo 317 del Código Penal, es decir la ventaja que pueda tener el activo debe de ser absoluta, permaneciendo éste en un estado de total inmunidad ante las acciones que lleve a cabo el pasivo, que de existir tan solo la posibilidad de lesionarlo levemente, la agravante en comento no se configurara.

En opinión de Carrara, la ventaja esta subsumida por la alevosía, ya que quién no puede defenderse o evitar el mal que se le pretende ocasionar, no puede agredir, lesionar y menos dar muerte a persona alguna, de ahí que sea muy comentado el hecho de que ambas agravantes "convivan" juntas dentro de la comisión de un delito; la Corte por su parte acepta la autonomía de la agravante de ventaja, además es bien cierto que si un ataque llevado a cabo con sorpresa, de improviso, asechando y que evite al pasivo defenderse o evitar el mal que se le pretende hacer constituye una ventaja del activo respecto del pasivo y para que lo anterior revista una ventaja agravadora de la pena, se debe de verificar que el ataque tenga en si alguna de la formas que detalla el artículo 316 del Código Penal, debiendo la ventaja ser absoluta, de tal forma que el activo no corra riesgo alguno de ser herido o muerto.

La naturaleza eminentemente objetiva de la ventaja ha sido un aspecto que le asigna la doctrina, sin embargo autores como los maestros Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas<sup>15</sup>, señalan que además de cumplirse los requisitos señalados por los preceptos indicados debe de "existir también un dato de carácter subjetivo como lo es la conciencia de superioridad", es decir debe de integrarse de igual forma el aspecto subjetivo, que reside precisamente en el conocimiento que debe de tener el sujeto activo de la superioridad que posee respecto del pasivo.

A ésta opinión se adhiere el maestro Francisco González de la Vega<sup>16</sup> al decir que "no sería lógico ni equitativo imputar una circunstancia al que acciono sin conocimiento de ella", esto obvio se refiere al conocimiento del sujeto activo de la superioridad que tiene respecto del sujeto pasivo.

Mariano Jiménez Huerta hace una crítica respecto de las hipótesis de ventaja planteadas en el artículo 316 del Código Penal, diciendo éstas no representan una inmunidad total y absoluta o la ausencia de posibilidad del que el activo pueda ser herido o muerto, que es la exigencia del artículo 317 del Código Penal, considerando que las hipótesis que marca el numeral primeramente invocado, peca de ingenuo, hipótesis que no deben de ser fijadas *a priori*, que mas bien debe de atenderse puramente a la situación de invulnerabilidad del activo respecto de las acciones del pasivo.

#### d) La traición.

Esta agravante se encuentra dentro de nuestro código punitivo en su artículo 319, considerándola como una forma alevosa de cometer el delito, pero que se agrava aún más por el *empleo de la perfidia o deslealtad*, violando la fe o seguridad expresamente prometida a su víctima o la tácita que debía tenerse o prometerse a ésta última, que sobreviene por relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza.

---

<sup>15</sup> Carrancá y Trujillo Raúl y otro, Código penal anotado, editorial porrúa, Mexico 1997, pág. 834.

Para muchos, es considerada como la calificativa más grave que una persona pueda emplear para cometer un delito, ya que no solo implica el empleo de la alevosía, es decir de sorprender, intencionalmente y de improviso a alguien a través del empleo de la asechanza u otro medio que no de lugar defenderse o evitar el mal que se le pretenda hacer, también implica que el autor actúe de forma desleal e infiel

Lo anterior se agrava aún más puesto que el activo al prometer lealtad o entenderse ésta por relación de amistad o de parentesco que por lo general son muy intensas, coloca al pasivo en un estado total de indefensión, toda vez que al sorprenderse intencionalmente, después de asechársele o empleando medio alguno que evite su defensa o impida a éste evitar el ataque, nulifica cualquier posibilidad de reacción del pasivo e igualmente nulifica cualquier riesgo para el activo en la perpetración del crimen, situando al pasivo a total merced de su agresor.

Cabe mencionarse que las relaciones de parentesco, amistad, gratitud o cualquier otra que inspire confianza, debe de tener una trayectoria que precisamente establezca ese estado de seguridad del pasivo, para confiar que aquella persona en quién deposita su confianza no lo defraudara, no lo traicionara, por ejemplo sería difícil imaginar a un hijo traicionar a su padre, pero si el primero conoce a éste último a los quince años de edad, por el hecho de que abandono a su madre y a el mismo en su infancia, no podrá confiar por lo menos en un inicio plenamente por la vivencia experimentada.

De igual forma ocurriría en las relaciones de amistad o gratitud que por lo general son intensas, el activo debe valerse de esta situación para cometer el delito a traición, ya que de lo contrario podrá emplear medios alevosos pero no cometer el delito con la agravante en estudio, subsistiendo la alevosía como agravante del delito en cuestión, los términos *cualquiera otra que inspire confianza*, exige que efectivamente se de ésta, la cuál generalmente no se puede lograr con un trato corto u ocasional, pues la confianza se

---

<sup>16</sup> González de la Vega Francisco, Ob. cit., pág. 72.

adquiere con una relación más o menos estrecha y duradera, que sirvan precisamente de base a la existencia de la confianza, es decir la esperanza firme que se tiene de que una persona determinada actuara conforme a lo pactado o como lo determinan los usos y costumbres de los implicados. Sobre este punto, resulta pertinente citar el siguiente criterio jurisprudencial<sup>17</sup> que a la letra dice lo siguiente:

**TRAICION. CALIFICATIVA DE. SENTENCIA INCONGRUENTE.-** No se configura la calificativa de traición en los delitos de homicidio y lesiones, cuando el conocimiento que entre si se tienen los protagonistas de los hechos, deviene de un trato ocasional, habida cuenta que los lazos de lealtad, fidelidad y seguridad que dan vida jurídica a la calificativa de que se trata tienen su apoyo en relaciones preexistentes basadas en un trato constante y estrecho.

Es prudente reiterar que los lazos de parentesco, de amistad, gratitud, u otras relaciones que inspiren confianza, no siempre ocasionan que ésta última se verifique, es decir no es una constante de que quién debe darla o el que la promete la dará, o sea que no siempre podrá ser leal y fiel, aunque en la mayoría de las veces siempre ocurre, aunado a que nuestra sociedad establece fuertes vínculos en ese tipo de relaciones humanas, difíciles de corromper o diluirse, así la ley establece que cuando esa seguridad o esa fe se prometen expresamente o cuando se entiende su existencia.

Cuándo se prometen expresamente no hay duda de que se comprometió el activo a respetar y ser fiel al pasivo, pero cuando tácitamente se entiende por dadas, es menester verificar que esas relaciones humanas por muy íntimas y estrechas que sean ocasionen en el pasivo un estado de confianza y de creencia de que no podría ser traicionado por el activo, este aspecto debe ser cuidadosamente probado, ya que de no darse ocasionaría la no existencia de la agravante de traición, pudiendo quedar la de alevosía.

---

<sup>17</sup> Séptima época: Semanario Judicial de la Federación. Vol. 10. Primera Sala. Pág. 44.

Dice Jiménez Huerta que para la integración de ésta agravante no basta la deslealtad del activo, sino además del empleo de la alevosía que impida en el pasivo su defensa o la evitación del mal que se le pretende hacer, la traición entraña una conducta diversa de la esperada o de la prometida por el activo o simplemente el disimulo de ésta conducta, que en realidad adquiere otra forma, que finalmente vulnera esa fe o seguridad prometida o entendida y por ende trasciende en actos delictivos que afectan la salud o vida del pasivo.

#### e) Delito cometido por pandilla.

Por pandilla se entiende conforme a nuestra legislación penal como la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas, que no están organizadas para cometer actos delictivos, el hecho de que las tres o más personas no estén organizadas para cometer delitos, distingue a la pandilla respecto de la delincuencia organizada que en su artículo 2 de la ley federal contra la delincuencia organizada la define como la organización o el acuerdo para organizarse de tres o más individuos para cometer actos delictuosos o actos que tengan como fin cometer delitos, de forma reiterada o permanente.

Así tenemos que en las dos figuras exigen para su formación como un mínimo tres o más sujetos que se reúnan, en tanto que en la pandilla no se reúnen organizadamente para cometer un delito, en la delincuencia organizada sí, en la pandilla la reunión es habitual, transitoria u ocasional, en la delincuencia organizada se da en forma permanente o reiterada, además de que la reunión se organiza o se acuerda su organización con el fin de cometer delitos, en la pandilla no ocurre esto.

Una vez aclaradas ambas figuras en sus conceptos legales, señalaremos que la figura de la *agrupación de tres o más individuos en sí* no constituye un tipo penal o un delito, por el contrario no transgrede en nada la ley penal, en tanto no se cometa un delito a

---

través de dicha reunión, es decir para que se integre el tipo en comento se requiere que además de que la reunión de tres o más gentes se dé de forma habitual, ocasional o transitoria, no organizada para cometer delitos, se cometa un delito por los integrantes de esta agrupación, en tanto estos integrantes no cometan delito alguno, el tipo en referencia no se configurara, además es menester que el delito que cometan los integrantes de la pandilla, sea efectivamente cometido por ellos, no por uno solo ó por dos, sino por los tres, que es el mínimo que exige la ley, el límite máximo no lo define la ley y en consecuencia será el número que se dé, porque donde la ley no distingue, el particular no tiene el deber de hacerlo.

Oportuno comentar que el pandillismo representa un tipo en sí, por ser catalogado por la ley penal, dentro de el libro segundo, título y capítulo cuarto, (asociaciones delictuosas), con el detalle que es un tipo dependiente, o subordinado a la comisión de un delito nuevo, diferente y totalmente independiente, básico y/o autónomo, vemos aquí una variante, debido que a lo largo de este trabajo hemos hecho alusión a diferentes calificativas, que en por sí solas no constituyen delito, situación diferente que la que se presenta en este apartado, en donde el pandillismo, revestido de todas las exigencias que hace el tipo respectivo, significa la unión de dos tipos uno subordinado (el pandillismo) y otro autónomo y/o básico (el delito que cometa la pandilla), constituyendo el pandillismo la calificativa agravadora de la pena.

La palabra pandilla tiene como etimología la misma que la de la palabra "banda" de bando o partido, proviene de los vocablos que derivan del gótico *banwa* o del sajón *ban* que significan liga, vínculo, alianza o lazo, que indica el nexo que crean los individuos al agruparse, constituyendo uno de los pilares de esta figura, la reunión habitual, ocasional o transitoria, pero que no persigue cometer fines delictivos y si embargo cometen un hecho delictivo, pero que su comisión no estaba previamente concebida por los integrantes de la pandilla, sino que aconteció por las circunstancias del momento, las cuáles son múltiples y que obedecen a muchas causas.

Expuesto lo anterior diremos que un *delito cometido a través de pandilla* representa para los integrantes de ésta, una *elevación* de la mitad de la pena que le correspondiese al delito que se cometa por éstos, así tendremos que si la pandilla comete un homicidio, que sea sancionado con cuarenta años de prisión para cada integrante, la sanción a imponer conforme a la agravante en estudio será de sesenta años, pero como el límite máximo que determina nuestra legislación es de cincuenta años (artículo 25 del Código Penal), será ésta la sanción a imponer.

#### f) Delito cometido contra y por un funcionario público.

La *primera hipótesis* de este subtítulo se encuentra radicada en el artículo 189 del Código Penal, siendo un tipo subordinado a la comisión de un delito diverso, que podrá encaminarse contra la vida, salud, propiedad y reputación de un funcionario público, es decir contra la autoridad, o sea aquel órgano estatal, *de facto* o de *iure*, investido con facultades o poderes de decisión o ejecución, cuyo ejercicio crea, modifica o extingue situaciones generales concretas, de hecho o jurídicas, con trascendencia particular determinada, de una manera imperativa<sup>18</sup>, es decir el funcionario público esta legitimado por la ley para ejecutar y ejercer actos de molestia contra todo gobernado y por ser dichos actos unilaterales, imperativos y coercitivos no siempre son del agrado del gobernado que en consecuencia de la aplicación de dichos actos, ejecuta ciertas acciones contra ese funcionario público que pudieran resultar lesivos para éste.

La exigencia del tipo en comento es que esos actos que se encaminan contra el funcionario público sean considerados como delito, es decir que transgreda la ley penal sustantiva, ese delito debe de ser cometido contra el funcionario público en ejercicio legítimo de sus funciones o con motivo de ellas, si ese ejercicio de sus funciones es ilegítimo, o sea no apegado a la ley (una aprehensión sin la orden correspondiente), el delito que pueda perpetrarse contra el funcionario público solo subsistirá como tal, no configurándose el tipo de "delito cometido contra el funcionario público".

---

<sup>18</sup> Burgoa Orihuela Ignacio, El juicio de amparo, editorial porrua, Mexico 1994, pág. 338.

A lo anterior, señalamos que el tipo de "delito cometido contra un funcionario público" es un tipo subordinado que depende de la ejecución de un tipo autónomo y/o básico, (por ejemplo, lesiones, homicidio, violación etc..), una vez integrados los dos tipos, el tipo de "delito cometido contra el funcionario público" subsistirá por sí solo, incluso para su persecución, aún cuando el delito ejecutado en la persona del funcionario público sea perseguible por querrela de parte, no impedirá que el tipo de "delito cometido contra el funcionario público" se persiga, investigación que se hará oficiosamente.

Debemos enfatizar que no solo la legitimación del acto que lleve a cabo el funcionario público es importante para que se llenen las exigencias del tipo en cuestión, sino que es menester que el delito que se ejecuta en la persona del funcionario público sea perpetrado cuando esté efectivamente en ejercicio de sus funciones o con motivo de estas, en ese mismo sentido se inclina nuestro máximo tribunal al exteriorizar su voluntad en diversas jurisprudencias, en consecuencia si se comete el delito cuando el funcionario público este vacacionando, descansando en el fin de semana o acudiendo a un espectáculo nocturno, es decir, cuando no esta en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, el tipo no se dará, igualmente cuando el funcionario público no lo sea, es decir no sea autoridad, no investido de poder público el delito no se configurara.

El delito de "delito cometido contra un funcionario público" en opinión de los maestros Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, resguarda y tiene como bien jurídicamente tutelado la libertad y seguridad de los funcionarios públicos al ejercer sus funciones o al pretender hacer éstas, es decir que goce de un ámbito de tranquilidad, seguridad y cierta inmunidad para desarrollar sus labores públicas; para que se integre el delito de "delito cometido contra un servidor público", éste último requiere por parte del sujeto activo, que además de tener el dolo genérico, tenga el dolo específico, que implica el conocimiento pleno que comete un delito contra un funcionario público en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas y que el actuar del mismo es apegado a Derecho.

Al darse los requerimientos típicos del delito de "delito cometido contra el funcionario público", provoca un aumento en la sanción que en su caso se le imponga al activo, lo cuál se traduce que además de imponer la pena propia del delito perpetrado contra la persona del funcionario público, debe de imponerse indefectible y forzosamente otra sanción, que está prevista en el tipo de "delito cometido contra un funcionario público" que es de uno a seis años de prisión, estamos pues en un supuesto en que la agravante constituye un tipo penal que se subordina a uno autónomo para formar ambos un tipo complementado calificado agravado.

Dentro de nuestra legislación penal se distinguen diversas agravantes cuándo un ente del estado, es decir un funcionario público *interviene* en la comisión de actos delictivos, la ley ha querido sancionarlos más severamente ya que existe el presupuesto de honradez, imparcialidad y de que todo funcionario público velara por los intereses de la sociedad, para su correcto y buen desarrollo y cuándo el funcionario público transgrede la ley lo hace con mayor precisión y frialdad, ya que no solo domina el campo sobre el cuál actúa desde el punto de vista del conocimiento técnico, sino del conocimiento pleno del expediente o actuaciones de un procedimiento determinado.

Igualmente tiene a su mando elementos que le dan la posibilidad de disimular ocultar o hacer más evidentes ciertos sucesos, que obviamente favorecerán sus intereses delictivos, no soslayando el impacto que tiene sobre todo gobernado el poder público que detente cualquier funcionario público y que en ocasiones es utilizado para conseguir de manera más fácil sus propósitos delictivos.

Un supuesto de ésta agravante la encontramos radicada en el artículo 198 párrafo cuarto del Código de la materia, que "adiciona" a la pena privativa de libertad, la pena de destitución del activo del cargo o comisión públicos e inhabilitación de cinco años para que desempeñe otro, cuando el activo pertenezca a una agrupación policiaca, o la baja definitiva, si el activo pertenece a las fuerzas armadas en reserva, en activo o en retiro, cuando los sujetos mencionados siembren , cultiven o cosechen plantas de marihuana,

amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares.

Además de éstas agravantes se encuentran otras más, haciendo hincapié en que la agravante en mención debe constituir esto precisamente, es decir un elemento accidental, *accesorio* de modo, tiempo y lugar objetivo y/o subjetivo, que se une a un tipo básico o autónomo para formar un nuevo tipo que en estos casos agrava el quantum de su pena, no vale decir que delitos que requieren una calidad determinada en el sujeto activo, como podrían ser los encontrados en el título décimo, libro segundo del código penal (delitos cometidos por servidores públicos), constituyan una agravante, ya que éstos constituyen tipos autónomos que sancionan conductas determinadas y que no requieren de elementos diversos para configurarse como tipos; la calificativa agravante reiteramos se dará siempre que un elemento o circunstancia objetiva y/o subjetiva de tiempo modo o lugar y accesoria, se una a un tipo distinto, provocando el aumento de su sanción.

#### **g) Delito perpetrado en inimputable.**

El estado de inimputabilidad, es considerado por la ley como desventaja del inimputable respecto de sujetos mayores de edad, en buen estado y uso de sus facultades mentales, según el código civil para el Distrito Federal, los actos de administración y los contratos realizados por un interdicto son nulos (art. 635) y los actos de los menores requieren casi siempre ser supervisados y autorizados por un mayor, (tutor, por quién detente la patria potestad o por la persona autorizada por la autoridad judicial para esos efectos, artículo 643 del código civil para el Distrito Federal).

En el caso de las personas afectadas de sus facultades mentales es obvio que si alguien comete un delito sobre éstos, constituye una franca superioridad respecto de ellos, ya que no valoran ni distinguen las situaciones en las que son protagonistas, debido a su retraso mental o a la fuga de la realidad que les acontece, orillándolos sujetos, incluso a cometer ellos mismos delitos contra otros o contra sus personas, en el caso de los menores,

la ley considera que su madurez, sobre todo psíquica y física, les impide valorar y decidir correctamente la opción en la vida que más les favorezca, por esa razón le son asignados por ley o por decisión judicial mayores de edad que cuiden sus intereses, haciéndolos más productivos y benéficos para ellos.

Uno de los casos más significativos es el que menciona el artículo 313 del Código Penal que sanciona a todo homicida o instigador de un inimputable con la pena encontrada en el artículo 320 del Código Penal, que va de 20 a 50 años de prisión, reiterándose que la pena para el que comete el homicidio consentido, induciendo o auxiliando a persona capaz al suicidio constituye una pena más benévola, incluso que la destinada al homicidio simple doloso.

Debemos de aclarar que el artículo 313 del Código Penal, utiliza el término "homicida", queriéndose referir al homicidio perpetrado por una persona capaz y mayor de edad, sobre un menor de edad y/o afectado de sus facultades mentales, a petición o súplica de éste mismo.

El artículo en comento también habla de *instigador* al suicidio de un inimputable, es decir de aquella persona que sin intervenir materialmente en el homicidio, aconseja y convence al pasivo inimputable a privarse de la vida, pero insistiendo sin que el instigador intervenga materialmente en la acción que le priva de la vida al pasivo inimputable.

Inexplicablemente el hecho de *auxiliar* a un inimputable a suicidarse, escapa de la agravante en referencia, ya que el multicitado artículo 313 del Código Penal, hace referencia al "homicida" y al "instigador" de un inimputable para suicidarse, omitiendo mencionar al auxiliador de un inimputable para privarse de la vida.

