



Las calificativas

Ricardo Ojeda Bohórquez
Magistrado del Séptimo Tribunal Colegiado en
Materia Penal del Primer Circuito

Sumario: I. *Planteamiento del Problema.* II. *Problemática de las agravantes y calificativas en la orden de aprehensión y auto de término constitucional.* III. *Calificativa: ¿sinónimo de agravante?* IV. *Consideraciones Finales.* V. *Conclusiones.*
Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con motivo de las reformas constitucionales de 8 de marzo de 1999, que cambió el concepto de tipo penal por cuerpo del delito, se ha planteado la interrogante si las calificativas son parte del cuerpo del delito o no y si se deben incluir en el auto de término constitucional.

Por otra parte, ha existido siempre la confusión si las calificativas son sinónimos de agravantes; en este artículo tratamos de dar una explicación a todo ello.

II. PROBLEMÁTICA DE LAS AGRAVANTES Y CALIFICATIVAS EN LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL

En relación a los requisitos constitucionales que deben contener tanto los órdenes de aprehensión como los autos de término constitucional

(auto de formal prisión y sujeción a proceso), para garantizar una debida fundamentación y motivación de conformidad con los artículos 16 y 19 constitucionales, cabe puntualizar lo siguiente.

En principio, debe señalarse que hasta antes de la reforma constitucional de septiembre de mil novecientos noventa y tres, para el dictado del auto de término constitucional, se exigían entre otros requisitos el acreditamiento del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado. En ese sentido, la jurisprudencia mexicana esclareció el aludido concepto de cuerpo del delito, a través del criterio siguiente:

CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura descrita concretamente por la ley penal.

(Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Primera Sala, Jurisprudencia 93, pág. 201.)

Asimismo, en esa época, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también sustentó, en relación a la demostración de las calificativas del delito, la tesis que a continuación se transcribe:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, 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 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 de 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.

(Semanario Judicial de la Federación Jurisprudencia, Primera Sala, Tomo 16-18, abril 1989, Tesis por contradicción 4/89, pág. 54.)

Sin embargo, a través de la reforma constitucional a la que nos hemos venido refiriendo se sustituyó el concepto de “cuerpo del delito” por el de “tipo penal”, en el artículo 19, además de incorporar este último concepto también en el diverso numeral 16, es decir, se cambió de un concepto con una connotación reducida por otro de contenido distinto y más extenso que el sustituido, que en consecuencia resultaba de más garantía para el inculpaado.

Las aludidas reformas a nuestra Carta Magna fueron efectuadas de la siguiente manera.

Texto anterior	Texto reformado
Artículo 16.- No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyados aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado	Artículo 16.- No podrá librarse ninguna orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.
Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se 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.	Artículo 19.- Ninguna declaración ante autoridad judicial podrá exceder el 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 reforma efectuada a los preceptos constitucionales antes transcritos se puede resumir de la siguiente manera:

1. En el artículo 16 de la Constitución Federal se adiciona textualmente como requisito para el libramiento de la orden de aprehensión la acreditación de los elementos del tipo penal del delito.

2. En el artículo 19 de la Constitución Federal se sustituye el concepto 'comprobación del cuerpo del delito', como requisito para el dictado de un auto de formal prisión, por el de 'acreditación de los elementos del tipo penal del delito'.

3. Como consecuencia de lo anterior se uniformizan expresamente los requisitos estructurales de la orden de aprehensión: acreditación de los elementos del tipo penal y probable responsabilidad, a los del auto de formal prisión (Sosa Ortiz, 1999: 42).