Otros supuestos de delitos cometidos contra inimputables, que constituyen una agravante son los encontrados en los artículos 203, 205 y 197, en el caso del artículo 203 la

inimputabilidad del pasivo no constituye el elemento que da pié a la agravante en comento, sino el hecho de que el inimputable sea corrompido por el *padrastra* y la *madrastra* de éste, duplicando la pena que estipulan los artículos 201 y 202 del código de la materia.

En el supuesto del artículo 205 del Código Penal, el elemento que provoca la agravación de la pena igualmente no es el estado de inimputabilidad del pasivo, sino el *empleo* del activo de *violencia o de una función pública* que tuviere, para promover, facilitar, conseguir o entregar al pasivo a la prostitución, que duplica la pena que en su caso se le aplique por la comisión del tipo básico.

En el caso del artículo 197 del Código punitivo, el delito contra la salud, consistente en la administración intramuscular, por inhalación, por ingestión, o por cualquier otro medio, de un narcótico referido por el artículo 193 del Código Penal, cuya administración no medie prescripción medica, provocara la imposición de una pena de tres a nueve años de prisión, *que cuando se cometa en un inimputable* hará que la indicada sanción se duplique, aquí el hecho de cometer el ilícito en la persona de un inimputable provoca la agravación en estudio.

#### **h) Homicidio cometido a propósito de una violación.**

Esta agravante la encontramos en el artículo 315 bis del Código Penal, que castiga a cualquier homicida con la pena del artículo 320 del Código Penal, (20 a 50 años de prisión) cuando éste se cometa a propósito de una violación, el artículo citado distingue que el homicidio debe cometerse de manera intencional, es decir dolosamente, cuando se ha cometido el delito de violación contra el sujeto pasivo.

Esta agravante indica una situación en que el activo después de haber cometido el delito de violación sobre su víctima, le priva de su vida, ésta es la única forma en que se pueden dar las dos figuras delictivas, puesto que si primero ocurre el delito de homicidio y luego se copula con el cuerpo del ahora occiso u occisa, no se configurara el

delito de violación, debido a que el bien jurídicamente tutelado en el tipo de violación es, la libertad sexual del individuo y al no tener el occiso capacidad de voluntad ni de dirigir ya sus acciones, no tiene por ende capacidad para decidir libremente con quién llevar a cabo su vida sexual, lo que representa una atipicidad del tipo de violación.

Diremos además que no se puede dar un homicidio en éstas circunstancias, si no es dolosamente, cuando es inminente la violación del pasivo, ya que el delito de violación no admite su comisión de forma culposa, será pues difícil pensar que un sujeto que después de haber violado a su víctima, le prive de su vida por una infracción a un deber de cuidado; el homicidio que se sancione como tal, vera modificada su estructura de manera brusca, al cometerse mediando la comisión de un delito de violación, circunstancia ésta, que provocara la elevación de su sanción.

#### **i) Homicidio perpetrado a propósito de un robo.**

Igualmente esta agravante se encuentra en el artículo 315 bis del Código Penal, que dispone una pena de 20 a 50 años de prisión para el sujeto que después de haber robado a su víctima le prive de la vida, independientemente del monto de lo robado o de cualquier otra circunstancia, si el activo se apodera de una cosa mueble sin derecho ni consentimiento de ella y por cualquier circunstancia le "priva de la vida", provocara que la sanción a imponer por el delito de homicidio cometido, se sancione con la pena que indica el artículo 320 del Código Penal.

Es cosa común que el pasivo de un delito de robo se resista al mismo y por esa razón sea privado de su vida, siendo el primero una circunstancia que facilite el robo mismo, ya que al no encontrar ya resistencia del pasivo podrá ejecutar libremente su cometido, de igual forma ésta agravante se considera como tal puesto que el delito de homicidio al darse a propósito o con la intromisión del robo del pasivo, representa por ese solo hecho la transformación de su estructura, agravando dramáticamente su pena, en los montos ya señalados.

**j) Homicidio perpetrado dolosamente en casa habitación.**

Los requerimientos de ésta agravante son, que se prive de la vida a persona dentro de una casa-habitación, habiéndose introducido en ella de manera *furtiva*, decir escondiéndose para no ser visto ni sorprendido por los que habiten la casa-habitación, con *engaño*, es decir empleando argumentos o excusas para crear en la persona que le recibe en la casa-habitación, una idea que haga que ésta acceda libremente a permitir la entrada del activo, que fuera de los argumentos y excusas empleadas por éste, persigue fines diferentes a los expresados al habitante de la casa-habitación, *con violencia*, que puede ser moral o física, moral cuando el activo amaga o amenaza a la persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla y física, cuando material y directamente se somete y/o coacciona al pasivo.

*Sin permiso de la persona autorizada para darlo*, que son en primer término el (los) dueño(s) de la casa-habitación y el (los) habitante(s) de la misma, que se entiende tiene(n) éste(os) último(s) cierta potestad sobre el inmueble, coinciden en éste punto los hijos o demás familiares que viven ahí o que se les permite vivir ahí o en determinado momento los servidores domésticos al servicio de los habitantes de la casa-habitación.

La casa-habitación, no solamente será desde luego las casas independientes, sino los fraccionamientos residenciales, departamentos o viviendas situadas en vecindades, casas-habitación que podrán ser fijas o móviles (casas rodantes), los anteriores inmuebles ya sean propios o arrendados.

El espíritu de la fracción segunda del artículo 315 bis, es cuidar de manera más enérgica a los integrantes de la célula de la sociedad, *la familia*, padre, madre, hijos y abuelos paternos o maternos, aunque es conocido que familiares no ligados por un parentesco consanguíneo directo como el tío, el primo, etc. incluso amistades, suelen en ocasiones vivir fuera de su núcleo familiar propio, para vivir en otro, en el cuál les es

permitido habitar, en consecuencia todos ellos son sujetos protegidos por la agravante en estudio, siéndolo igualmente las visitas que lleguen fatalmente a coincidir con la comisión del hecho delictivo.

Debemos de indicar que comisión del delito simple doloso o intencional que se pueda cometer en casa-habitación, significara para su autor la imposición de la sanción de 20 a 50 años de prisión, lo anterior por el solo hecho de haberse perpetrado dentro de casa-habitación, transformando la estructura del delito de homicidio en un homicidio calificado agravado por haber sido ejecutado en casa-habitación.

**k) Homicidio perpetrado a propósito de privación ilegal de la libertad.**

La agravante a estudio encuentra su sustento jurídico en el último párrafo del artículo 366 del Código Penal que prevé para el que prive de la vida a persona privada de su libertad, con las modalidades que establecen los artículos 364 a 366 ter, la sanción de hasta cincuenta años de prisión.

Esta agravante se *dirige* al delito de privación ilegal de la libertad, en las distintas modalidades que determinan los numerales señalados, siendo suficiente para que opere la agravante a estudio, la simple y llana privación de la vida del pasivo por su o sus "secuestrador o secuestradores", sujetos que hayan previamente privado ilegítimamente de la libertad al ahora occiso.

Lo anterior debido a que el párrafo en mención no demanda otro u otros requisitos, solamente señala *"en caso que el secuestrado sea privado de la vida, por su o sus secuestradores, la pena será hasta de cincuenta años de prisión"*, por lo anterior hay que señalar que si la privación de la vida se ocasiona por persona o personas diversas a el o los secuestrador o secuestradores, la agravante en mención no operara por la falta de éste requisito que exige el tipo.

## 1) La violencia.

La violencia en las personas es dividida en dos clases, la *física* y la *moral*, dichos conceptos legales se encuentran radicados en el artículo 373 del Código Penal, la *primera* "consiste en la fuerza o vías de hecho que ilegítimamente se ejerce sobre ellas, ya se trate de los pasivos del delito o de terceros"<sup>19</sup>, es decir el empleo material y directo de la fuerza corporal sobre un sujeto, por ejemplo el jalar, el golpear para aturdir, en cambio la *segunda* consiste en amagar o amenazar a una persona con un mal inminente, suficiente para provocar en ella temor, por ejemplo apuntar a una persona con una pistola o colocarle un puñal en la garganta, diciéndole que si no coopera será sacrificado en el acto.

Se concibe a la violencia como un medio auxiliar y adecuado para cometer de manera mas certera el delito, viene a ser la agravante en estudio un elemento objetivo, que por el solo hecho de agregarse a un tipo provoca el aumento de su sanción, esta calificativa debe utilizarse a propósito de la comisión del ilícito de que se trate y no posteriormente al evento o sin estar relacionado con el injusto que se ve afectado por la agravante.

Lo anterior ocurre en el caso del artículo 372 del Código Penal, al decir que si el robo se ejecutare con violencia la pena que corresponda al robo simple (artículo 370 del Código Penal), se aumentarán de seis meses a cinco años de prisión, el artículo primero mencionado no alude a que tipo de violencia se refiere, por lo cuál se considerara calificado el robo, si se comete con el empleo de la violencia física y/o moral.

La agravante en comento se plasma también en el artículo 260 y 261 del Código Penal, es decir en el caso del abuso sexual, que cometido con violencia, provoca que sus mínimos y sus máximos, se dupliquen, operando de ésta forma la agravante en mención.

---

<sup>19</sup> Carrancá y Trujillo Raúl y otro Raúl, Ob. cit. pág 373.

Es decir la calificativa agravante se adhiere al tipo básico (abuso sexual), para provocar el cambio de su estructura y el aumento de su sanción, no siendo lo mismo el tipo de abuso sexual simple y el tipo complementado de abuso sexual calificado agravado por el empleo de violencia.

## 5) CALIFICATIVA COMO UN ELEMENTO MODIFICADOR DEL TIPO BASICO.

Escriche<sup>20</sup> define a las calificativas como "Los accidentes y particularidades de tiempo, lugar, modo, condición, estado y demás que acompañan algún hecho o dicho" , Bettiol distingue entre elemento y circunstancia, diciendo que elemento es la parte o medio que determina la existencia del delito dándole eficacia cualitativa, que en caso de faltar estos inexistiría el injusto, no así la circunstancia que son elementos accidentales que se pueden dar o no.

A lo largo de éste primer capítulo hemos analizado las calificativas, así como sus clases, es decir las calificativas atenuantes y las agravantes de la sanción y modificadoras del tipo básico al cuál se adhieren, consideramos a las calificativas como *elementos*, es decir como partes conformantes del tipo mismo, debido a que la relación entre el llamado tipo básico y la calificativa es muy estrecha, fusionándose ambos, conformando un tipo nuevo, autónomo y con características propias, que si bien es parecido al básico no es igual, reiterando la idea de que al ser la calificativa accesoria, no implica el hecho de que no sea una parte conformante del tipo, es decir un elemento.

El hecho de que en ocasiones los tipos se vean afectados por las calificativas, solo indica la diferente estructura que guardan estos, producida por la forma en que se perpetra el ilícito, forma que tiene gran variabilidad en el mundo factico, hacemos hincapié que cuando un tipo básico ve afectado su estructura por una calificativa, se produce la formación de un tipo nuevo y aseveramos lo anterior porque la misma regla genérica de comprobación del tipo penal (artículo 122 del código de procedimientos penales para el

Distrito Federal), es categórica al considerar *elementos*, a todos los requisitos que el citado precepto enumera, y que en su parte conducente dice lo siguiente:

*"artículo 122.- El ministerio público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, dichos elementos son los siguientes:*

*I.-...*

*II.-...*

*III.-...*

*Así mismo acreditarán, ..... d) los medios utilizados, e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión y h) las demás circunstancias que la ley prevea."*

Como se aprecia las expresiones que utiliza la ley procesal penal, se refiere a las calificativas propiamente dichas, que aunque no se dan o existen en todos los tipos penales, si son demandadas por ciertos tipos.

De los tipos debemos de destacar las características de las calificativas, son en primer término elementos, de modo, tiempo y lugar, objetivas y/o subjetivas, accesorias, dependientes del tipo básico al cuál se adhieren, o en opinión del maestro Osorio y Nieto se entiende como "toda circunstancia que modifique un tipo básico para convertirlo en otro, agravado o atenuado"<sup>21</sup>.

Se entiende por *elemento*, como el fundamento móvil o parte integrante de una cosa, es el medio, la noción o el principio de algo.

De *modo*, es decir que acontece de cierta forma, que se refiere a la "morfología" en que se dan los hechos.

<sup>20</sup> Esciche Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Tomo Y, Editorial Porrúa, México 1970, pág 450.

<sup>21</sup> Osorio y Nieto Augusto, Ob. cit., pág. 20.

De *tiempo*, es decir que se refiere al espacio temporal en que se dan los acontecimientos.

De *lugar*, es decir que indica sitio determinado que sirve de marco geográfico de los sucesos delictivos.

*Objetivas*, esto es que se refiere a factores de hecho, al objeto jurídico que se protege, a circunstancias que se dan de manera factica, que pueden estar determinadas por la forma en que se dan los acontecimientos delictivos, recordemos que la característica objetiva de las calificativas depende por ejemplo, de la fuerza del activo, de sus acompañantes, de una contienda de obra que se da en la vía pública o en casa habitación, en resumen son factores previamente determinados por las características del (los) sujeto(s) activo(s) y pasivo(s), del lugar donde se desenvuelven los acontecimientos, por los instrumentos que se usan para perpetrar un delito, etc.

Esta característica no se concibe por autor del delito en forma profunda y razonada, son circunstancias "que se dan", puede ser que los sujetos que intervienen en los hechos piensen sobre el empleo, el lugar o modo en que se pueda dar un acontecimiento delictivo, pero es solo eso, un pensamiento fuera de todo razonamiento concienzudo y formal, se piensa por que se "debe de pensar", por que es una actividad normal, puesto que el hombre al ser un animal racional, que simplemente como animal tiene la facultad de emplear su cerebro y como animal racional, ese pensamiento es todavía más obligado que suceda, sencillamente tiene que pensar en la forma en que caminará, observará, brincará, manejará, hablará etc., éste pensamiento llega a automatizarse de tal manera que se realiza de forma instintiva.

*Subjetivas*, esto es que deben su existencia al razonamiento humano, es decir y haciendo distinción respecto del término "pensamiento", no son simples y aisladas ideas que devienen de forma automática y mecánica, son discernimientos elaborados,

razonamientos y/o juicios deliberativos que persiguen como fin cometer el delito de la forma que más les favorezca, en resumen, ésta característica atiende a su origen que es la mente humana, que provienen del sujeto, de ahí su nombre.

*Accesorias*, que son no principales, que intervienen de forma secundaria, pero no por esto negamos su trascendencia e importancia.

*Que dependen del tipo denominado básico al cuál se adhieren*, lo anterior se refiere a la unión de la calificativa con el tipo denominado básico, una vez hecha ésta se forma un tipo especial o complementado, que en esencia su estructura se parecen, no son idénticos o iguales, por el contrario representa un tipo con características muy diferentes, decimos que la calificativa es dependiente del tipo básico, debido a que la primera por si sola no tiene trascendencia en el mundo jurídico penal, así podemos distinguir a la premeditación, a el duelo, a la riña, la ventaja etc., que por si solas no constituyen delito, adquieren importancia y relevancia en el mundo jurídico-penal cuando se adicionan a un tipo básico como el homicidio o las lesiones, entonces forman un delito de homicidio calificado agravado por ventaja o un delito de lesiones calificado atenuado por riña, es decir un tipo complementado.

Incluso pensando en una calificativa como el pandillismo, que por los argumentos esgrimidos en su parte conducente de éste trabajo se considera como un tipo, requiere forzosamente la intervención de otro tipo para que la figura en comento se integre, de ésta forma el tipo que sirve para integrar el tipo de pandillismo es agravado por éste último, pudiendo crear lesiones calificadas agravadas por su comisión por medio de pandilla, distinguiendo a la calificativa no solo como un figura "no" típica, sino también en algunas ocasiones como una figura típica, como la que se comenta aquí.

Es necesario subrayar y acentuar el carácter "eminente modificador" de la calificativa, a pesar de que se pudiese pensar que no varía su estructura no ocurre tal situación, pensemos en el tipo de abuso sexual, que por si solo tiene vida en el mundo

jurídico-penal, cuando se le adhiere una calificativa agravante como la violencia provoca su aumento en cuanto a su sanción, no es lo mismo el tipo de abuso sexual, que el tipo complementado calificado agravado por el empleo de violencia, las estrategias de defensa y acusación se tornan de manera diferente en uno y otro caso.

Aprovechando el estudio de éste punto diremos que la calificativa, ya sea agravante o atenuante, no siempre estará titulada o especificada concretamente como tal, diremos que existe una calificativa cuándo es un elemento que se adhiere a un tipo denominado básico creando la agravación o atenuación de su sanción, modificando la estructura del mismo.

## **6) FUNDAMENTOS JURIDICOS DE SU PUNIBILIDAD.**

En cuanto a las calificativas atenuantes diremos que el legislador quiso establecer penas más benignas para los autores de este tipo de ilícitos, debido a que lesionan en menor grado los bienes jurídicamente tutelados por ellos, los tipos calificados atenuados en general, prevén situaciones en la que los sujetos que intervienen en el evento, gozan de circunstancias que les reportan cierta igualdad y paridad en sus acciones, como ejemplos de lo anterior podemos citar a la riña y al duelo, en el que ambos contrincantes se provocan daños en sus personas, bajo la idea de que éstos últimos aceptan la contienda, porque consideran que tienen expectativas reales de triunfo.

Los tipos calificados atenuados castigan con menor rigor las conductas que regulan, debido al menor grado de malignidad o perversidad que obra en los sujetos que los cometen, incluso dan la idea de un ser piadoso y hasta cierto punto respetuoso del dolor humano, como ejemplo podemos citar al homicidio consentido, denotan un ser no siniestro, vicioso, menos indisciplinado y violento, en algunos tipos un ser falto de deseo de cometer el ilícito en sí y que en algunos casos no interviene directamente en la perpetración de los delitos, lo que provoca un menor reproche hacia su conducta.

En lo concerniente a las calificativas agravantes ocurre todo lo contrario, el autor de un delito calificado agravado se aprovecha o provoca situaciones que lo colocan en un sitio privilegiado, en donde lesiona certeramente los bienes jurídicamente tutelados, excediéndose en algunos casos en el grado violencia y depravación que imprime a la comisión de dichos ilícitos, en muchos casos el delito calificado agravado implica para su autor un grado de inmunidad alto o absoluto, ante los posibles ataques del sujeto pasivo; estos delitos establecen la sorpresa, la ventaja en el mayor número de atacantes, de la existencia de armas, de situaciones privilegiadas por un puesto público o por la poca o nula defensa que puede establecer el sujeto pasivo cuando es atacado.

Dejan ver un sujeto altamente malignizado, depravado y peligroso, un ser que en muchos casos significa un peligro grave e inminente, no solo para sus víctimas sino para todo aquella persona que desafortunadamente coincide en el tiempo y lugar de los hechos, a los delitos calificados agravados se añaden circunstancias sanguinarias, inhumanas y totalmente innecesarias, que solo inspiran el mayor rechazo y repudio de quién llega a conocerlos o presenciarlos, los ilícitos en mención se consideran eminentemente dolosos, debido a las maquinaciones, razonamientos que experimenta el sujeto activo antes de la comisión del delito, resultando conductas que no solamente lesionan los bienes jurídicamente tutelados, sino que producen problemas de inestabilidad social, que cuando es a gran escala provocan serios estragos a todo buen gobierno.