A fin de ajustar la nueva terminología utilizada por los artículos 16 y 19 constitucionales de "elementos del tipo penal" y "probable responsabilidad", en sustitución de los anteriores de "cuerpo del delito" y "presunta responsabilidad", las legislaciones de procedimientos penales del país también fueron reformadas; así el diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, el Diario Oficial de la Federación publicó el decreto fechado el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y tres que, entre otros ordenamientos, reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, entre los cuales se modificó el texto del artículo 168 para quedar en los siguientes términos:

ARTÍCULO 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro al que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos, y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la

acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos, y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

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

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

Es decir, en el artículo 168 del Código Adjetivo Penal Federal se determinó cuáles eran los elementos que integraban el tipo penal, comprendiendo tanto los de carácter objetivo como los de índole subjetivo y normativo. Asimismo, se especificó cuáles eran comunes en todos los tipos penales (básicos o fundamentales, en las tres primeras fracciones), y cuáles eventualmente pudieran comprender algunas descripciones legales en particular (tipos especiales o complementados, privilegiados o agravados, previstos en el cuarto párrafo de dicho precepto). La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con base en las anteriores reformas, realizó la siguiente interpretación:

ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO, DE ACUERDO CON LA REFORMA AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. El segundo párrafo del artículo 16 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: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado." Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la

figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o profile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el efecto procesal de poner a disposición del juez al indiciado en relación con determinado delito; por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la consignación.”

(Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Tomo VII, abril 1988, jurisprudencia por contradicción 18/97, pág. 155.)

En este entendido, podemos concluir que a partir de la aludida reforma de septiembre de mil novecientos noventa y tres a los artículos 16 y 19 constitucionales, en el dictado de la orden de aprehensión y el auto de término constitucional, el estudio relativo no debía limitarse al análisis del cuerpo del delito (elementos objetivos), sino que debería referirse a todos los elementos del tipo (elementos objetivos, normativos y subjetivos). De igual manera, como consecuencia de lo anterior, en el dictado de dichas resoluciones debían precisarse las circunstancias agravantes o atenuantes, así como las calificativas o modalidades del delito por ser éstas parte del concepto “elementos del tipo”.

A pesar del avance logrado en ciertos aspectos con la reforma anterior, en cuanto al concepto y a los derechos del gobernado, propiciada por el ilustre maestro don Moisés Moreno Hernández, el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, hubo una contrarreforma, a través de la cual se volvieron a modificar los artículos 16 y 19 constitucionales, en donde se sustituyó de nueva cuenta el concepto de “elementos del tipo” por el de “cuerpo del delito”; al quedar de la siguiente manera:

ARTÍCULO 16.-...

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

ARTÍCULO 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, el lugar,

tiempo y circunstancias de ejecución así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

De la misma forma, las legislaciones procesales penales del país fueron reformadas; así, el dieciocho de mayo siguiente se reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, contenido en el Capítulo I, del Título V, relativo a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado, para ajustar la ley procesal penal vigente a la nueva terminología empleada en la Constitución. Dicho precepto a la letra señala:

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

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

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Cabe entonces cuestionarse si con la inclusión del concepto “cuerpo del delito” como requisito de las órdenes de aprehensión y autos de formal prisión en materia federal, resulta necesario para su acreditación la demostración de las modificativas o calificativas y en general de las atenuantes o agravantes del delito en dichas resoluciones. Al respecto debe decirse que tomando como base el contenido del artículo 168 del código adjetivo de la materia, que establece que el cuerpo del delito se constituye por el conjunto de elementos objetivos y normativos del tipo penal, sí deben analizarse e incluirse.

Ahora bien, la doctrina los ha clasificado a los tipos penales en básicos (v. gr. el del homicidio simple, art. 302 del Código Penal Federal —en lo sucesivo CPF—); tipos especiales, que se constituyen bajo

una sola norma, que a su vez pueden ser agravados (v. gr. parricidio 323 del CPF y privación ilegal de la libertad con el propósito de realizar un acto sexual 365 bis) o privilegiado (v. gr. homicidio cometido en estado de emoción violenta art. 310 del CPF); y tipos complementados que se constituyen con la norma del tipo básico y otra complementaria, que también pueden ser agravados (v. gr. robo con violencia arts. 367, 370 y 381 del CPF) o privilegiados (v. gr. homicidio en riña arts. 302 y 308 del CPF).

Asimismo, la doctrina ha sostenido que los elementos del tipo penal en forma abstracta, son los siguientes: la conducta (acción u omisión); el bien jurídico; la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; sujeto o sujetos activo y pasivo; nexos causal; objeto material; los medios utilizados y las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión (modalidades de la conducta); voluntad dolosa y culposa. Estos a su vez los clasifica en objetivos, normativos y subjetivos.