## **CAPITULO SEGUNDO.**

### **EL AUTO DE FORMAL PRISION.**

#### **1) CONCEPTO.**

El artículo 19 constitucional hasta hace poco señalaba que\* ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el

En lo concerniente a las calificativas agravantes ocurre todo lo contrario, el autor de un delito calificado agravado se aprovecha o provoca situaciones que lo colocan en un sitio privilegiado, en donde lesiona certeramente los bienes jurídicamente tutelados, excediéndose en algunos casos en el grado violencia y depravación que imprime a la comisión de dichos ilícitos, en muchos casos el delito calificado agravado implica para su autor un grado de inmunidad alto o absoluto, ante los posibles ataques del sujeto pasivo; estos delitos establecen la sorpresa, la ventaja en el mayor número de atacantes, de la existencia de armas, de situaciones privilegiadas por un puesto público o por la poca o nula defensa que puede establecer el sujeto pasivo cuando es atacado.

Dejan ver un sujeto altamente malignizado, depravado y peligroso, un ser que en muchos casos significa un peligro grave e inminente, no solo para sus víctimas sino para todo aquella persona que desafortunadamente coincide en el tiempo y lugar de los hechos, a los delitos calificados agravados se añaden circunstancias sanguinarias, inhumanas y totalmente innecesarias, que solo inspiran el mayor rechazo y repudio de quién llega a conocerlos o presenciarlos, los ilícitos en mención se consideran eminentemente dolosos, debido a las maquinaciones, razonamientos que experimenta el sujeto activo antes de la comisión del delito, resultando conductas que no solamente lesionan los bienes jurídicamente tutelados, sino que producen problemas de inestabilidad social, que cuando es a gran escala provocan serios estragos a todo buen gobierno.

## **CAPITULO SEGUNDO.**

### **EL AUTO DE FORMAL PRISION.**

#### **1) CONCEPTO.**

El artículo 19 constitucional hasta hace poco señalaba que "ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el

indiciado sea puesto a 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 impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste”.

En efecto, se observa que el juez de la instancia debe decidir en primer orden sobre la situación jurídica del inculcado y para ello es necesario que se acrediten los descriptivos típicos del injusto penal de que se trate, en el referido auto de formal procesamiento, mismo que encuentra su definición en el propio precepto constitucional transcrito, que consiste en la resolución judicial que determina la situación jurídica del procesado al vencerse el término de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del tipo penal que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad, para así determinar el delito por lo que ha de comenzarse el proceso.

## **2.- CARACTERISTICAS**

Como que precisado, el auto de formal prisión es la resolución exclusivamente dictada por la autoridad judicial en el término fatal de setenta y dos horas, contados desde el momento de que dicha autoridad tuvo a su disposición al inculcado, con la finalidad de determinar la situación jurídica de éste último, por su probable responsabilidad en la comisión de un injusto penal que tenga como sanción, la restrictiva de la libertad, ya sea en forma acumulativa o única.

Analizando los elementos de la resolución en estudio, en primer lugar tenemos que “auto” es aquella resolución que por exclusión no es un decreto ni una sentencia, que sirve para preparar la decisión, por lo que dicha figura procesal tiene una característica sui-generis, ya que implica determinaciones de trámite y que resuelven situaciones de cierto trasfondo dentro del proceso, sin llegar a resolver el fondo del asunto.

Respecto de la *exclusividad* que tiene la autoridad judicial de dictar un auto de formal prisión, decimos que es evidente tal preferencia, por así establecerlo el mismo artículo 19 constitucional al decir "*Ninguna detención ante autoridad judicial ...*", advertimos claramente la facultad exclusiva de la autoridad judicial para dictar dicha resolución, puesto que no establece la mínima posibilidad de que otra autoridad lleve a cabo el dictado de la resolución en estudio.

Igualmente el término constitucional aludido de 72 horas es fatal e impostergable por mandato de nuestra carta magna en el numeral en referencia, al prohibir que *ninguna detención ante autoridad judicial, ya sea local o federal, excederá el término aludido*, lo cual representa un real y serio compelimiento para todo juez a dictar el auto de bien proceso en el tiempo que constitucionalmente le es concedido.

Importante precisar que *El término aludido podrá ser duplicado a solicitud del inculpado o de su defensor*, según dispone el numeral a estudio así como su artículo reglamentario (297 fracción VII párrafo II del código procesal de la materia), siempre y cuando se solicite con la finalidad de aportar y desahogar pruebas a la causa en el periodo de preinstrucción y pretender establecer la inocencia del encausado, tal solicitud se hará dentro de la diligencia de declaración preparatoria, duplicación que es rocgida por nuestra constitución en el multicitado precepto.

Diremos que dicha duplicación al ser una potestad para el mismo inculpado o de su defensor, robustece su garantía de defensa, que es la garantía celosamente cuidada por el citado artículo 19 constitucional, lo anterior obedece al tiempo tan breve que significa el término de 72 horas, lapso de tiempo que impide la preparación o el desahogo debido de pruebas de descargo, ya sea por la no localización de un testigo clave en la defensa, por la no obtención de un documento importante para desvirtuar la acusación etc, situaciones que afectan gravemente el derecho de defensa del encausado, aunando a la gran carga de trabajo que normalmente existe en los recintos judiciales.

El momento que servirá de parámetro para que el término constitucional se compute, será desde que el inculpado esté *puesto a disposición del juez*, que es el momento en que el inculpado este material y jurídicamente bajo el ámbito legal del juez instructor, de no haber constancia de lo anterior el juzgador estará exento de cualquier responsabilidad, y no así el director del reclusorio respectivo, quién tiene en todo momento la obligación constitucional y legal de poner sin tardanza a todo interno en contacto con el juez, cuando éste o las disposiciones jurídicas lo determinen.

Después de *analizar y valorar las actuaciones*, es decir posterior al estudio concienzudo, de todas y cada una de las pruebas y circunstancias que obren dentro del sumario, deberá resolverse si se encuentran demostrados todos y cada uno de los elementos del tipo penal de que se trate, por mandato constitucional; así también debe aparecer acreditada su probable responsabilidad penal en los hechos, la cual será de manera *presuntiva y no definitiva*, lo último tiene que ser así ya que la certeza absoluta de la responsabilidad penal del inculpado se dará en sentencia definitiva.

El hecho de *determinar la situación jurídica* del ahora procesado es un punto medular del auto de formal prisión, ya que primeramente lo sujeta a proceso, justifica su prisión más allá del multicitado término de 72 horas o de su duplicación, es decir, hace legítima su prisión preventiva, y es preventiva, por que no está compurgando una pena, solo es una medida para evitar que el procesado se sustraiga a la acción de la justicia y evitar que el proceso respectivo se suspenda por la ausencia del inculpado.

Así también, el auto de bien preso tiene la importancia de fijar la litis del proceso, esto es, establece cuales serán el o los delitos por los que se seguirá el proceso, determina el plazo y la iniciación del mismo para que el procesado sea juzgado, además de suspender las prerrogativas que tiene como ciudadano.

Es menester señalar que para dictarse un auto de formal prisión, la *sanción privativa de la libertad* deberá aparecer en el tipo penal en concreto, como una sanción

única, es decir que en el tipo penal solamente se establezca la privativa de la libertad o bien, de forma acumulativa, es decir que establezca la privativa de la libertad, agregando alguna otra sanción, como la de multa o destitución o inhabilitación, etc..., cuándo la sanción que establezca el tipo sea alternativa, se dictará auto de sujeción a proceso.

Puede suceder que el ministerio público investigador ejercite la acción penal determinando la existencia de ciertos tipos penales y solicite la aplicación de las sanciones correspondientes, mas si del estudio que haga el juez de las indagatorias, concluye que el delito o delitos consignados *no corresponden a los que realmente se cometieron*, el juez podrá en consecuencia calificar la clase de los mismos, precisamente en el auto de formal prisión, razonamiento que servirá de cimiento para el desarrollo del proceso, en éste mismo sentido se inclina el maestro Jesús Zamora Pierce al decir que "el auto de formal prisión debe precisar los hechos que se imputan al procesado y la clasificación jurídica que el juzgador atribuye a esos hechos, es decir, *su nomen juris*."<sup>22</sup>

Lo anterior se conoce como la garantía de la *litis cerrada*, que tiene dos aspectos, *el primero* que obliga a todo juez a dictar el auto de formal prisión en base a los hechos sometidos a su estudio por la consignación que haga el ministerio público investigador, no importando incluso, que pueda variar la clasificación que haga la representación social en su referido pliego acusatorio, la clasificación que haga el juez deberá ir compuesta desde luego por el tipo genérico, además de las modalidades y/o circunstancias agravantes o atenuantes, que en su caso puedan concurrir, reiteramos el proceso deberá seguirse por el o los delitos perfectamente individualizados en el auto de formal prisión.

La clasificación que en su caso haga el ministerio público investigador en su pliego de consignación, es considerada como una clasificación *provisional*, debemos de reiterar que el juez atenderá a la naturaleza de los hechos acontecidos e investigados, para

<sup>22</sup> Zamora Pierce Jesús, Garantías y proceso penal, editorial porrúa, México 1993, pág. 147.

ubicarlos dentro de un tipo penal, lo anterior resulta al debido respeto que todo juez debe de tener de las garantías de audiencia y defensa del inculpado, plasmadas los artículos 14, 19 y 20 constitucional fracción III, concediéndole en ésta fracción *defenderse en audiencia pública de los cargos que se le imputan*, o sea en su declaración preparatoria, por lo anterior es posible que sobrevengan nuevos datos, que generalmente son de descargo, que pudiesen aclarar algunos supuestos, entonces sí en esas circunstancias de inminente igualdad de las partes para demostrar la veracidad y contundencia de sus pretensiones, puede el juez dictar el auto de bien preso o el que en derecho proceda, es decir *"a las partes corresponde alegar y probar los hechos y al juez aplicar el Derecho."*<sup>23</sup>

El auto de término constitucional reviste una importancia tan significativa que sirve de base para que el juez dicte sentencia, conforme a la perspectiva dibujada en dicho auto y no importando lo establecido en el párrafo segundo, fracción XVI del artículo 160 de la ley de amparo vigente, que establece la posibilidad de sentenciar a un procesado por delito que difiera de grado al expresado en el auto de formal prisión o permite igualmente al juez dictar sentencia por delito diverso al señalado en el auto de término constitucional, con tal de que la sentencia aludida se refiera a los mismos hechos materiales, objeto de la investigación ministerial, siempre que la representación social haya rendido conclusiones acusatorias cambiando la clasificación hecha en el auto de formal prisión y cuando el quejoso haya sido oído en defensa.

Debemos expresar que la anterior disposición contraría al texto constitucional, pues permite a la representación social cambiar la clasificación del delito estipulado en el auto de formal prisión, lo anterior no obstante que el segundo párrafo del artículo 19 constitucional señala que *"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o los delitos expresados en el auto de formal prisión..."*, y al cambiar el ministerio público la clasificación del delito, esta impidiendo que el proceso se siga por el o los delitos señalados en el auto de formal prisión, reiteramos contradiciendo el texto constitucional.

---

<sup>23</sup> Idem, pág. 153.

La ley de amparo al ser de inferior rango que la Constitución, no puede matizar ni contravenir sus mandatos, ciertamente aunque el delito que difiere de grado con su similar, no son el mismo delito, tienen elementos idénticos, pero algunos que provocan su distinción, aún así ambos delitos no son iguales y representan diferentes formas de acreditarse, tanto su existencia como su no configuración.

Si al permitirse la reclasificación del delito en grado o por otro diverso, en las conclusiones acusatorias por el ministerio público, provocaría imputar al acusado un delito diverso al señalado en el auto de formal prisión, es decir el delito por el cuál ha sostenido un esquema de defensa y al cambiarse su estructura por una que si bien es parecida, en realidad no es igual, constituye una violación a las garantías de derecho de defensa y litis cerrada que tiene el acusado, en virtud de presentársele una acusación que aunque parecida, no es igual a la expresada primeramente en el auto de término constitucional y por ende lo deja en estado de indefensión, ya que no podrá defenderse del nuevo cargo que se le adjudica o si lo hace, tal como lo define la ley de amparo en la parte última del mismo, lo hará apresurada y defectuosamente.

Ahora bien, otro aspecto de la garantía de la litis cerrada es, impedir que si en el curso del proceso, se descubre la existencia de un delito diverso al señalado en el auto de término, deberá hacerse acusación por separado, para que el delito descubierto pueda ser investigado y sancionado, se ha discutido mucho por la doctrina el hecho de que si a un inculpado se le dicta un auto de formal prisión por el delito de lesiones y en el curso del proceso deviene la muerte del ofendido, tiene que realizarse en apego y respeto a la garantía de litis cerrada, una acusación por separado para que se investigue y sancione el homicidio del ahora occiso.

## 2) Naturaleza jurídica.

Uno de los aspectos principales del auto de formal prisión, es la de ser una resolución estrictamente judicial que legitima la prisión del inculpado, mas allá del término de 72 horas o de su duplicación, es decir da validez jurídica al hecho de que el inculpado permanezca en prisión por un tiempo superior al antes indicado, exime al juzgador que dicta tal resolución de responsabilidad penal, según dispone el mismo artículo 19 constitucional.

El auto de formal prisión es una resolución judicial que establece la litis del proceso, es decir constituye la base o cabeza del proceso mismo, la cuál servirá de guía para que las partes procesales desarrollen sus pretensiones, ya sea de defensa o de acusación, de ahí la redacción del precepto invocado que en su párrafo segundo establece que *"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión..."*, de ésta manera se determina que la multicitada resolución judicial es una base infranqueable para todo juez, que no podrá prescindir de dictarla, representa el sustento más claro de la morfología y clase del proceso, lo anterior ya que el juez califica la especie o clase de delito que se desprenda de las investigaciones de averiguación previa.

#### **4) Requisitos.**

Estos son formalidades exigidas por la ley, la lógica y la práctica, que se requieren a todo juzgador para obtener una certidumbre jurídica, son necesarios para optimizar el manejo de los procesos, también para evitar confusiones y errores. Dentro de éste apartado dividimos a los requisitos en dos clases, requisitos de fondo y de forma, procediendo a abordar en primer término los señalados inicialmente.

##### **a) De fondo**

Aspectos torales que debe de reunir todo auto de formal prisión para satisfacer su aspecto técnico-jurídico, entre los cuales apreciamos los siguientes:

*Acreditamiento de los elementos del tipo penal de que se trate:* Se refiere a la comprobación de las partes que integran el tipo penal a estudio y en consecuencia como cada tipo penal establece diferentes requisitos para su conformación o existencia, es que debe de atenderse al caso en particular, en estricto apego a todos y cada uno de los requisitos que establece el artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, lo anterior es así ya que el artículo 19 constitucional establece la base general en la cuál todo juez deberá dictar el auto de formal prisión, y deja para la ley secundaria la estipulación de todos los pormenores, ya que la constitución al ser la norma de mayor jerarquía solo debe y establece los principios o margen sobre dentro de los cuales toda legislación deberá ajustarse.

Es en ese orden de ideas, cabe mencionar los requisitos que establece el artículo 122 del citado código adjetivo citado, siendo éstos los siguientes:

- a) La existencia de la acción u omisión, lesión o el peligro a que se expuso el bien jurídicamente tutelado,*
- b) La forma de intervención de los sujetos activos,*
- c) La realización dolosa o culposa de la acción u omisión,*

*Acreditándose así mismo si el tipo lo requiere, las calidades de los sujetos activos y pasivos, el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos normativos, elementos subjetivos específicos y demás circunstancias que la ley prevea, dentro de los cuales caben precisamente los elementos agravantes o atenuantes de la pena.*

Lo anterior es conocido como la regla genérica de comprobación del tipo penal, que en éste apartado solo se menciona, entrando en su análisis en el capítulo cuarto de este trabajo, añadiendo que conforme a los referidos artículos 19 constitucional y 122 del código adjetivo distrital, deben de valorarse, estudiarse y expresarse todos y cada uno de los elementos del tipo penal, sin dejar el estudio de elemento alguno para un momento procesal

posterior, es decir para que un auto de formal prisión sea constitucional, debe contener el estudio y exposición exhaustivo de la totalidad de los elementos que prevea el tipo en cuestión.

Otro requisito fundamental los es la comprobación de la probable responsabilidad del inculpado: La Ley penal no define a la responsabilidad penal, pues se limita a señalar cuando una persona es responsable en cualquiera de las formas enunciadas en el artículo 13 del código Sustantivo. Sin embargo Colín Sánchez establece que *" existe probable responsabilidad cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable"*<sup>24</sup>.

Si bien es cierto que dentro del referido artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, exige la forma de intervención de los sujetos activos, ello es como un elemento más del tipo penal en cuestión, es un estudio que hace ciertamente palpable la paridad entre el sujeto activo y la persona que aparece como autor de los hechos delictivos, pero de acuerdo a la reforma del dispositivo mencionado, el estudio del acreditamiento de la probable responsabilidad del inculpado debe realizarse al abordar sobre la culpabilidad del inculpado, haciendo hincapié que el acreditamiento de esa circunstancia se hará de forma presuntiva, y no definitiva.

Todo lo anterior se simplifica a determinar si existen o no suficientes elementos para hacer presumible de forma provisional y probable la intervención de un sujeto señalado como indiciado en una causa penal.

*Acreditamiento de la no existencia de alguna causa de exclusión del delito*, el juez instructor deberá estudiar y expresar en el multicitado auto de término constitucional, si existe o no en favor del inculpado alguna causa de exclusión del delito, la causa de exclusión del delito no excluye el delito, por que el delito se ha perpetrado, lo que excluye es

la sanción que en su caso pueda imponérsele a su autor y al no podersele imponer sanción alguna, el proceso no tiene razón de ser, reiteramos, si del estudio de constancias no se desprende la existencia de alguna causa de exclusión del delito, que pueda beneficiar al encausado, no habrá en consecuencia y por lo que respecta a éste requisito, impedimento alguno para que se dicte el auto de bien preso al probable autor del delito.

*Debida fundamentación*, éste requisito se deriva de la garantía de legalidad expresada en el artículo 16 constitucional, teniendo que ser debida la fundamentación no solamente expresar los fundamentos constitucionales y legales que prevean exactamente el caso que se quiera afectar por medio de ese acto, la libertad deambulatoria de la persona, sino que es necesario que el juez al dictar el auto de formal prisión, lo haga refiriendo concreta y específicamente a los artículos de determinada legislación aplicables al caso, que contengan la facultad que le es conferida al juez, para decretar la formal prisión de todo inculpado.

El maestro Ignacio Burgoa<sup>25</sup> expone diversas obligaciones que se derivan del hecho de fundar debidamente, las cuales son:

- 1.- En que el órgano del estado del que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo;*
- 2.- En que el propio acto se prevea en dicha norma;*
- 3.- En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan;*
- 4.- En que el citado acto contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen."*

---

<sup>24</sup> Colín Sánchez Ernesto, Derecho mexicano de procedimientos penales, décimo quinta edición, editorial porrúa, México, 1995, pág. 379.

<sup>25</sup> Burgoa Orihuela Igancio, Ob. cit., pág. 602.

Es correcta la apreciación que hace el gran jurista al decir que el órgano de estado debe estar investido de facultades expresas para emitir el acto de autoridad respectivo, ya que las autoridades solo pueden hacer lo que les esta específicamente determinado y no deben de presumir facultades que en un momento dado se puedan desprender de la interpretación jurídica de los preceptos legales.

Son acertadas también las apreciaciones esbozadas en los números subsecuentes, justamente el acto que afecte la persona, en su libertad deambulatoria debe de derivar de la norma concretamente señalada, norma que deberá contemplar específicamente el hecho que regule, el actuar de la autoridad debe desenvolverse celosamente dentro del marco legal que determina el aludido precepto legal, que en caso de extralimitarse constituirá un actuar fuera de la ley, es decir ilegítimo.

Finalmente los preceptos perfectamente aplicables al caso concreto deberán patentizarse por escrito, haciendo alusión a el cuerpo legislativo al cuál pertenecen, será violatorio de garantías el hecho de expresar solamente en forma genérica el código o ley que contiene dichos preceptos, dejando en estado de indefensión al inculpado, pues al no saber con exactitud que preceptos norman su conducta, no podrá enderezar un defensa adecuada contra tales actos de autoridad.

*Debida motivación*, lo anterior se entiende en que el supuesto legal hipotético invocado coincida con el hecho material, para que una vez habiendo esta congruencia, se pueda proceder a ejercitar la facultad que en su caso determine la norma jurídica respectiva, la autoridad deberá aducir los motivos que sugieran la aplicación de la norma, manifestando los hechos, circunstancias y modalidades objetivas de dicho caso.

El juez deberá expresar las circunstancias, hechos y modalidades, es decir la forma de los acontecimientos, su naturaleza, incluyendo sus pormenores, todo esto de forma detallada, no soslayando la importancia de expresar algún detalle, en consecuencia debe de expresarse exhaustivamente todos y cada uno de los acontecimientos, precisando

igualmente la mecánica de éstos, todo lo anterior con la finalidad de que el inculpado en base a la debida motivación que haga la autoridad, provean al gobernado bases exactas para su defensa.

**De forma.**

Estos se refieren a características que dan validez a todo auto de formal prisión en su aspecto de trámite, que se refiere a características que dan licitud al proceso judicial que entrañan, estos requisitos cuando son vulnerados por la autoridad, dan lugar a que en sentencia del juicio de garantías, se otorgue el amparo al quejoso para efectos de restituir al mismo en el goce de sus derechos elementales, así se ha expresado en la jurisprudencia<sup>26</sup> que a continuación se detalla:

**AUTO DE FORMAL PRISION, EFECTOS DEL AMPARO QUE SE CONCEDE CONTRA EL.** Para dictar un auto de formal prisión, son indispensables requisitos de fondo y de forma que la Constitución señala; y si faltan los primeros, esto basta para la concesión absoluta del amparo, pero si los omitidos son de forma, la protección debe otorgarse para el efecto de que se subsanen las deficiencias relativas.

Como se observa, este tipo de requisitos al ser violados, provocan que el juez amparista invalide lo actuado a partir de la violación cometida, obligando a la responsable a que respete las garantías individuales del quejoso. Se aprecia en contraste que la violación de un requisito de fondo tiene consecuencias más graves que un requisito que se refiere al trámite, es decir a la forma.

---

<sup>26</sup> Jurisprudencia 37 (quinta época), pág. 96, sección primera, volumen 1ra. Sala.-apéndice de jurisprudencia de 1917 1965. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII), se publicó con el mismo título, No. 159, pág. 339.

Entre los requisitos que nos ocupan en este apartado encontramos los siguientes:

*El auto de formal prisión deberá dictarse dentro del plazo de 72 horas, contadas desde que el inculcado haya sido puesto a disposición del juez, por la autoridad ejecutiva, éste supuesto ya ha sido abordado, pudiendo agregarse que no es forzoso que un juez dicte el referido auto de bien preso al vencimiento del término fatal de 72 horas, podrá si le es posible dictarlo antes del vencimiento del término constitucional aludido, pero reiteramos el mencionado término deberá respetarse siempre.*

*Que se haya tomado la declaración preparatoria al indiciado, lo anterior igualmente se ha abordado en líneas anteriores, agregando que en el caso que el inculcado se niegue a hacerlo, supuesto que es valido por éste último conforme a la fracción II del artículo 20 constitucional, en consecuencia se hará constar tal negativa en actuaciones.*

*Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad en forma única o acumulativa, si el tipo respectivo establece pena alternativa no cabra dictar al probable responsable el auto de formal prisión sino el auto de sujeción a proceso.*

*Que haga una narración breve de los hechos que motiven el proceso, es decir una exposición de los acontecimientos directamente relacionados con los hechos que se presumen constitutivos de delito.*

*Que determine el nombre completo del juez y secretario de acuerdos que lo emiten, obrando en la resolución las firmas autógrafas de los funcionarios indicados.*

*Que el texto del auto de formal prisión este por escrito, en castellano, que no contenga tachaduras o enmendaduras de cualquier clase.*

Que determine el nombre completo del inculpado, así como su o sus apodos, mencionando que se le decreta formal prisión.

Manda notificar el proveído en estudio a las partes, señalando la fecha y hora de su emisión.

## 5) Efectos

El efecto es el resultado, es la consecuencia de una causa, ese resultado puede verificarse al final de algo, como ocurre generalmente ó en los diferentes momentos que conllevan ciertamente a ese resultado o consecuencia, el auto de formal prisión ocasiona o produce consecuencias o resultados jurídicos que afectan al proceso, es importante señalar cuales son esos efectos, que en el mundo jurídico-penal y en el factico son esos resultados o consecuencias que realmente importan a los involucrados en un proceso penal, en atención a lo anterior analizaremos los dos tipos de efectos que consideramos que un auto de formal prisión crea con su emisión, los efectos in procedendo o los que afectan al desarrollo del proceso en sí y los efectos in judicando o los que repercuten directamente al dictar sentencia definitiva.

### a) in procedendo.

Estos se entienden como las consecuencias que crea el auto de formal prisión a lo largo del proceso, entre los cuales se pueden distinguir los siguientes:

*Determina exactamente el o los delitos por los que seguirá el proceso, indicando todos y cada uno de sus elementos, entendiéndose por ellos como ya se señaló, como los requerimientos típicos que hace referencia la figura delictiva, sus modalidades, sus circunstancias de modo tiempo y lugar, así como sus elementos agravadores y atenuantes de la pena, éste requisito es de suma importancia ya que permite que el proceso mismo se desarrolle con toda precisión y veracidad, estableciendo bases firmes y sólidas,*

para que las pretensiones de acusación y defensa, así mismo para que la actividad jurisdiccional se desarrollen con toda claridad y eficiencia.

*Hace legítima la prisión preventiva del inculcado desde el momento de dictar el multicitado auto de formal prisión hasta el dictado de la sentencia definitiva, la prisión que sufre cualquier inculcado antes del dictado del auto de formal prisión, esta legitimada y sustentada por el auto de detención, pero recordemos que el legislador ha querido establecer un periodo en el que el encausado se defienda plenamente, respetando su garantía de defensa, reiterando que reunidos todos los elementos de cargo y de descargo hará que el juez pueda valorar plenamente la responsabilidad penal del indiciado.*

*Señala el tipo de proceso a que deberán sujetarse las partes, pudiendo ser de tipo sumario u ordinario, señalando igualmente un término para que éstas últimas ofrezcan las pruebas que juzguen convenientes, términos que serán de tres y siete días respectivamente para cada procedimiento, contados al día siguiente de la notificación del auto de término constitucional.*

*Manda recabar información sobre posibles ingresos anteriores a prisión, comunicado que quedara a cargo de Dirección general de prevención y readaptación social, lo anterior para efectos de establecer la procedencia del beneficio de la libertad provisional o para efectos de que se tome en cuenta para sancionar en su caso al inculcado como delincuente reincidente o habitual.*

*Ordenará se identifique al procesado por medio del sistema administrativo adoptado para el caso (ficha signaletica), respecto de éste efecto cabe mencionar algunas consideraciones, se ha establecido por algunos tratadistas que la identificación administrativa prejuzga sobre el hecho de considerar culpable *a priori* al inculcado, por otro lado algunos han considerado que esa identificación administrativa es de carácter temporal y no hace más que reunir datos más precisos sobre el encausado, a fin de tener un control mayor sobre su situación jurídica.*

*Marca el inicio del término constitucional para dictar sentencia definitiva a cualquier inculpado, es decir de hasta cuatro meses, si la pena por el delito por el cuál se le juzga no rebasa los dos años y hasta un año si el delito merece una pena mayor de dos años de prisión, esto es el derecho que tiene todo indiciado de ser juzgado dentro de un parámetro de tiempo determinado, que implica prontitud en la administración de justicia.*

**b) In judicando.**

Este tipo de efecto repercuten en el dictado de la sentencia definitiva, que es precisamente originado por el dictado del auto de formal prisión, dicho efecto es el siguiente:

*Provocará que el juez dicte su sentencia en base a el o los delitos señalados en el auto de formal prisión, lo anterior debe ser con absoluto respeto a lo referido en el auto constitucional, debiendo de haber congruencia entre el delito señalado en el auto de bien preso y en el delito por el cuál se sentencia.*

## TERCER CAPITULO.

### REFORMA AL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993.

#### 1)Tipo penal.

##### a)Concepto.

El tipo penal es la descripción concreta y suficiente de las características que guarda una forma de conducta humana, que es considerada como delito, es decir es una conducta que contraria a las disposiciones de orden penal, Jiménez de Asúa<sup>28</sup> dice que tipo es *"la descripción legal, desprovista de carácter valorativo"* aseverando poco después que tipo legal es *"la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"*

Jiménez Huerta<sup>29</sup> señala que *corpus delicti*, refiriéndose a este concepto como un "antecedente" a lo que ahora se maneja dentro de nuestro cuerpo normativo penal como "tipo penal", diciendo que es *"la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción"*

La Suprema Corte de Justicia<sup>30</sup> ha determinado que "el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina , puede definirse como *"el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena"*.

---

<sup>28</sup> Jiménez de Asúa Luis, Lecciones de Derecho penal, editorial Harla, México D.F. pág. 154.

<sup>29</sup> Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, editorial Porrúa, México 1985, pág. 37.

<sup>30</sup> Semanario Judicial de la Federación CXIX, pág. 2887, Cfr. Semanario Judicial de la Federación, XVI, pág. 257, Sexta época, segunda parte.

La palabra tipo proviene del latín *tipus* que significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que da fisonomía propia, es decir le da una categoría un emblema determinado, que lo diferencia de otro.

Como se observa "tipo" es el instrumento o medio que posee y reúne los elementos suficientes para señalar una forma de comportamiento humano, atribuyéndole la calidad de delito, con su más o menos necesaria consecuencia que es la pena, según se distinguió en líneas atrás, el tipo conforma los límites de lo punible, de lo que es delito, de lo que es contrario a la ley, puesto que para que una conducta sea considerada como delito, es menester forzoso que encuadre o coincida perfectamente la conducta cometida con el modelo hipotéticamente definido, es decir el tipo, ya que si la conducta en referencia no se adecua en todo o en parte, no podrá considerarse por ende como delito o por lo menos a lo que ese tipo se refiere, la idea de tipo va íntimamente ligada al de tipicidad, cuyos conceptos a pesar de lo dicho no son los mismos.

El conceptuar el tipo como tal y conforme a sus diferentes especies, constituye una de las bases más importantes para el desarrollo de todo el sistema punitivo, es decir al establecer un modelo de conducta humana delimitándola en sí por medio del tipo, ósea la conducta que exactamente se considera contraria al Derecho penal por el legislador, por ende delito.

De no haber lo anterior sería sencillo que cualquier autoridad se excediera en sus funciones de procuración y administración de justicia, esto se resume en el principio *nullum crimen sine lege* no hay crimen si no hay ley, la ley que crea el legislador y que es precisamente esa descripción abstracta, concreta y objetiva de una conducta, en resumen el tipo.

## b) Elementos.

La Doctrina y la ley ha reconocido casi al unísono que el tipo se conforma de diferentes elementos, los elementos descriptivos u objetivos o también conocidos como tipos de descripción objetiva; los elementos subjetivos y elementos normativos, estos elementos están dispersos en "el catalogo de tipos", pueden coincidir todos en un solo tipo, o solo dos o solo uno, a continuación veremos en que consisten los diferentes elementos a los que hemos hecho referencia.

Los *elementos descriptivos*, objetivos o de descripción normativa, son los que se encargan de hacer una descripción concisa, sin abundamientos, concreta y abstracta de un comportamiento humano, el tipo en si es eminentemente descriptivo, puesto que una de las funciones más importantes del tipo es esa, no se podría castigar una conducta sin antes saber en que consiste esta, sin que se hiciese una delimitación o demarcación de sus fronteras.

El elemento descriptivo hace uso de un verbo que es el núcleo o escénica del tipo, así tenemos que el tipo de homicidio utiliza el verbo "*matar*" como centro o núcleo del mismo, de esa forma cualquier persona que escuche hablar de un homicidio se representa inmediatamente el verbo o la acción de matar.

Por cierto y a propósito del ejemplo dado, el tipo de homicidio es un tipo con elementos puramente descriptivos, es decir no referimos al artículo 302 del código penal, pues al decir que "*comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro*", solamente describe lo que consiste cometer homicidio, sin entrometer valoraciones de tipo subjetivas o normativas.

Así reiteramos que esa función descriptiva deberá establecer en que consiste la conducta penalmente prohibida, lo anterior para una debida y adecuada interpretación y aplicación de los tipos, estos últimos describen estados o procesos de naturaleza externa,

perceptibles a través de los sentidos, aunque no siempre el tipo contiene puramente elementos descriptivos, sino que pueden concurrir otro tipo de elementos como los normativos o los subjetivos y no dejar por ese solo hecho de ser tipo con elementos descriptivos.

El tipo será necesariamente dirigido a toda la sociedad que regula, sin hacer énfasis ni concretizarse en persona en particular, esto es impersonal, recordemos que el tipo es una especie de límite, que marca celosamente el campo de lo delictivo y de lo no delictivo.

La característica de que el tipo sea abstracto, consiste en que en la narración del tipo en si no hace referencia a un resultado externo, como la portación de armas prohibidas, cuando los tipos se limitan a establecer estrictamente en que consiste la conducta como tal, se llaman en la doctrina, tipos normales y adelantándonos un poco a la exposición que haremos en relación de los elementos normativos y subjetivos, diremos que éstos últimos se denominan tipos anormales, que son los tipos en los cuales el legislador ha querido introducir juicios valorativos (elementos normativos) e ímpetus, conocimiento de circunstancias, deseos o intenciones por parte del sujeto activo (elementos subjetivos).

Consideramos de suma importancia subrayar que el tipo se forma como hipótesis normativa y al cometerse una conducta presuntivamente delictiva debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos que demande el tipo en cuestión, así por ejemplo si un sujeto impone a una mujer copula por vía normal, ese solo suceso no podrá considerarse como violación, sino que que es indispensable que esa copula se imponga sin el consentimiento del pasivo, por medio de la violencia moral o física, de igual forma se deberá satisfacer los requerimientos de la regla de comprobación del tipo penal (artículo 122 del código procedimental distrital), solo entonces estaremos hablando del delito de violación, caso

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

contrario se hablara de una relación sexual entre dos sujetos que quieren llevar a cabo esta y que desde luego no es constitutivo de delito.

Como aseveramos en líneas anteriores, el tipo exige cierto numero de elementos o requisitos, que varían en su número, evolucionando así a formas típicas más complejas y en ocasiones requieren para su plena integración de la participación con otros cuerpos normativos, como ocurre en el caso de los delitos contra la salud, en los cuales se necesita acudir a la ley general de salud, para saber cuales son los narcóticos, psicotropicos etc., en otro ejemplo se es indispensable acudir a la ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, para establecer que tipo de artefactos es considerado como arma prohibida.

De lo anterior se llega a la conclusión de que ciertos tipos necesitan de otros cuerpos normativos para su debida integración y complementación, una vez hecho esto los tipos podrán cumplir con su cometido.

El tipo es concreto, es decir no abunda en detalles innecesarios para determinar con exactitud los rasgos y fisonomía del supuesto hipotéticamente marcado por el legislador, el tipo no deberá mas que señalar las características del mismo, ya que si vagara en establecer detalles innecesarios, caería en una imprecisión que repercutiría en abusos y mala procuración y administración de justicia.

Los *elementos Subjetivos* se refieren a los diferentes estados anímicos, a las finalidades y objetivos del autor del delito, introducidos por el legislador en un afán de dejar perfectamente sentados en el texto de la ley, reiteramos esas finalidades, objetivos o ánimos que busca el activo, para de esta forma aplicar la ley a esa especifica y concreta forma de conducta perfectamente delimitada en todas sus características por los elementos subjetivos, el legislador no ha querido que haya imprecisión en la aplicación de la ley y por esa razón ha implementado esta serie de "*instrumentos*".

Atendiendo a lo anterior, la conducta objetivamente descrita, adquirirá gran valor en el mundo jurídico penal, si se comete a través de los ya citados elementos subjetivos, integrados al tipo penal de forma expresa, es decir perfectamente notables en el texto de la ley o de forma tácita o dicho de otra forma, de manera implícita.

Así tenemos por ejemplo el tipo de hostigamiento sexual, que según el artículo 259 bis del código penal, previene al sujeto que valiéndose de su posición jerárquica derivada de relaciones de laborales, docentes, docentes o cualquier otra que implique subordinación, asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo con fines lascivos, es decir con el objeto de jugar sexualmente con el pasivo, señalando que para la víctima de este tipo de delitos no resulta confortable este tipo de prácticas.

Otro ejemplo se contiene en el artículo 386 del código penal, referente al injusto de fraude, que determina autor del delito en cuestión, al que utilizando argumentos maquinaciones o artificios o aprovechándose del error en que se encuentra el pasivo se hace ilícitamente de un lucro o cosa, aunque los elementos subjetivos son en la mayoría de las veces referidos por palabras como, "para obtener un lucro", "con el objeto de", "para impedir o retardar algún acto de autoridad" etc., pero en el caso en cuestión la finalidad es hacerse de un lucro o cosa, por medio de una actitud engañosa o defraudadora, que plantea al pasivo una idea con apariencia verdadera, pero que en realidad no lo es, de esta forma es como el autor de este tipo de delitos, consume su fin u objetivo; lo que se quiere dejar claro es que las características "cláusulas o palabras" que hacen relación a los elementos subjetivos, no irán siempre precisadas literalmente a través de las formas indicadas, así en ocasiones los referidos elementos subjetivos se desentrañan del texto de la misma ley, por medio de su interpretación.

El elemento subjetivo implicará por un lado el conocimiento y apreciación por parte del autor del delito de una circunstancia o estado que guarde la situación en que se desenvuelve, por otro lado el elemento subjetivo radicará en cierto deseo animo que tenga el activo en la perpetración de cierta conducta delictiva.

Como se aprecia este tipo de elementos, ya sean consistentes en un conocimiento de circunstancias o en ánimos o deseos de cometer una conducta determinada, yacen y tienen su génesis en la mente del sujeto activo y para conocerse por la autoridad requiere que el mismo autor del delito lo destaque, ya sea de manera expresa, notable o bien de manera tácita, esto último por actos que nos conduzcan a establecer de forma indubitable el conocimiento de ciertas circunstancias o ánimos de perpetrar ciertas conductas, pudiendo citar en primer término la confesión o declaración del activo, en segundo término se puede señalar la declaración de testigos o documentales y por último las presunciones, que en base al artículo 261 del código de procedimientos para el Distrito Federal, constituirá prueba plena.

En lo referente a los *elementos normativos* del tipo diremos que estos son elementos que sugieren una valoración de la ilicitud de la conducta y/o de circunstancias inmersas en tales conductas, este juicio valorativo se realizara por el interprete de la ley, la valoración implica una interpretación, esta nos sugiere la utilización de un criterio, el cual es personal y que no siempre es coincidente o concordante con el criterio que puedan sostener otro interprete.

Lo anterior no debe de ocurrir, ya que los elementos normativos del tipo deben de ser interpretados objetivamente, es decir bajo la idiosincrasia de un pueblo, o sea "según bajo la conciencia de una sociedad"<sup>31</sup>, o en opinión de Jiménez de Asúa, "el juez instructor esta obligado a hacer un juicio valorativo sobre la índole antijurídica de la conducta del autor"<sup>32</sup>

La valoración de los elementos puede ser de tipo jurídica o cultural, de tipo *jurídica* cuando se refiere a conceptos que merecen una apreciación desde el punto de vista de la ley, como sucede en el caso de "contrato", "funcionario público", "documento", "fideicomiso", etc., en este punto el perito en Derecho adquiere una importancia notable,

---

<sup>31</sup> Jiménez Huerta Mariano, Ob. cit, pág 80.

pues para desentrañar el significado correcto de estos conceptos, es menester tener conocimientos firmes sobre Derecho, que para el común de la gente es ajeno.