Ahora bien, los elementos objetivos son aquellos que pueden ser constatados con la sola aplicación de los sentidos (la vista, el gusto, el tacto y el olfato); de ahí que la conducta (acción u omisión), la lesión del bien jurídico, los sujetos, el objeto material, los medios utilizados y las circunstancias de ejecución (lugar, tiempo, modo y ocasión), son elementos que se pueden constatar con los sentidos y acreditar con los medios de prueba existentes en la ley.

Los elementos normativos requieren un determinado juicio de valoración. Por ejemplo cuando el tipo penal contiene expresiones como las siguientes en el Código Penal Federal: "injustificadamente" art. 225, fracción X; "sin que proceda denuncia, acusación o querrela", art. 225, fracción X; "hechos falsos o leyes inexistentes", art. 231, fracción I; "documentos de crédito público", art. 239; "funcionarios electorales y funcionarios partidistas", art. 401, 405 y 406, etcétera (Moreno Hernández, 1999: 212-213).

Los elementos subjetivos son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en su sentimiento y, por ello, su comprobación resulta complicada; de tal manera que sólo con la confesión apoyada en otras pruebas se pueden acreditar o bien, cuando no exista ésta, con otras pruebas, aplicando la prueba circunstancial o indiciaria. Dentro de esos elementos encontramos al dolo y la culpa, es decir, a la intención y a la

imprudencia, que si bien no se describen en el tipo penal, conforme a la Teoría Finalista son parte de la conducta (acción u omisión) y conforme a la causalista de la culpabilidad; sin embargo, también existen en los tipos penales, descritos en ellos, los elementos subjetivos específicos, que son los motivos particulares, intenciones, ánimos, tendencias o propósitos del activo del delito, como por ejemplo el “a sabiendas” en el delito de uso de documento falso, o el “con el propósito de” en el delito de privación ilegal de la libertad (art. 365 bis del CPF).

Así, las calificativas o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (modalidades), son factores que también atenúan o agravan (atenuantes y agravantes) la responsabilidad del autor del delito incidiendo en la medición cuantitativa de la pena (Muñoz Conde, 1994: 182). Es decir, en mi concepto, son las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión que califican la conducta las calificativas propiamente dichas.

Hay ciertos tipos penales, especiales o complementados, agravados o privilegiados, que hacen referencia a circunstancias de lugar, por ejemplo: “en establecimientos comerciales” (art. 381, fracción V del CPF), “paraje solitario” (art. 286, CPF). Otros hacen referencia a circunstancias de tiempo (“hacer proselitismo el día de la jornada electoral”; (art. 403, f. III, CPF); de modo (“en forma tumultuaria”, art. 130; “públicamente”, art. 209, CPF); de ocasión (“con motivo o en virtud del empleo, cargo o comisión”, art. 224, fracs. III, IV y V; 225, fracs. II y X y 220 del CPF) (Moreno Hernández, 1999: 307). Algunas de esas circunstancias tienen la función de agravar o atenuar la pena, y son a ellas a las que conocemos como calificativas (Díaz de León, 1997: 307). En mi concepto, solamente a ellas.

Lo anterior es así, porque existen agravantes o atenuantes en razón de la calidad o pluralidad específica de los sujetos, activo y pasivo, por ejemplo la violación agravada en razón del parentesco (art. 266, bis, CPF); y otras en función de algún elemento normativo, por ejemplo la “extorsión realizada por una asociación delictuosa” (art. 390, CPF); otras en función de un elemento subjetivo específico (art. 365 bis del CPF, Privación ilegal de la libertad con el propósito de realizar un acto sexual). Los dos primeros casos, por ser elementos objetivos y normativos, constituyen el cuerpo del delito conforme al artículo 168 de la legislación federal, luego también son incluyentes en la orden de aprehensión y auto de formal prisión.