En lo relativo a la valoración de tipo *cultural*, diremos que esta tiene su origen en procesos de conocimiento y apreciación en los que el Derecho no tiene alguna injerencia, por el contrario estos procesos se apoyan en la moral, la costumbre, en el sentir y en la idiosincrasia de una sociedad determinada.

Los elementos normativos se conciben por muchos entre ellos Jiménez Huerta, como una especie de amplificadores o mas bien dicho como elementos que subrayan, resaltan y sobre todo "anuncian" la existencia de la antijuricidad de la conducta, es decir hacen una cierta calificación previa de la contrariedad que la conducta guarda con el Derecho.

De manera semejante a los elementos subjetivos del tipo, los elementos normativos dan especial importancia y relevancia a las conductas a que se ven integradas, esto se puede apreciar de manera más clara si al referirnos al artículo 302 del Código Penal, es decir al tipo de homicidio, vemos que su formación prescinde de elementos subjetivos y normativos, constituyéndose por puros elementos descriptivos, o sea que define lo que es homicidio y determina esta conducta como delito, a la misma no es menester añadirle algún elemento de los mencionados, o sea elementos normativos y subjetivos, ya que la conducta en estudio es por lo general antijurídica, contraria a Derecho.

Hay conductas que por el contrario deben de ser distinguidas por elementos normativos, para que en esas circunstancias, adquieran toda la importancia y relevancia jurídica penal que se espera tenga y por lo cuál posea la operabilidad que el legislador diseñó.

---

<sup>32</sup> Jiménez de Asúa Luis, Ob. cit., pág 170.

Esto se ejemplifica en el tipo de allanamiento de morada, la conducta de penetrar en una casa-habitación no es ilícita por si sola, por el contrario es algo normal, pero el hecho de hacerlo sin un motivo justificado o sin orden de autoridad competente para hacerlo, pero empleando engaño, violencia o sin el permiso de la persona autorizada para permitir ese acceso, da origen a un delito o por lo menos a la adecuación de la conducta cometida al supuesto hipotéticamente marcado por el legislador.

Es en este ejemplo es donde se aprecia la labor de los elementos normativos, matizando, subrayando, en una palabra distinguiendo una conducta que por si sola no constituye delito, pero realizándola bajo ciertas circunstancias, representa una conducta contraria a Derecho, que da por otro lado un indicio de la antijuridicidad de la conducta en cuestión.

Los términos "*sin motivo justificado*" "*sin orden de autoridad competente*", son pues elementos dignos de una valoración por parte de la autoridad investigadora y judicial, ya que es preciso desentrañar el verdadero significado de los términos aludidos.

El no contar con un motivo justificado será, no poseer una razón que de sentido al actuar que se emprende, la interrogante que surge es quién determina que es un motivo justificado, por ejemplo un motivo justificado para penetrar en una vivienda sería para apagar un quemador de la estufa de la cocina, el cuál puede provocar un incendio, o podría ser, ¿el entrar para recuperar una pelota que cayo dentro de la vivienda por accidente?, haciendo notar que en cada ejemplo es digno valorar lo ocurrido, pero en base a qué, pues en base a la moral, a las reglas de buen trato, conforme a reglas de reciprocidad, pero resaltando que esto se rige a lo que una comunidad ha predestinado como reglas de reciprocidad, de buen trato etc.. , distinguiendo el termino antes señalado como susceptible de valoración cultural.

"Sin orden de autoridad competente" aunque el termino parece sencillo por la idea clara que deja, sin embargo el problema sobreviene al tratar de determinar que es autoridad competente y luego que autoridad es la competente, es decir la facultada o con atribuciones

legítimas y validas para afectar la esfera jurídica de los gobernados, que en el ejemplo puesto será la autoridad judicial del ramo penal, el elemento en estudio es el de valoración jurídica, por implicar un proceso, en el cuál la autoridad del ramo penal, valorara y le dará el significado, alcance y aplicación que tiene el término aludido, lo anterior esta en sus manos ya que como perito en la materia lo puede hacer y no cualquier persona no letrada en Derecho.

Términos como estos en ocasiones se encuentran con abundancia, distinguiendo entre ellos *"indebidamente"* *"sin motivo justificado"* *"sin causa justificada"* *"sin derecho"* *"ilícitamente"* *"indebidamente"* etc., es de hacer notar el hecho de que el legislador haya introducido al texto de la ley en ocasiones y de manera excesiva elementos como los ahora estudiados, recordemos que la introducción de estos implica un ejercicio intelectual por parte de su interprete que le dará un sentido a la disposición en aplicación, que significa que el tipo sea ciertamente flexible, elástico, que da origina al llamado arbitrio judicial.

Muchos se inclinan por decir que es mejor no dar esta oportunidad a los jueces, que pueden extralimitarse en la aplicación de las disposiciones en referencia, otros por el contrario afirman que es mejor tener este tipo de elementos incrustados en la ley, lo cuál permite tener mayor dinamismo a los jueces al momento de aplicar la ley.

## 2) Reforma Constitucional del artículo 19.

### a) Decreto de 3 de septiembre de 1993.

El día tres de septiembre del año de mil novecientos noventa y tres, se publico en Diario Oficial de la Federación, un decreto que derogaba el aquel entonces vigente artículo 19 constitucional, transcribiendo a continuación las líneas de tal decreto:

*"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con*

*un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.*

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

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

De tal decreto es de importancia resaltar varios puntos, que son los que se vinculan con el presente trabajo recepcional.

En orden de aparición es de mencionar que el citado decreto precisa un termino de setenta y dos horas y no como señalaba el antiguo texto de tres días, es así como un juez tiene la imperiosa necesidad de justificar la detención del inculpado, con una resolución debidamente motivada y fundamentada, es decir mediante un auto de formal prisión, sujeción a proceso o de libertad por falta de elementos para procesar.

Los días se cuentan de momento a momento, es decir no importa días festivos, vacaciones del personal del juzgado, sea de día o de noche o de cualquier otra circunstancia, el término es fatal e improrrogable, a excepción de lo que dispone el artículo 297, fracción VII, párrafo segundo, del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, hipótesis que ya ha sido abordada en el capítulo segundo de este trabajo.

En el auto de formal prisión deberán aparecer datos suficientes que acrediten los "elementos del tipo" penal del delito que se impute al acusado y hagan probable la responsabilidad de éste.

El decreto en comento deja de hablar de "cuerpo del delito" haciendo alusión al término "elementos del tipo penal", ya anteriormente se precisó que tipo es la descripción abstracta, desprovista de carácter valorativo, de lo que el legislador considera como delito, es decir como una conducta que lesiona y contraria al orden jurídico penal e igualmente se precisó las clases de elementos del tipo, como los descriptivos, los normativos y los subjetivos.

Conforme a el decreto en cita, los elementos del tipo penal deben de estar acreditados, al momento de dictar un auto de término Constitucional, esto se ve robustecido por lo preceptuado por el artículo 122 del código procedimental par el Distrito Federal.

La Constitución no puede determinar en forma pormenorizada cuales son los elementos del tipo penal, puesto esto es tarea de los ordenamientos secundarios, como lo sería el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y como mero comentario, adelantándonos un poco a la exposición que se hará de este tema en el cuarto capítulo diremos que en el artículo 122 del referido código adjetivo, se precisan cuales son los elementos del tipo penal, elementos que por disposición legal se toman como tales, debiendo por ende que acreditares dentro del dictado de todo auto de término Constitucional, elementos que reiteramos se verán más en detalle a lo largo de este trabajo.

Es de resaltar por la importancia que merece a este trabajo recepcional distinguir, que las calificativas ya sean atenuantes o agravantes, son elementos o accesorios contenidos y previstos por la ley y que van íntimamente relacionados a los tipos penales, es decir conductas abstractas perfectamente delimitadas en sus características, conductas contrarias al orden jurídico penal, en consecuencia las citadas calificativas son consideradas

como elementos del tipo y por ser elementos del tipo penal, deben ser acreditadas plenamente.

La probable responsabilidad del "detenido" o inculpado será probable, no debiendo necesariamente que ser plena, pues existe la duda en favor de este, si es o no responsable en la comisión de los ilícitos materia del proceso, precisamente por esta presunción de no responsabilidad plena del inculpado es que se instaura el proceso en si, para determinar conforme a todas las pruebas vertidas si el indiciado es o no penalmente responsable de la comisión de los hechos delictivos imputados.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, esta formula es igual a la que se encontraba en el antiguo texto del artículo 19 Constitucional, esta formula es importante resaltar relacionándola con la línea de investigación de este trabajo, ya que el hecho de que un juez dicte un auto de formal prisión por un delito calificado agravado obliga a ese juez, a tramitar el proceso por el delito calificado agravado, respecto del cuál dicto auto de bien preso, la Constitución exige de forma clara y contundente que el proceso verse en base al delito considerado en el auto de formal prisión, que en el ejemplo dado es un delito calificado agravado y no uno calificado atenuado o que guarde una forma simple.

Dentro del decreto en estudio se tocan otros supuestos y directrices normativas que no abordaremos por no estar relacionadas de manera directa con el tema principal de este trabajo.

#### **b) Sentido en que se dictaba el auto de formal prisión antes de la reforma.**

En este apartado haremos una exposición objetiva y práctica de la forma en que los jueces dictaban su resolución de término Constitucional, antes de la reforma en estudio.

En primer término diremos que en forma genérica los jueces al momento de dictar el auto de formal prisión se centraban en acreditar el "cuerpo del delito" ¿y que era esto?, pues la figura, la sustancia del delito en cuestión, por ejemplo en el injusto de fraude, lo que se tenía que acreditar eran los siguientes supuestos, primero la obtención de un lucro indebido o el hacerse de una cosa de manera ilícita y segundo el uso de maquinaciones, artificios para provocar un engaño o aprovecharse del estado de error en que se encuentra una persona, al acreditarse lisa y llanamente estos dos acontecimientos se decía que se ha probado la existencia del cuerpo del delito.

Otro ejemplo lo constituye el delito de homicidio, que como se sabe puede revestir la forma de un delito simple, calificado agravado o calificado atenuado, al juez que conocía de este delito antes de la multicitada reforma, no se abocaba a motivar y fundamentar las calificativas en cuestión, sino a motivar y fundamentar de forma exclusiva los elementos esenciales, objetivos o externos que constituyen la materialidad de los delitos, como si los señalados delitos de homicidio, ya sea calificado, agravado o atenuado o simple, fueran una misma figura delictiva, pudiendo ser cometidos por ejemplo el primero con traición, el segundo en riña y el tercero sin la intervención de calificativa alguna. En consecuencia tendrían que motivarse y fundamentarse por el juez en el dictado del auto de formal prisión, acreditandose *primero*, la privación de una vida o el deceso de esta última y *segundo* que ese resultado sea ocasionado por una conducta humana, de forma dolosa o culposa.

Teniendo acreditados tan solo estos dos últimos supuestos, no importando que pudiese concurrir la circunstancia de que la víctima fuera muerta en un duelo, en riña o empleando la premeditación, la alevosía, solo bastaba el hecho de acreditarse las hipótesis antes indicadas, para que el juzgador tuviere por acreditado el "cuerpo del delito". Hecho lo anterior, además de tener la conducta del inculpado como presuntivamente ocasionadora de la figura delictiva en cuestión, desenvocaban necesariamente al dictado del auto de bien preso.

La prueba de estas directrices o pilares constituyen la "columna vertebral" del delito en cuestión, pero aclaramos adelantándonos un poco a la exposición que más adelante se hará, que si bien los supuestos indicados son el "alma" de un delito, no son el todo del mismo, pues existen elementos diversos que también integran al tipo penal, que le dan una fisonomía propia y muy particular, distinguiéndolos de otros tipos, es bien cierto que en el ejemplo del tipo de homicidio, debe probarse la muerte de una persona y además debe probarse que esa muerte fue ocasionada por una conducta humana, pero también es menester acreditar circunstancias que rodean al evento delictivo, tal y como lo serian las calificativas, ya sean agravantes o atenuantes.

Veamos que el delito de homicidio en estudio, ya sea simple, calificado agravado o calificado atenuado, contiene los mismos elementos esenciales, distinguiéndose el delito calificado agravado, que encierra matices que lo hacen ser diferente, al homicidio simple y al homicidio calificado atenuado, advirtiéndose figuras delictivas distintas entre sí.

**c) Sentido que imprime la reforma constitucional del artículo 19, al auto de formal prisión.**

La multicitada enmienda a nuestra carta magna, en su artículo 19, es de vital importancia estudiar y hacer énfasis no solo de su texto sino de las repercusiones para el mundo jurídico-penal y por supuesto al auto de formal prisión, en su emisión por el órgano judicial.

Es preciso contemplar la forma del decreto en estudio y para ello transcribimos el mismo en su parte conducente, diciendo lo siguiente:

*"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 lo elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste....”*

Se advierte de su simple lectura el cambio del término “*cuerpo del delito*” por el de “*elementos del tipo penal*”, término que abarca un sin número de supuestos e hipótesis, esta expresión por si sola obliga a todo juez, a motivar y fundamentar todos y cada uno de los elementos integrantes del delito en cuestión.

Pero cuales son todos esos elementos a que se refiere la expresión elementos del tipo penal, desde un punto de vista legal lo constituyen los marcados por la ley secundaria, es decir los marcados por el artículo 122 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, desde un punto de vista doctrinario, lo son los elementos descriptivos, subjetivos y normativos.

Si observamos detenidamente nos daremos cuenta que en el “catálogo de elementos constitutivos del tipo penal” ubicado en el artículo 122 del código adjetivo distrital, no son mas que elementos descriptivos, subjetivos y normativos, queriendo con ello dar bases firmes para que la función del ministerio publico y del juez sea más correcta y precisa.

Recordemos que antes de la señalada reforma, el juez al dictar el auto de formal prisión solamente acreditaba los elementos esenciales o medulares del tipo por el cuál se seguía el proceso, no acreditando los elementos que rodean al injusto en cuestión.

Lo anterior más la presunta responsabilidad del activo, provocaban que se le dictara auto de bien preso, el sentido que imprime la reforma ya indicada, es constreñir y obligar a todo juez ya sea de la justicia de paz, de fuero común o federal, a examinar, acreditar, motivar y fundamentar todos y cada uno de los elementos que componen el tipo, en el acto mismo de dictar el auto de formal prisión.

Lo anterior implica un trabajo más profesional, exacto y amplio por parte del juez instructor, ya que este tendrá que examinar el evento delictivo, en todas y cada una de sus facetas e hipótesis, que significara un análisis profundo y concienzudo de las características de una actividad delictiva, pues es obvio pensar que no todos los delitos de una misma especie son iguales, parecidos sí, pero no iguales, esto producto de la extensa gama de peculiaridades que presenta cada delito en sí, es decir en la forma en que se presenta en la vida diaria.

Por ejemplo un delito que se cometa de manera dolosa en el interior de una casa-habitación, evidentemente no será lo mismo que un delito que no se cometa en una vivienda, el primero porque se comete en el interior de una casa-habitación y con ello ve afectada la penalidad que le merece en forma amplificada, que es uno de los efectos más importantes de la calificativa agravante, como lo sería el cometer un delito dentro de una casa destinada a habitarse y aún en el supuesto de comparar dos delitos que se cometan precisamente en casa-habitación, presentan por razones de facto, peculiaridades que los hacen ser distintos y esas diferencias también deben ser observadas y analizadas por el juzgador en el momento de dictar su auto de formal prisión, que de la forma en que se dictaba antes de la reforma en examen, pasarían inadvertidas por el poco análisis que demandaba el antiguo texto del artículo 19 constitucional.

Los jueces al verse obligados por la reforma aludida, a estudiar de una manera más profunda y pormenorizada cada uno de los aspectos de un evento delictivo y expresarlos en su resolución de formal prisión, hacen de la justicia penal una disciplina jurídica más técnica, es decir hacen de su función de juzgar algo más exacto y justo.

Recordemos que no solo los elementos principales o medulares son importantes para someter a alguien a juicio, sino los elementos que lo rodean y que le dan cierto sentido al evento delictivo, tocando este punto es importante resaltar las graves consecuencias que ocasiona el dictado de un auto de formal prisión a cualquier inculpado, pues hace lícita y perdurable la prisión preventiva de éste último por un tiempo indeterminado, es de esta

forma en que al hacerse un análisis más escrupuloso, completo y profesional de si se acreditan o no todos y cada uno de los elementos que constituyen o forman un tipo penal, es decir un injusto penal, es que se logra determinar acertadamente la existencia de un delito.

Todo lo anterior se patentiza dentro del objeto de nuestra investigación, que es la de observar como las calificativas, agravantes o atenuantes, elementos del tipo penal deben de ser estudiadas e introducidas en los razonamientos que haga el juez al momento de emitir el auto de formal prisión, calificativas que deben motivarse y fundamentarse, reiteramos, en la multicitada resolución.

No cabra decir por los jueces que el estudio de las calificativas debe producirse en el momento procesal "oportuno", es decir al momento de dictar sentencia definitiva, no deben ignorar la existencia de cualquier calificativa, analizadas estas de existir, con los demás elementos constitutivos del tipo, constituirán en su conjunto la base del proceso en sí, lo anterior debido a que de esa forma lo manda el mismo artículo 19 constitucional, esa pues, es una de las razones más importantes por las que un juez debe agregar a su estudio las calificativas, agravantes o atenuantes, en el auto de prisión preventiva, como auténticos elementos del tipo penal.

Reiteramos las calificativas son elementos del tipo penal, ya que son partes que integran el tipo en sí, que si bien no son elementos principales, medulares o que se encuentran en todos los tipos de la especie, son componentes o "ingredientes" que pueden existir en un tipo determinado, forzosos para que se dé el tipo penal en cuestión, pensando que podemos quitarlas y decir que no son elementos del tipo penal, tendremos que el resultado daría un tipo completamente diferente al que inicialmente se tenía, por lo tanto las calificativas, agravantes o atenuantes, al ser parte del tipo penal, al proveer de una fisonomía muy particular al tipo al que se adhieren, constituyen en consecuencia parte integrante del tipo penal, que como tal no debe soslayarse su importancia ni evitarse su estudio sobre todo si tiene que ver en el dictado de una resolución de gran importancia como lo es el auto de formal prisión.

## CAPITULO CUARTO.

LAS CALIFICATIVAS EN AUTO DE FORMAL PRISION A LA LUZ DE LA REFORMA DEL ARTICULO 122 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PARA EL DISTRITO FEDERAL DE FECHA 10 DE ENERO DE 1994 Y SU INTERPRETACION.

### 1) La regla genérica de comprobación del tipo penal antes de la reforma.

El artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal antes del decreto de fecha 10 de enero de 1994 decía lo siguiente.

*"Artículo 122.- El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia 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"*

Se puede apreciar de la redacción antigua del precepto legal en estudio, que la conocida regla de comprobación del tipo penal se presentaba de forma muy ambigua y pobre, pues dejaba para la "ley penal" la tarea de determinar que elementos componen una conducta delictiva determinada, atendiendo a las reglas especiales de comprobación contenidas en este código, es decir el código de procedimiento penales para el Distrito Federal, lo anterior no constituye una base o guía seria para el acreditamiento de los hoy elementos del tipo penal.

También es de notarse que el término que emplea el precepto en comentario es el de "cuerpo del delito" por lo que entendemos que dicho texto demandaba la comprobación o

acreditamiento de los "elementos medulares o esenciales" que construyen o constituyen una figura delictiva determinada, o sea su materialidad.

Hemos ya establecido que la expresión "cuerpo del delito" es mas restringida o pequeña que el término actualmente utilizado por la ley, es decir "elementos del tipo penal", reiteramos lo anterior ya que los jueces con antelación a la reforma de los artículos 19 Constitucional y 122 del código adjetivo procesal, centraban su atención en el acreditamiento de elementos que constituyen la escénica o cimientos del delito en cuestión, dejando para el proceso y la sentencia respectiva la acreditación de los demás elementos, que si bien son secundarios, son igualmente importantes que los primeros, dado que estos últimos le dan fisonomía propia a cada figura delictiva.

El antiguo texto legal dice en primer término que *"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...."*

Y cuando dice lo anterior, es menester acreditarse lo que cada tipo penal determina como descripción de una conducta, por ejemplo si el artículo 302 determina que *"comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro"* es forzoso acreditar en primer termino la muerte de una persona y en segundo término, que esa muerte haya sido producto de un actuar humano, al acreditarse estos dos extremos se decía que se tenia por comprobado el cuerpo del delito.

Es cierto que se acredita la corporeidad de el delito de homicidio, pero del delito de homicidio en forma y términos generales; en la practica se aprecia que el delito de homicidio se comete de formas muy variadas, pudiendo erróneamente apreciar dos delitos de homicidio como delitos idénticos o iguales, siendo que seguramente no lo es, pues la vida diaria provee de muchas y muy variadas formas de perpetrarse un homicidio.

Es claro que el antiguo artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, era acorde al antiguo artículo 19 constitucional, pues ambos ordenaban la acreditación de un delito en especial, de la corporeidad de mismo, con la sola comprobación de sus elementos esenciales o estructurales.

Es también de resaltarse que el precepto legal primeramente nombrado remite a su interprete a analizar los requisitos típicos de cada delito en concreto, con apego a las reglas que pueda disponer el código procesal materia de este análisis, lo cuál no puede constituir un punto de referencia o apoyo para acreditar debidamente una figura típica.

## 2) La regla de comprobación genérica del tipo penal actual.

Conforme al decreto aludido, el texto del artículo 122 del código procesal distrital sufrió una drástica metamorfosis, cambiando por completo su forma, quedando en su parte conducente de la siguiente manera.

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

- *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,*
- *La forma de intervención de los sujetos activos; y*
- *La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.*

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

La parte inicial del artículo en cita, consigna una obligación tanto para el ministerio publico como para la autoridad judicial para acreditar los “*elementos del tipo penal*” del delito de que se trate, para el primero como base del ejercicio de la acción penal y para el segundo en el momento de dictar el auto que determine la formal prisión del inculpado, de primera vista el legislador quiso que ambas autoridades se ciñeran a los

lineamientos del presente precepto legal, haciéndolo esto mediante una obligación a su cargo de manera expresa y de forzoso cumplimiento.

El precepto legal en estudio, es acorde en su terminología, con la que usa el artículo 19 constitucional, al emplear la expresión "*elementos del tipo penal*"; ambos artículos buscan la acreditación de todos y cada uno de los elementos que forman y conforman un tipo penal determinado, es decir el tipo penal que deriva la existencia de la averiguación previa o de la causa penal respectiva.

Y para no dejar al arbitrio de la autoridad investigadora o judicial, el determinar los elementos del tipo penal respectivo, es que hace una designación de los mismos, siendo estos por orden de aparición los siguientes.

*La existencia de la acción*, esto se refiere a la demostración que se debe hacer de la conducta positiva, del hacer humano, de los movimientos corporales que son los que materializan la conducta en si, por ejemplo si la investigación o causa penal se refieren a un delito de abuso sexual, debe imperiosamente que demostrarse por los medios probatorios que ofrece la ley, la existencia de tocamientos que ejecuta el activo en el cuerpo del pasivo, esto de forma llana y simple, pues dicho apartado solo demanda la comprobación de una acción, es decir de la actividad puramente mecánica.

*La demostración de una omisión*, se inclina por dejar constancia de una actitud pasiva o negativa, es decir un no hacer, una abstención, como ejemplo citaremos el delito de desobediencia y resistencia de particulares, consistente en negarse a comparecer a declarar ante autoridad que lo haya requerido de forma legal, esta conducta consiste en la no comparecencia de un individuo ante la autoridad que legalmente lo haya citado, el sujeto activo deja simplemente de hacer algo que le era obligación hacer desde el momento en que la autoridad le impuso esa obligación, la abstención en sí es lo que debe probarse para efectos del requisito en mención, sin su probanza según sea el caso, no se tendrá por comprobado el delito en cuestión.

*El demostrar la lesión* que resiente el bien jurídicamente protegido por la ley penal, es otro requisito para no violar el contenido de la regla genérica de comprobación del tipo penal, esto siempre que el bien jurídicamente protegido sea lesionable, puesto que si solo pone en peligro el mismo, no habrá comprobación de este requisito y por ende del tipo penal, como ejemplo podemos citar a el robo, cuyo objeto jurídicamente tutelado lo es el patrimonio, al momento que el activo perpetra el delito, lesiona la esfera patrimonial del dueño, es decir el patrimonio.

En cambio si analizamos el extinto delito de disparo de arma de fuego, observaremos que el bien jurídico tutelado que es la vida, permanece intocable, en consecuencia lo que se castiga es el peligro a que estuvo expuesto la vida del activo.

*La forma de intervención de los sujetos activos*, es el contenido de la fracción II de la regla de comprobación del tipo penal y se refiere en primer término a la manera en que el sujeto (s) activo (s) despliegan su actuar, la autoridad investigadora y/o judicial deberá acreditar en que consiste la conducta en virtud de la cuál lesiona o pone en peligro el bien jurídicamente tutelado por la ley, lo anterior en base a los medios de prueba establecidos en el artículo 135 del código procesal distrital, pero no solo en que consiste la acción que cometió el activo, sino la forma o manera en que el activo se relaciona con ese actuar, por ejemplo si el delito es de lesiones, se deberá demostrar que la acción perpetrada se encamino a causar un daño en la salud de una persona determinada, pero deberá evidenciarse que el hecho, ya sea de golpear, atropellar, empujar etc., se atribuye al movimiento o movimientos corporal (es) del activo, dejando evidencia igualmente de la manera, formas y mecánica de estos últimos.

*La acción dolosa de la acción u omisión*, es otro supuesto que exige el precepto legal en estudio, *el dolo* recordemos es una de las dos formas en que puede aparecer el delito, el dolo se integra por un querer realizar la conducta trazada y un conocer la hipótesis delictiva, es decir el hecho de que el activo conoce que su actuar es contrario a derecho o

va en contra del orden legal establecido, en resumen que el activo conozca la antijuridicidad de la conducta; debe de acreditarse que la conducta desplegada por el activo, sigue una forma dolosa, esto es básico entre otras cosas para efectos de integración de la indagatoria correspondiente y en su momento para el dictado del auto de bien preso y que forzosamente influye en el momento de aplicar la pena conducente, el actuar doloso del activo debe de quedar debidamente probado, es decir se debe acreditar que el activo conoce lo que es matar, violar, robar, etc, que estas conductas son contrarias a Derecho y que el activo desea realizar estas conductas voluntariamente.

La realización dolosa se hace patente generalmente en una acción, es decir en una actividad, un hacer, por ejemplo el homicidio perpetrado por un individuo que apunta a su víctima con un arma de fuego, pero también puede acontecer que esa realización dolosa se de mediante una omisión, como ejemplo damos al homicidio cometido por la madre que teniendo la obligación de alimentar a su menor hijo, obligación que deriva del artículo 303 del código civil para el Distrito Federal, la madre al dejar de alimentar a su menor hijo, con conocimiento de que absteniéndose de alimentar a su hijo, este morirá, comete el delito de homicidio, su actuar esta caracterizado por el conocimiento que mediante la adopción de esa conducta producirá un homicidio, conducta contraria a Derecho, que es voluntaria y que deja de hacer algo que de haberlo hecho (alimentar a su menor hijo), hubiera impedido el resultado, es decir la muerte del menor.

Ambos extremos, tanto la realización dolosa mediante una acción (actuar), como mediante una omisión (abstención) deben de quedar debidamente acreditados, así como el dolo en su aspecto cognositivo (conocer), como en su aspecto volitivo (querer), ya que como se observa la realización dolosa de un injusto a través de una acción, dista mucho parecerse a la realización dolosa de un delito mediante una omisión.

Otra hipótesis que se distingue en la fracción III del precepto legal en examen, es la *realización culposa de la acción y omisión*, recordando la realización culposa de un delito deviene cuando el agente comete una infracción al deber de cuidado que le es exigible, lo

anterior por razón de la ley, de los usos o convencionalismos que debe observar, es decir cuando con su actuar negligente y descuidado vulnera bienes jurídicamente tutelados por la ley penal, se realizará un delito de forma culposa mediante una acción, cuando un conductor de un camión de carga lo hace a exceso de velocidad, produciendo daños en propiedad ajena, lesiones y/o homicidios, en este supuesto la autoridad deberá acreditar esa realización culposa a través de una acción, es decir y recapitulado, se deberá probar que la conducta desplegada por el activo no se da sin que el activo lo desee o acepte el resultado, sino que estos se ocasionan por una acción negligente y descuidada del activo, teniendo que guardar a su cargo una conducta cuidadosa y responsable y por supuesto deberá patentizarse, reiteramos, que la conducta del activo consiste en una acción, en movimiento, en movimientos corporales.

La realización culposa mediante una omisión, deberá desde luego acreditarse, teniendo que verificarse en primer término una conducta omisiva y segundo que la conducta guarda una forma descuidada, sin cuidado, que infringe el deber de cuidado que le era exigible, siendo un ejemplo de lo anterior, el policía bancario, que en lugar de guardar su puesto, se introduce a una cantina, llevándose paralelamente en la institución bancaria un robo, siendo obligación del policía resguardar la seguridad de tal institución de crédito, reiteramos deberán probarse dos extremos, uno la conducta culposa y segundo el carácter omisivo de esta, que en el ejemplo que dimos, será, que la persona al cuidado y guarda de la institución bancaria, es policía bancario, que su deber era salvaguardar los intereses del banco, que efectivamente se dirigió a la cantina, debiendo de permanecer en su puesto como policía bancario y que a consecuencia de ello se dio el robo de la institución de crédito en referencia o se facilitó este..

Hacemos un paréntesis para hacer notar que la ley considera la realización dolosa o culposa, dolo y culpa, como elementos del tipo penal, requisitos que *conforman* en consecuencia *la tipicidad de una conducta*, es decir la adecuación de esta última a la hipótesis normativa diseñada por el legislador y plasmada en la ley, en términos sencillos el dolo y la culpa son hoy en día elementos del tipo penal, idea acorde no a una teoría

causalista de la acción sino a una teoría finalista de la acción, en la que se considera que el dolo y la culpa dejan de ser elementos de la culpabilidad, para formar parte de la tipicidad.

Además de lo anterior la regla genérica de comprobación del tipo penal, distingue otro requisitos que debe la autoridad probar su existencia y en forma de incisos previene que, *si el tipo lo requiere deberán acreditarse las calidades del sujeto activo*, como en el caso del delito de abuso de autoridad, donde deberá probarse que el activo es empleado del estado y *calidad en el sujeto pasivo*, como en el supuesto del delito de robo, en donde el sujeto pasivo debe ser el dueño de la cosa mueble que le es robada.

El inciso b) previene que *debe probarse el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión*, el resultado no es sino la consecuencia, el efecto de la acción del delito, es decir el punto culminante de este, la *atribubilidad* se refiere necesariamente a la causa que origina ese resultado, es decir a una relación de causa efecto, comúnmente llamado, nexo de causalidad.

Ese nexo de causalidad no es sino la liga o vinculo que une al resultado con la causa, cuando el resultado se une a una causa, se dice que el resultado es atribuible a la causa, sin esta ultima no se daría el primero, es lógico pensar que toda conducta necesariamente conlleva a un fin o resultado, mas sin embargo el resultado que comúnmente es tomado en cuenta es el resultado material, es decir aquel resultado que se verifica en el mundo factico, provocando una mutación o cambio de manera palpable y física, habiendo de igual forma resultado formal.

Lo anterior nos conduce necesariamente a la clasificación de los tipos atendiendo a su resultado, siendo esta de la siguiente manera:

Tipos de resultado material y,

Tipos de resultado formal o de mera conducta.

Ejemplos de los primeros son el homicidio, el fraude, donde la acción delictiva provoca un cambio en el mundo real, la muerte de un ser humano, el detrimento patrimonial de una persona.

En cambio en los segundos no se provoca tal mutación en el mundo factico, ejemplo portación de arma prohibida, en la cuál la simple comisión de la conducta prevista en la ley, nos lleva a decir que se a cometido el delito de portación de arma prohibida, haciéndose notar que la adopción de la conducta señalada por si misma, implica la comisión de un ilícito, no importando para efectos del injusto en referencia, sin el activo empleando las armas que portaba, lesiona o da muerte a alguien.

En consecuencia el resultado y su atribuidad, deben de quedar acreditados, ya que puede existir un resultado, pero no atribuirse a la causa que se refiere, por ejemplo puede existir la muerte de una persona e imputarse su comisión a persona determinada, si en la secuela del procedimiento de averiguación previa se llega a la conclusión de que el supuesto activo no acciono el arma de fuego con la que perdió la vida el occiso, por ende ese resultado (muerte) no se relacionara con la persona señalada como responsable del ilícito, dicho en otras palabras esa privación de la vida no será atribuible a la persona ultima señalada.

El inciso c) demanda igualmente que se tenga por acreditado *el objeto material*, este no es sino la persona o cosa sobre la cuál recae la conducta delictiva, en algunos delitos, como el de homicidio el objeto material coincide con el sujeto pasivo, que será el occiso, pero en otros como el de robo, el objeto material lo será la cosa ajena mueble, diferente del sujeto pasivo, que es el dueño de la cosa mueble.

Suele distinguirse por la doctrina, el objeto material de el objeto jurídico, siendo éste ultimo el bien que jurídicamente tutela la ley penal, siendo en el homicidio, la vida, en el robo, el patrimonio, en la violación, la libertad sexual, etc., en resumen el objeto material debe probarse en toda su existencia, de no ser así, faltara uno de los requisitos exigidos por

la regla genérica de comprobación del tipo penal y al faltar uno de los elementos del tipo penal nos llevara indefectiblemente a la idea de que no se reúnen todos y cada uno de las exigencias típicas y en consecuencia, no configurarse el tipo de que se trate.

El inciso d) exige que se tengan por acreditados los *medios utilizados*, esto será exigible siempre y cuando el tipo lo pida, ya que si el tipo es abierto, es decir que no precisa el o los medios por los cuales puede cometerse el delito, no será dable hacer la demanda de éstos, en sentido contrario si el tipo es de formulación casuística, es decir que se determina los medios que se pueden emplear para perpetrar el injusto en materia, si será una exigencia el acreditar los medios que se lleguen a emplear.

El maestro Porte Petit<sup>33</sup> los ha clasificado en:

Directos e indirectos,  
Físicos o morales y,  
Positivos o negativos.

Los directos son los que tienen efectos inmediatos sobre la persona o cosa, indirectos son los que obran a través de otras causas, son físicos los que se emplean sobre la integridad física del cuerpo humano, estos a su vez se clasifican en:

- a) Mecánicos,
- b) Químicos y,
- c) Patológicos.

“Los medios morales o psíquicos, los que obran mediante un traumatismo interno”<sup>34</sup>, estos son rechazados en mayor proporción, debido a su dificultad para probarse, ejemplos de estos sería el provocar un coraje agudo, sabiendo que la persona que lo

<sup>33</sup> Porte Petit Candaudap Celestino, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y salud personal*, Editorial Porrúa, México 1982, pág. 32.

<sup>34</sup> Porte Petit Candaudap Celestino, *Ob. cit.*, pág. 32.

experimenta es un enfermo cardíaco, son medios positivos los que implican una acción externa, visible, externa proyectada hacia su objetivo y negativos, los que consisten en una abstención de actuar o de hacer.

Los medios para cometer un delito puede ser la violencia, ya sea física o moral, que constituye una calificativa agravadora de la pena al agregarse al tipo de robo, siempre que este se cometa por dos o mas sujetos, como se aprecia los medios utilizados constituyen las multitudes calificativas, en ese orden de ideas, los medios utilizados son las mencionadas calificativas, por ende son elementos del tipo penal y por ende deben estudiarse e incluirse por el juzgador al momento de dictar un auto de formal prisión.

La violencia en el delito de abuso sexual, constituye un medio para cometer ese abuso en el terreno sexual, que agrava la pena que le perece, elevando el mínimo y el máximo de la pena hasta en una mitad, esto es la calificativa agravante de la violencia (física o moral), lo anterior no es sino otro ejemplo de que los "medios utilizados", constituyen las referidas calificativas.

El inciso e) determina que se acreditaran la *circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión*, por circunstancia se entiende a la particularidad que acompaña a un acto, que para el caso el acto sería el evento delictivo, la ley considera que estas *peculiaridades o circunstancias* son en primer término *el lugar*, como en el caso del homicidio cometido en casa habitación, es el homicidio que se comete en una casa-habitación y no en sitio diverso que no sea la vivienda destinada para habitación.

Otra *circunstancia* lo sería el *tiempo*, como en el caso del delito de espionaje que demanda que el hecho delictivo sea cometido en tiempo de paz o como en el caso de delito de estupro que exige que la copula sea impuesta en persona mayor de 12 y menor de 18 años.

La *circunstancia de modo*, implica la manera o forma en que ha de cometerse el delito, como en el caso del delito de adulterio que exige en una de sus dos hipótesis de comisión, la de el escandalo, circunstancia consistente en realizar el acto sexual con una tangible notoriedad por otras personas, probando una descrédito del cónyuge burlado.

La *circunstancia de ocasión* se refiere a la oportunidad o comodidad de tiempo o lugar para conseguir u obtener una cosa, como sucede en el caso del delito de robo, cometiéndose con la calificativa agravante de cometer el ilícito en cuestión "aprovechando las condiciones de confusión", producidas por catástrofe o desorden publico.

El legislador al introducir las mencionadas circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, esta haciendo relación a las mismas calificativas, tanto agravantes o atenuantes, en consecuencia las "circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión" las multireferidas calificativas y al estar enunciadas dentro del artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, como elementos conformantes del tipo penal, son parte integrante del mismo y sin la debida acreditación de estas en cualquier momento, como en el acto de dictar el auto de bien preso, violara los derechos del acusado y no solo eso, sino que violara garantías individuales, como la de defensa.

Los *elementos normativos* son otro extremo que hay que acreditar dentro de un proceso de carácter penal, recordemos que en líneas anteriores, se ha hecho un examen de los elementos descriptivos, subjetivos y normativos, estos últimos son susceptibles de que el juez o ministerio publico desentrañe el verdadero sentido o *alma* del tipo y además de exigir una valoración jurídica de los términos que suelen insertarse en los tipos, como "al que con animo de lucro", "ilícitamente", "sin derecho" etc., estas expresiones pretenden calificar o constituye el afán del legislador de dejar sin lugar a dudas el sentido correcto que se le quiso imprimir a la norma.

Los *elementos subjetivos específicos*, ya han sido abordados a lo largo de este cuarto capitulo, solamente recordaremos que estos se entienden como la *intención* que

reside en el sujeto, de ahí su denominación (subjetivos), o el *conocimiento* de determinadas circunstancias dables en el devenir mismo de los hechos, como en el delito de homicidio cometido contra ascendientes, por ejemplo el conocer la línea de parentesco que tiene un hijo de su padre, es decir sabe que es su padre, o el conocimiento de el activo de la ventaja que guarda respecto de su víctima al esta inerme, estando armado con un fusil el primero, respecto de las intenciones como elemento subjetivo se pueden citar, al animo de lucro en el delito de fraude, la intención o ánimo de apropiación o apoderamiento en el delito de robo, la intención de copular en el delito de violación o estupro, etc...

Por ultimo la regla genérica de comprobación del tipo penal, determina que no solamente los elementos estudiados son componentes del mismo, sino que lo serán según el caso *"las demás circunstancias que la ley prevea"*, entendiéndose por lo anterior que toda circunstancia que este prevista por la ley, la ley penal obviamente, se tendrán a estos de igual forma como elementos del tipo penal.

Lo anterior deja la posibilidad abierta para considerar a todo elemento que no este considerado dentro del numeral estudiado, como elemento conformante del tipo penal, pero siempre que la ley lo prevea, siguiendo la antigua redacción del artículo 122 ya reformado.

Dentro de este ultimo inciso se puede de igual forma tener por comprendidas a las calificativas, dado que son elementos que la ley prevé, a lo largo de su redacción.

### 3) Criterios jurisprudenciales.

a) Criterios que sostienen el sentido en que se dictaban los autos de formal prisión antes de la reforma constitucional y legal.

Visto que el punto que abordamos requiere necesariamente la observación y lectura detenida de los diversos criterios de la corte y de los tribunales colegiados de

circuito, es que transcribiremos algunas de ellas en forma textual, virtiendo acto seguido razonamientos y el desarrollo de las mismas.

**AUTO DE FORMAL PRISION, LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO DEBEN SER OBJETO DE ESTUDIO EN SENTENCIA DEFINITIVA Y NO DÉL.**<sup>35</sup>

El juzgador al dictar un auto de formal prisión debe excluir de su estudio las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, en razón de que estos extremos deben ser objeto del proceso y de la sentencia correspondiente y concretar su actividad al estudio del cuerpo del delito y probable responsabilidad del inculgado.

El criterio aludido por el órgano judicial colegiado, deja claro que las "modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito" no deben ser materia de estudio por el juez al dictar el auto de bien preso, debido a que estas son materia del proceso y de la sentencia respectiva, siendo los límites para el juez al dictar el auto constitucional el estudio del "cuerpo del delito" y la probable responsabilidad del inculgado, observamos de manera clara que el término que se emplea es el de "cuerpo del delito" que es el que utilizaba la antigua redacción tanto del artículo 19 constitucional, así como la del artículo 122 del código procedimental distrital, en consecuencia la aludida tesis de jurisprudencia es acorde con el término usado, "cuerpo del delito", como se expresó ya a lo largo de este trabajo el vocablo en referencia hace alusión a los "elementos esenciales" del delito en cuestión y no a las demás peculiaridades del mismo.

En la época de vigencia de los antiguos artículos 19 constitucional y 122 del código adjetivo distrital, al dictarse un auto de formal prisión, el juez se ajustaba a comprobar los "elementos esenciales" del delito de que se tratase, es obvio que las demás peculiaridades del ilícito en trato, se comprobaban a lo largo del proceso, desembocando en la sentencia definitiva, que determinaba la suerte del proceso mismo.

---

<sup>35</sup> Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava época, tomo VII-enero, página 154.

Es menester de este trabajo señalar otros criterios para robustecer la idea que se viene estudiando, es decir la forma en que se dictaban los autos de formal prisión, no incluyendo o pasando por alto el estudio de las calificativas, en consecuencia transcribimos diverso criterio sustentado por el segundo tribunal colegiado del primer circuito.

**AUTO DE FORMAL PRISION, MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS INDEBIDAMENTE ESTUDIADAS AL DICTARSE EL.** Si bien es verdad que en su ultima reforma al artículo, 20 fracción I, de la Constitución federal, se estatuye que para la concesión de la libertad bajo caución a los acusados , se deben tomar en consideración, entre otras, las modalidades del delito, no es menos cierto también que el estudio de dicho tema no se debe realizar al momento de dictarse el auto de bien preso, atento a que el dispositivo 19 Constitucional que rige tal determinación, no lo señala como requisito para su validez, y a fin de ser congruente la aludida reforma, con el contenido de este último precepto y evitar interpretaciones incorrectas, el legislador debió de igual forma, modificar el texto del anterior numeral, para determinar que en el auto de prisión preventiva, se incluyeran dichas modalidades o calificativas, sin embargo los jueces al resolver sobre la libertad caucional, no sólo deben tomar en cuenta al auto de prisión preventiva, sino todas las constancias de autos, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 20 fracción I de la ley fundamental.<sup>36</sup>

Lo anterior nos interesa ya que aunque el tema de la libertad caucional no es de incumbencia para este trabajo, si establece un parámetro comparativo, bien cierto que por lo regular ambos actos (libertad caucional y auto de formal prisión), se desarrollan dentro de la etapa de la instrucción y también es cierto que el juez debe tener cuidado al emitir sus resoluciones que envuelven tales supuestos, al dejar sentado lo anterior diremos que en la anterior tesis se refiere a la libertad caucional como un privilegio concedido al inculpado, pero que debe atender al estudio de ciertos antecedentes, como la naturaleza del delito y las calificativas que puedan estar implicadas en el mismo, más sostiene el criterio en referencia que para efectos del dictado del auto de formal prisión, no debe ser así, ya que el precepto constitucional que regula este acto judicial, no lo estatuye que al dictarse el

---

<sup>36</sup> Idem, séptima época, tomo 205-216 sexta parte, pág. 87.

mencionado acto de término constitucional deban estudiarse diversos elementos a los que conforman el "cuerpo del delito."

Se observa que si la tesis en estudio *menciona "...no se debe realizar al momento de dictarse al auto de bien preso, atento a que el dispositivo constitucional que rige tal determinación, no lo señala como requisito para su validez....."*, se debe a que el mencionado artículo 19 constitucional, empleaba la palabra "cuerpo del delito" y con esto como ya se dijo, demanda un estudio del delito únicamente en cuanto a su escénica, a sus elementos objetivos, externos o "vitales", a sus elementos básicos y no a sus elementos secundarios, o que viven anexo de este.

Para dejar de una manera más clara el objetivo de este apartado, abordamos diversa tesis de jurisprudencia que a la letra dice:

#### **AUTO DE FORMAL PRISION, LAS CALIFICATIVAS NO DEBE SER MATERIA DEL.**

El artículo 19 constitucional establece: "Ninguna detención podrá exceder del termino de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresará: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado...". En tales condiciones, es indudable que el auto de formal prisión, de conformidad con lo mandado en el precepto constitucional indicado, debe ocuparse exclusivamente del estudio del cuerpo del delito y probable responsabilidad del indiciado, sin abarcar el examen de las calificativas, porque estas, por exclusión, solo pueden ser materia de la sentencia que al efecto se dicte. Siendo así, si el delito por el que se acusó fue el de lesiones previsto por el artículo 289, párrafo primero, del código penal, el cuál está sancionado con pena alternativa según se desprende de su contenido, es incuestionable que no debió dictarse al hoy quejoso, como se hizo, auto de formal prisión, en virtud de que

---

el artículo 18 de nuestra carta magna previene que: "Sólo por el delito que merezca pena corporal que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva".<sup>37</sup>

Lo anterior robustece la idea de que en el auto de formal prisión no deben estudiarse las calificativas, puesto que el precepto constitucional al ordenar que debe comprobarse el "cuerpo del delito" en el mencionado auto, estatuye que el juez debe de manera exclusiva estudiar esta última y no diversos elementos que serán materia de la sentencia, acto judicial donde deberán examinarse tales calificativas.

Llama la atención, observar a que extremo se dictaban los autos de formal prisión en la antigua redacción de los artículos 19 constitucional y 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, y es de resaltarse lo anterior, atendiendo al criterio de la corte, que a continuación se transcribe:

#### AUTO DE FORMAL PRISION.

La circunstancia de que el auto de formal prisión no contenga la clasificación de las lesiones en cuanto a su gravedad, ningún agravio causa al procesado, pues dicho auto debe contener la mención del delito en forma genérica, sin aludir a calificativas o modificativas, ni tampoco a la naturaleza de las lesiones, pues estos por menores son objeto de comprobación y análisis posteriores.<sup>38</sup>

El cuerpo normativo vigente y la práctica diaria, nos determina que para el caso del delito de lesiones, es indispensable y vital, calificar o identificar el tipo de lesiones inferidas al pasivo y por ende su gravedad, es decir la manera más o menos importante en que la salud de la víctima es dañada.

En ese orden de ideas no se puede comparar las lesiones que no ponen en peligro la vida del pasivo y tardan en sanar menos de quince días, con aquellas lesiones que dejan cicatriz perpetuamente notables en el rostro, o lesiones que ponen en peligro la vida del

---

<sup>37</sup> Idem, tomo 193-198 sexta parte, pág. 41.

pasivo, es decir las llamadas mortales o más aún las lesiones calificadas, ya sea por una agravante o atenuante.

En todos estos casos el tratamiento que se le da al activo es diferente, pero retomando el retomando el criterio de la corte antes transcrito, nos encontramos a que este criterio sostiene que aún con la ausencia de la clasificación de la gravedad de las lesión, debe dictarse el auto de formal prisión, de ser procedente, haciendo mención del delito en forma genérica, es decir sin motivar y fundamentar, las peculiaridades del delito de lesiones de que se trate, como la premeditación, o el hecho de que la lesión deja una cicatriz notable de manera perpetua en la cara del pasivo o el hecho de que es una lesión sin peligro para la vida etc.

El criterio antes transcrito subraya de manera clara la obligación que impone a los jueces, de ceñirse al estudio exclusivo del "cuerpo del delito" al momento de dictarse el auto de término constitucional, en este punto se distingue la importancia del sentido de la interpretación que la corte y los tribunales colegiados de circuito hacen respecto del antiguo artículo 19 constitucional, en la forma en se debían de dictar los autos de bien preso, no importando incluso la ausencia de la clasificación de la gravedad de las lesiones, que reiteramos conforme a su gravedad, implican consecuencias muy variadas para sus autores.

Otro criterio de la corte, que por hacer referencia con la ley secundaria es el que siguiente, que a la letra dice:

#### AUTO DE FORMAL PRISION.

No es legal la exigencia de que el auto de formal prisión se establezca si los hechos imputados pueden ser clasificados como intencionales o imprudentes, o que se califique al delito o se expongan las modalidades que presenta, bastando para que el mandamiento se ajuste a lo dispuesto en el artículo 19 constitucional, que en él se expresen los hechos que se le imputan al quejoso y que tales hechos se enmarquen en la definición legal del delito,

---

<sup>38</sup> Idem, primera sala, sexta época, tomo II, segunda parte, pág. 12.

pues las calificativas o modificativas que lo rodean, son puntos que debe apreciarse en relación con la pena a imponer, materia propia de la sentencia y no del auto de formal prisión.<sup>39</sup>

El anterior criterio califica de ilegal el determinar o establecer si los hechos son intencionales, imprudentes, el calificar el delito o exponer sus modalidades, dentro del dictado del auto de formal prisión, es decir señala las prohibiciones que establece el propio artículo 19 Constitucional y la ley secundaria (artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal) para la emisión del mencionado auto, finaliza el criterio aducido, diciendo que las calificativas o modificativas que puedan rodear a la figura delictiva son objeto de estudio en el dictado de la sentencia y no del auto de formal prisión.

Para finalizar este apartado, transcribiremos la contradicción de tesis 5/88, sustentadas por el primer y segundo tribunal colegiados en materia penal del primer circuito y que constituye la tesis de jurisprudencia 4/98, aprobada por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión privada celebrada el cinco de junio de mil novecientos ochenta y nueve, por unanimidad de cinco votos, siendo el ministro ponente Samuel Alba Leyva, la cuál dice lo siguiente:

**AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL.** 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

---

<sup>39</sup> Idem., quinta época, tomo CIV, pág. 1529.

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 el artículo 19 de la Constitución general de la República.<sup>40</sup>

La anterior contradicción de tesis entre las sustentadas por el primer y segundo tribunal colegiado en materia penal del primer circuito, constituye en el presente trabajo recepcional, un punto culminante en lo concerniente a este apartado (criterios que sostienen el sentido en que se dictaban los autos de formal prisión antes de la reforma constitucional y legal), debido a que atendiendo al contenido del artículo 197-A de la ley de amparo, el cuál dice que cuando entre dos tribunales colegiados de circuito se sustenten tesis contradictorias, los ministros de la suprema corte de justicia, los mismos tribunales colegiados, los magistrados que los integren, el procurador general de la república o las partes que intervinieron en los juicios de garantías respectivos podrán denunciar la citada contradicción ante la suprema corte de justicia de la nación *la cuál decidirá cuál debe prevalecer*.

En ese orden de ideas la mencionada contradicción de tesis 5/88, determina cuál es el criterio que debía seguirse, que en el caso que nos ocupa es que los jueces al dictar un auto de formal prisión no deben incluir para su estudio, las calificativas o modificativas del delito, sino ceñirse de manera exclusiva al estudio del cuerpo del delito.

**b) Criterios que sostienen el sentido que imprime la reforma constitucional y legal, conforme a las cuales deben de dictarse los autos de formal prisión.**

---

<sup>40</sup> Idem , octava época, tomo 16-18, abril- junio de 1989, tesis 1a./I. 4/89, pág. 59.

En este apartado se analizara el otro aspecto que imprimen las aludidas reformas a los artículos 19 constitucional y 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, que es el punto central del trabajo que se realiza, para iniciarlo tomaremos la misma forma en que se analizo el anterior apartado, es decir transcribiendo los criterios y dando de forma seguida un análisis a las mismas y para el fin planteado transcribimos el siguiente criterio del segundo tribunal colegiado del octavo circuito.

**AUTO DE FORMAL PRISION, CUANDO PROCEDE INCLUIR LAS MODALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO EN EL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA).**

En jurisprudencia definida al rubro: "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL" la Suprema Corte de Justicia ha determinado que, atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución General de la República, en el auto de formal prisión sólo se precisará la materia de la causa a seguir al establecerse los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales, limitando el estudio correspondiente a la comprobación del tipo y de la responsabilidad presunta del indiciado, sin analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, las cuales deben ser materia del estudio en la sentencia; empero, contra la regla que el máximo tribunal del país ha establecido, el artículo 249 del código de procedimientos penales de Coahuila previene que en el auto de bien preso se precisará la clasificación de acuerdo a la descripción típica legal y la probable responsabilidad del inculpado incluyéndose las modalidades si se encuentran probadas. Por lo anterior, resulta evidente que la excepción al criterio jurisprudencial en cita opera cuando, como en el caso, se encuentre probada la calificativa correspondiente.<sup>41</sup>

Como se observa el anterior criterio no se debe propiamente a la multicitada reforma del artículo 19 constitucional, si no a diverso numeral del código procedimental del

---

<sup>41</sup> Idem., octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XIII-mayo, pág. 401.

estado de Coahuila, que determina que cuando aparezca probada una calificativa, deberá estudiarse e incluirse en el auto de bien preso, solamente en presencia de una calificativa debidamente.

Todo lo anterior se debe a que si aparecen modificativas o calificativas del delito debidamente probadas, estas deben ser precisadas de manera integral y completa, para debida demarcación de la litis en el proceso penal respectivo, que mejor que hacerlo en la resolución que inicia de manera formal el proceso penal, de esta manera las partes sabrán con toda exactitud los extremos que deberán probar.

No debe de soslayarse la idea del delito, como un ente complejo, constante de diversas características que le dan una fisonomía muy particular y que lo diferencia de otros, es por ello que si las calificativas como parte integrante del mismo, le da variantes tan acentuadas y notables, es que deben estudiarse a fondo y de manera completa.

Se examina ahora diverso criterio sustentado por el segundo tribunal colegiado del tercer circuito, que a la letra dice:

**CALIFICATIVAS O MODIFICATIVAS DE RESPONSABILIDAD, EXCEPCIONALMENTE PUEDE HACERSE ALUSION A LAS, EN EL AUTO DE FORMAL PRISION.**

Aun cuando en lo general no debe hacerse alusión en el auto de formal prisión a circunstancias calificativas o modificativas de responsabilidad del inculpado, ya que éstas deben precisarse en la sentencia de acuerdo con las conclusiones que formule el órgano acusador, hay casos, en que legalmente tiene que aludirse a ciertas calificativas sin que ello constituya un acto arbitrario del juez natural, dado que si de acuerdo a lo dispuesto por la fracción IX del artículo 236 del código penal del estado de Jalisco, se considera calificado el robo cuando recaiga sobre vehículos estacionados en la vía pública o en estacionamiento público o privado, y si el objeto sustraído fue un vehículo que se encontraba en la vía pública, es claro que el referido juez natural tuvo que mencionar esa calificativa por derivar

esta de la esencia misma de la forma en que ocurrieron los hechos, sin que tal mención cause agravio al inculpado.<sup>42</sup>

Aunque en apariencia el anterior criterio no sostiene el criterio que actualmente impera, es sumamente ilustrativo, dado a que hace alusión al delito de robo, cuando tiene como objeto material un vehículo que se encuentre en la vía pública o en estacionamiento público o privado para su resguardo, advertimos que el hecho de que el automóvil se encuentre en la vía pública o en estacionamiento público o privado, constituye la calificativa agravadora o el elemento que se adhiere al tipo fundamental (robo), provocando su metamorfosis, trayendo como consecuencia la elevación de la pena a imponer.

El trasfondo que tiene el anterior criterio, aunque no dimana de la reforma misma al artículo 19 constitucional, es que contempla a las calificativas como algo fundamental y como ejemplo cita el caso del artículo 236 del código penal de Jalisco, habido lo anterior que las calificativas por si, son un elemento importante a estudiar por el juez al resolver la situación jurídica del inculpado, no se explica un delito de homicidio perpetrado con ventaja, sin aludir el hecho de que el activo se encontraba de pie y el pasivo caído o inerme, dado a que esta circunstancia es característica primordial e inseparable del delito en comento, constituyen pues parte integrante de los hechos, de los cuales no se puede eludir o excluir su observancia y estudio.

No obstante lo anterior, veremos más adelante como la corte y los tribunales colegiados de circuito, establecen el actual criterio imperante, que es el de incluir siempre y en todo momento las calificativas en el dictado del auto de formal prisión.

Es conveniente señalar diversa jurisprudencia que apunta de manera más firme el criterio hoy en día aplicado, dicha tesis dice a la letra lo siguiente:

---

<sup>42</sup> Idem, séptima época, tribunales colegiados de circuito, tomo 193-198 sexta parte, pág. 45.

## AUTO DE FORMAL PRISION, CALIFICATIVAS Y MODIFICATIVAS EN EL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).

La jurisprudencia número 173, consultable en las páginas 341 y 342, de la segunda parte, primera sala, del apéndice al semanario judicial de la federación que comprende los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965, establece que para conceder la libertad caucional debe atenderse solamente a la pena que corresponda al delito imputado, tal cual está señalado en la ley, sin tener en cuenta las atenuantes y agravantes que puedan existir. Ahora bien, del texto de las ejecutorias que integran dicha tesis, aparece claro que se refieren al sistema punitivo establecido antes de la vigencia de los códigos de defensa social y de procedimientos en materia de defensa social que en el estado de Puebla rigen en la actualidad, por cuyo motivo ya no procede aplicarla en esta entidad federativa; en cambio, existe el nuevo criterio de la propia suprema corte de justicia de la nación, en relación a las calificativas y libertad caucional, contenido en la diversa jurisprudencia número 177, visible en la página 348 y en la tesis relacionada que aparece en las páginas 344 y 345 de la citada compilación, de cuya interpretación se desprende que, si bien es a través del proceso y especialmente en la sentencia donde se determinará en definitiva si al cometerse el delito concurrió alguna situación atenuante o agravante, ello no significa que cuando aparece acreditada una calificativa o modificativa, el juez de la causa al resolver sobre la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas, no las pueda invocar, sino por el contrario es lícito y aun necesario, atender a las constancias procesales para precisar la modalidad de la infracción cometida y conocer de esa suerte, la pena probable que corresponda al acusado, asentando la base para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la libertad caucional.<sup>43</sup>

El criterio que actualmente impera, es decir, la inclusión y estudio de las calificativas en el dictado del auto de término constitucional, es reforzado en la anterior jurisprudencia, donde se pone de manifiesto que la corte, sostiene un nuevo criterio, donde no solamente determina la licitud del actuar de un juez, al incluir para su estudio las calificativas en el multicitado auto, sino que lo considera necesario para determinar la

---

<sup>43</sup> Apéndice de 1995, tribunales colegiados de circuito, tomo II, parte HO, tesis 792, pág. 512.

modalidad o tipo de delito cometido y por ende servir de base para la concesión o no de la libertad caucional, debiéndose comentar que antes de la reforma al artículo 19 constitucional, la libertad caucional estaba supeditada, como ahora lo esta, a la naturaleza, modalidades y circunstancias especiales del delito de que se trate.

Vemos como hasta lo ahora visto en este trabajo, el criterio materia de este apartado, es más definido y orientado a aplicarse en la universalidad de los casos, ya que la jurisprudencia citada, determina que invocar las calificativas o modificativas, no solo es lícito sino necesario, y no solo para servir de base para la concesión o no de la libertad caucional, sino de todo el proceso, al establecer los límites del conflicto, siendo esto una guía a las partes para que deduzcan sus pretensiones con más igualdad y justicia.

Es conveniente dejar constancia de diversa jurisprudencia sentada por el primer tribunal colegiado en materia penal del primer circuito, el cuál determina lo siguiente:

**AUTO DE FORMAL PRISION, DEBEN INCLUIRSE LAS MODALIDADES DE LOS DELITOS EN EL.** Si el agente del ministerio público al ejercitar la acción penal, invoca calificativas o atenuantes íntimamente relacionadas con los hechos, debe 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 la 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

critérios plasmados en tesis jurisprudenciales, que existían antes de la reforma constitucional mencionada.<sup>44</sup>

Del anterior criterio se desprenden dos aspectos que son importantes resaltar, el primero de ellos se refiere al hecho de que el ministerio público invoque las calificativas al consignar, por estar íntimamente relacionadas con los hechos materia del proceso, esto es debido a que el ministerio público al ejercer su facultad contenida por el artículo 21 constitucional, fija la materia de la acusación en base a lo actuado en la averiguación previa, pero destaca que tratándose de sujetos peligrosos, estas alcanzan plena solidez, de no ser desvirtuadas por la defensa, lo que hace pensar que estas alcanzan especial importancia y relevancia en este tipo de personas, puesto que se ha relacionado mayormente el concepto de calificativas, como agravadoras de la pena, supuesto que no es el único, al existir calificativas atenuantes, que tienen un efecto contrario a las agravantes.

El segundo aspecto se refiere al beneficio caucional, que conforme a la reforma del artículo que lo regula, es decir del artículo 20 fracción I constitucional, analiza las modalidades, naturaleza y circunstancias especiales del delito de que se trate, esto dice el criterio aludido, debe ser de igual forma en tratándose del auto de formal prisión que debe ver en su texto, analizadas y estudiadas las calificativas, de esta manera al ser acordes ambos momentos (auto de formal prisión y concesión o no de la libertad provisional bajo caución), resultan jurídicos y lícitos y no solo ello sino lógicamente pronunciados, ya que si el auto de formal prisión, sirve de base para el proceso, lo será por ende al beneficio de la libertad caucional, que por lo regular deviene en segundo término.

### **c) Emisión de la contradicción de tesis número 42/96 y sus efectos.**

Siendo la emisión de la jurisprudencia número 6/97, el punto culminante, en el que se resuelve por la Corte la contradicción de dos tesis de jurisprudencia, emitidas por dos tribunales colegiados de diferentes circuitos, que constituyen las dos grandes vertientes o

---

<sup>44</sup> Semanario judicial de la federación, tribunales colegiados de circuito, séptima época, tomo 217-228 sexta

critérios del tema planteado en el trabajo recepcional que nos ocupa; hemos destinado un apartado por separado, donde no solo se analizara el texto mismo, sino la sentencia que emite la Corte, o sea los razonamientos lógico-jurídicos que lleva a cabo este alto tribunal, para dejar sentado el criterio que debe prevalecer.

Las tesis de jurisprudencia que sugieren su contradicción son en primer término: la emitida por el tercer tribunal colegiado del sexto circuito, con residencia en la ciudad de Puebla, Puebla, cuyo texto precisa:

**AUTO DE FORMAL PRISION. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISION. NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LAS REFORMAS DE LOS ARTICULOS 19 CONSTITUCIONAL Y 83 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA.**

Este tribunal colegiado, estima que la jurisprudencia cuyo rubro es "AUTO DE FORMAL PRISION. NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", ha quedado superada por las reformas que sufrieron los artículos 19 constitucional y 83 del código de procedimientos en materia de defensa social para el estado de Puebla, por los siguientes razonamientos. Del contenido del artículo 19 constitucional reformado, se desprende que para dictar un auto de formal prisión, es necesario que de lo actuado en el proceso penal, aparezcan datos suficientes que justifiquen los elementos del tipo penal que se impute al acusado y además hagan probable su responsabilidad penal en la comisión del mismo; lo que significa que debe examinarse la descripción que del ilícito se haga en la legislación penal; ahora bien, el empleo de la expresión "elementos del tipo penal", en dicho precepto legal tiene como finalidad fortalecer la seguridad jurídica del gobernado para que pueda defenderse adecuadamente del delito atribuido. Al respecto el artículo 83 del código de procedimientos en materia de defensa social reformado, dispone que los elementos del tipo penal son los siguientes: I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión, o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; II. La forma

de intervención de los sujetos activos; y III La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) Las cualidades del sujeto activo y pasivo; b) El resultado y su atribución 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." Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, ha dicho que desde un punto de vista doctrinario, en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementados. De acuerdo con lo anterior el delito de robo calificado con violencia moral, es un tipo complementado, circunstanciado o subordinado, pues necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndosele una circunstancia, que en la especie, resultan ser los medios utilizados por el acusado para llevar a cabo el delito, esto es la violencia moral consistente en amagar a la víctima con un arma, a fin de desapoderarlo de sus bienes, circunstancia que se encuentra prevista en el artículo 380 fracción I del código de defensa social para el estado de Puebla; razones por las que resulta apegado a derecho que el juez natural estudie tal situación agravante en el auto de formal prisión, incluyéndola como parte integrante del tipo penal complementado.<sup>45</sup>

En segundo término se encuentra la tesis de jurisprudencia emitida por el segundo tribunal colegiado del décimo noveno circuito, con residencia en ciudad Victoria Tamaulipas, que determina lo siguiente:

**LIBERTAD CAUCIONAL. EL JUEZ PUEDE APRECIAR LAS CALIFICATIVAS DE LOS DELITOS A FIN DE RESOLVER SOBRE LA.-** 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, sí es posible que aprecie tales circunstancias para proveer sobre el beneficio caucional, con independencia de lo que pudiera resolver al dictar sentencia.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Idem, novena época, tomo III, febrero de 1996, tesis VI. 3o.16 P, pág. 390.

La supuesta contradicción de tesis es denunciada por el presidente de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al tratarse de la posible de contradicción de tesis e materia penal, sostenidas por tribunales colegiados de circuito, la corte con fundamento en el artículo 197-A, procede a allegarse de los expedientes relativos a los recursos de revisión, números 679/95, interpuesto por Ernesto Sánchez Flores y 260/95, interpuesto por Genaro Montes Flores, que contienen los criterios que sugieren discrepancia.

Hecho lo anterior la Corte, a través de su primera sala comienza a analizar los puntos en que se apoyan las citadas tesis.

Como primer punto se encuentra la reforma de los artículos 16 y 19 constitucionales, que en su parte medular desechan el término "cuerpo del delito" por el de "elementos del tipo penal", que en consecuencia puntualiza el segundo precepto invocado en su parte conducente que ...*"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste"....*

De la lectura de lo anterior se advierte que, para que la autoridad judicial pueda dictar un auto de formal prisión, debe acreditarse los "elementos del tipo penal" por medio de actuaciones que establezcan datos suficientes para el fin propuesto.

En mérito de lo anterior, la segunda sala de la Corte, deslinda el significado entre uno y otro término, siendo el de "cuerpo del delito" como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva definida por los códigos sustantivos de la materia.

---

<sup>46</sup> Tesis con clave TC192011.9PE1, tribunales colegiados de circuito, amparo en revisión 260/95

Hemos reiterado que el término "cuerpo del delito" comprende los elementos básicos o pilares que le dan la estructura primordial y principal al delito, como podría ser en el caso del delito de lesiones, primero la afectación de la salud del pasivo y segundo que esa afectación se deba a un actuar humano.

No siendo la misma interpretación que se le da al término "elementos del tipo penal" que implica un concepto mas amplio. que contiene no solo los elementos básicos, sino otros elementos, como los determinados precisamente en la regla de comprobación del tipo penal, que para el caso del Distrito Federal es el artículo 122 del código procedimental de la materia, siendo en materia federal el artículo 168 del ordenamiento procesal penal, entre los cuales se destacan los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión y las demás circunstancias que la ley prevea, que como ya prevenimos son precisamente las multireferidas calificativas.

Conforme a diverso criterio sustentado por la Corte, desde un punto de vista doctrinal y en atención a la clasificación de los delitos en orden al tipo, en relación a la autonomía de estos últimos, se han clasificado en *básicos*, que son aquellos que tienen vida por si mismos, son fundamentales e independientes, que no requieren de otro tipo o circunstancia para subsistir por si mismos, se clasifican en *especiales*, que suponen la unión de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad, para fusionarse en uno solo, que su existencia supone y obliga a subsumir la aplicación de este tipo especial, finalmente se clasifican en *complementados* que suponen la unión de un tipo básico con una circunstancia, debiendo de aplicarse el tipo básico, con relación a tal circunstancia.

Lo que significa que el juez al examinar si se encuentran acreditados los elementos de un tipo determinado, deberá atender desde luego, al tipo básico, localizado en los diferentes códigos sustantivos, atendiendo en consecuencia a dejar satisfechos todos los requerimientos que hace la regla genérica de comprobación del tipo penal (artículos 122 y 168 de los códigos procesales distrital y federal respectivamente), por lo anterior se advierte que el juez debe realizar un juicio de tipicidad, acreditando todos y cada uno de los

requisitos que le son requeridos, y si entre ellos va inmiscuida una calificativa, deberá por ende que acreditarse sus extremos.

Como se observa al ser obligación de todo juez analizar e incluir todos y cada uno de los elementos que componen el tipo penal, sienta con toda precisión la materia del proceso a seguir, es decir determina la litis del proceso con toda exactitud, dando noticia exacta al inculpado de la acusación hecha en su contra, de no ser así se violaría su garantía de defensa, dejándosele en estado de indefensión al no saber de manera completa e integral el cargo que se le hace.

Por otro lado la tesis de jurisprudencia sustentada por el segundo tribunal colegiado del décimo noveno circuito, establece que las calificativas, no deben incluirse en el dictado del auto de formal prisión, dado que estas deberán ser materia del proceso y la sentencia respectiva, por lo anterior y en atención a las reformas de los artículos 16 y 19 constitucionales, que se apartan del término "cuerpo del delito" para adoptar el de "elementos del tipo penal" y la correspondiente adecuación al texto constitucional de los códigos de procedimientos penales, de Puebla, Distrito Federal, federal etc., es que ha sido superada la tesis en mérito.

No obstante lo anterior la tesis del tercer tribunal colegiado del sexto circuito, es acorde por lo señalado en el artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, que determina que para concederse el beneficio de la libertad provisional bajo caución al inculpado, deberá observarse la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, entre ellas las calificativas, ya sean agravantes o atenuantes, de esto se desprende que si por razón de la influencia que ejerce la calificativa agravante de ventaja, sobre el tipo básico de homicidio, tendremos un delito de homicidio calificado por la agravante de ventaja, elemento que sitúa al homicidio como un delito grave, el cuál excluye la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución a su autor.

En su momento y visto que la Corte, a través de su primera sala tiene rendidos los informes y constancias que le fueron enviados por los tribunales colegiados que sostienen las tesis que sugieren contradicción y dada vista al Procurador General de la República y toda vez que éste último dejó de manifestar lo que a su representación corresponde y considerando los antecedentes de derecho y de hecho ya manifestados a lo largo de éste apartado es que nuestro máximo tribunal resuelve lo siguiente:

- Si existe contradicción entre las tesis sostenidas por el tercer tribunal colegiado del sexto circuito, con residencia en la ciudad de Puebla, Puebla, al fallar en el recurso de revisión número 679/97, interpuesto por Ernesto Sánchez Flores y la tesis sostenida por segundo tribunal colegiado del décimo noveno circuito, con residencia en ciudad Victoria Tamaulipas, al fallar en el recurso de revisión número 260/95, promovido por Genaro Montes Flores.

- Declara que el criterio que *debe prevalecer* es el que a continuación se transcribe:

**AUTO DE FORMAL PRISION. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO E "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DE DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.** La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución general de la república, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste." Dentro de este contexto normativo, 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, atribuido al inculpado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino además, de ser el caso, se configure

o perfil su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse el proceso al inculpado, y por tanto deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador.<sup>47</sup>

- Por último ordena se manden al Semanario Judicial de la Federación y su gaceta para su publicación, así como a los multicitados órganos judiciales colegiados, para su conocimiento y efectos legales conducentes.

Por último precisaremos que el criterio aducido en el número dos, constituye la tesis de jurisprudencia 6/97, aprobada por unanimidad de cuatro votos, en sesión de 12 de febrero de 1997, siendo el ministro ponente, Juan N. Silva Meza.

---

<sup>47</sup> Semanario judicial de la federación, novena época, primera sala, tomo V, febrero de 1997, tesis 1a./J. 6/97, pág. 197.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Las calificativas son elementos o circunstancias que se agregan o adhieren a un tipo denominado básico provocando la metamorfosis del primero, dando como resultado la creación de un tipo nuevo con características propias que lo hacen diferente a los demás, siendo uno de los efectos de mayor relevancia el aumento (calificativas agravantes) o disminución (calificativas atenuantes) de la severidad con que se castiga un injusto penal. Debe identificarse como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, calificativa, a todo elemento o circunstancia que provoque los efectos ya precisados y no sólo a las calificativas agravantes más conocidas como la premeditación, alevosía, ventaja y traición aplicadas a los delitos de homicidio y lesiones.

**SEGUNDA.** El auto de formal prisión es la resolución judicial que debe de establecer en forma precisa y exhaustiva todos y cada uno de los elementos del tipo penal, es decir, motivando y fundado debidamente los mismos, constituyendo la resolución en comento como el inicio del proceso penal, el cual debe de estar lógica y jurídicamente bien establecido.

**TERCERA.** El término *cuerpo del delito* constituye los elementos básicos, objetivos y/o estructurales de todo delito, sin representar la totalidad de todos y cada uno sus componentes,

**CUARTA.** No obstante que en el presente, la Constitución en su artículo 19, desecha de nueva cuenta el término "elementos del tipo penal" retomando el término "cuerpo del delito", deben de estudiarse e incluirse las calificativas en el dictado del auto de formal prisión, esto se asevera porque el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al ser el ordenamiento reglamentario del precepto fundamental invocado, determina cuales son los elementos del tipo penal y entre ellos se encuentran precisamente las calificativas, además porque es lógico y necesario el estudio profesional y exhaustivo de elementos como las calificativas que pudieran incidir en un injusto penal determinado, aunado porque el actual texto del 19 constitucional refiere que en el dictado de todo auto de

formal prisión se expresaran: el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito, esto ultimo representa las calificativas propiamente dichas, que en relación con el primer párrafo del artículo 16 constitucional, no solo deben expresarse el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución de un delito, sino también deben de motivarse y fundamentarse debidamente.

QUINTA. Es correcto hablar de la acreditación de los elementos del tipo penal, como base para determinar de manera más técnica y correcta si en la causa penal respectiva, se da una adecuación total y plena de los hechos consignados en la hipótesis normativa llamada, tipo penal.

SEXTA. Deben fundarse y motivarse debidamente, es decir analizarse y estudiarse las calificativas que puedan incidir en un delito determinado, en el pronunciamiento en el auto de bien preso con el objetivo primordial de dejar sentada completa y correcta la litis del proceso penal, para que en ese orden de ideas pueda tanto la representación social como la defensa desarrollar de manera adecuada y justa sus pretensiones.

SEPTIMA. Consideramos correcta la forma que actualmente guarda el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (regla genérica de comprobación del tipo penal), debido a que constituye una exigencia real para todo juzgador, para que a su vez éste último desarrolle sus atribuciones constitucionalmente dadas, de manera profesional y justa.

OCTAVA. Advertimos acertado el criterio de la Suprema Corte de Justicia plasmado en la contradicción de tesis número 42/96, que constituye la tesis de jurisprudencia 6/97, que considera que es una obligación ineludible para todo juez estudiar e incluir las calificativas en la resolución que sienta las bases de todo proceso penal, es decir, el auto de formal prisión.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma, "Derecho Penal". Editorial Harla, México 1998.
- BARRITA LOPEZ, Fernando, "Prisión Preventiva y ciencias penales". Editorial Porrúa, México 1992
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "El Juicio de Amparo". Editorial Porrúa, México 1994.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales". Editorial Porrúa, México 1994.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otro "Derecho Penal Mexicano" Editorial Porrúa, México 1995.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otro "Código Penal Anotado" .Editorial Porrúa, México 1997.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa México
- COLIN SANCHEZ, Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" Editorial Porrúa, México 1995.
- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, "Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal" ,Editorial Duero, México 1992.
- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, "El Amparo Penal Indirecto: Grandeza y Desventuras" Editorial Grupo Herrero, México 1995.

- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, "Ley de Amparo Comentada". Editorial Duero, México 1992.
- FREUD, ANA "El Yo y los Mecanismos de Defensa". Editorial Paidós, Buenos Aires 1973.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, México 1992.
- HERNANDEZ LOPEZ, Aarón, "El Procedimiento Penal en el Fuero Común". Editorial Porrúa, México 1997.
- HERRERA LAZA Y GUTIERREZ, Eduardo, "Garantías Constitucionales en Materia Penal". Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1984.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, "Lecciones de Derecho Penal". Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1995.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano los tipos de daños contra la Vida". Editorial Porrúa, México 1985.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano Tomo I Introducción al Estudio de las Figuras Típicas". Editorial Porrúa, México 1985.
- LODOÑO JIMENEZ, Hernando, "Derecho procesal Mexicano". Editorial Temis, Colombia 1982.
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, "Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal". Editorial Porrúa, México 1997.
- OSORIO NIETO, Cesar Augusto, "El Homicidio". Editorial Porrúa, México 1997

- PALACIOS VARGAS, Ramón, "Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal". Editorial Trillas, México 1978.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco, "Lecciones de Derecho Penal parte especial". Editorial Porrúa, México 1965.
- PORTE PETIT, Candaudap Celestino, "Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal". Editorial Porrúa, México 1982.
- PORTE PETIT, Candaudap Celestino, "Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal" Editorial Porrúa, México 1994.
- SAINZ CANTERO, José, "Lecciones de Derecho Penal Parte General". Editorial Bosh casa editorial, Barcelona 1990.
- ZAFARONI EUGENIO, Raúl, "Manual de Derecho Penal Parte General". Editorial Cárdenas editor y distribuidor, México 1991.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, "Garantías y Proceso Penal". Editorial Porrúa, México 1993.

#### Legislación Consultada:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- **Código Penal, en materia del fuero común para el Distrito Federal y para toda la república en materia del fuero federal .**
- **Código Federal de Procedimientos Penales**
- **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal**
- **Ley de Amparo**
- **Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.**
- **Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia del fuero federal.**
- **Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.**