III. CALIFICATIVA: ¿SINÓNIMO DE AGRAVANTE?

En suma, para evitar las confusiones que se han presentado tanto en tesis de los tribunales colegiados, como en algunos libros, debe decirse que el concepto agravante y calificativa aunque parecieran sinónimos no lo son, pues tienen sus diferencias; las agravantes y atenuantes pueden darse, en función de las modificativas o calificativas (modalidades), que son las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión que califican la conducta del indiciado (ejem.: “robo calificado o agravado en lugar cerrado” art. 381 del CPF), pero también en función de algún elemento normativo (ejem.: extorsión agravada, “al servidor público...”, “asociación delictuosa” art. 390 del CPF), en función de la calidad o pluralidad específica de los sujetos, activo y pasivo (por ejemplo: lesiones agravadas en función del parentesco, “pariente” art. 300 del CPF), o inclusive algún elemento subjetivo específico (v. gr.: privación ilegal de la libertad agravada, art. 365 bis del CPF: “al que prive ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto sexual...”).

Es decir, la agravante o atenuante son conceptos jurídicos que inciden en la penalidad en función de las particularidades de los elementos del tipo penal; ya que pueden darse en base a una calificativa; pero también la puede constituir la pluralidad o la calidad específica del sujeto pasivo o activo, los medios de comisión y algún elemento normativo o subjetivo específico. De tal manera que no toda agravante o atenuante constituye una calificativa, pero ésta sí puede constituir una agravante o atenuante; de ahí que en ocasiones hay quienes equivocadamente llaman delito calificado, cuando la penalidad se agrava o se privilegia en función de la calidad o pluralidad específica de los sujetos, activo o pasivo, debiéndose llamar solamente “delito agravado”.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Así, es claro que si el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que el cuerpo del delito lo constituyen los elementos objetivos y subjetivos, y si las circunstancias de lugar, modo, tiempo y ocasión, son elementos susceptibles a los sentidos y, por ende,

objetivos, las calificativas deben analizarse en la orden de aprehensión y auto de formal prisión, como parte del cuerpo del delito, sin que actualmente sea aplicable la vieja tesis de jurisprudencia 4/89, anterior a las reformas de 1994, ni tampoco la posterior, la número 23/97, anteriormente señaladas.

Debe hacerse la aclaración que existen legislaciones procesales que constituyen el cuerpo del delito con elementos objetivos y normativos, como el artículo 25 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca, pero otros no, pues agregan los subjetivos específicos, como es el caso del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que a la letra dice:

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

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

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

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

Sin embargo, aun en el caso del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, las calificativas deben incluirse en la orden de aprehensión y auto de formal prisión, por incluir elementos objetivos, y también deben incluirse las agravantes o atenuantes, derivadas de otros elementos objetivos como son las calidades en los sujetos y los medios de comisión, así como las derivadas de elementos normativos y subjetivos específicos.

Por tanto, el nuevo contenido del cuerpo del delito dependerá de la definición que cada una de las legislaciones locales le otorgue.

Algunos tribunales colegiados ya se han pronunciado al respecto en ese sentido, por lo que cabe hacer alusión al siguiente criterio sostenido

por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en el que se interpretó el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que sufrió casi las mismas reformas que el 168 del código adjetivo federal de la materia a que se ha venido haciendo alusión.

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SE DEBEN INCLUIR LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL, A LA LUZ DE LA REFORMA DEL TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 6/97, publicada en la página 197 del tomo V, del mes de febrero de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL', QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES, estableció el criterio de que en el auto de formal prisión deben quedar determinados con precisión los elementos constitutivos del tipo penal incluyendo, en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador. Por otra parte, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal sufrió reformas el tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve, estableciendo de nueva cuenta la comprobación del "cuerpo del delito", abandonando el concepto de "elementos que integran el tipo". Sin embargo, la connotación actual del cuerpo del delito difiere de la que estuvo vigente antes de la reforma de 1993, pues entonces la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que por cuerpo del delito debía entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos integradores del tipo penal respectivo, y disponía que el cuerpo del delito se tendría por comprobado cuando se acreditara la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, pero en la actualidad es diferente, toda vez que el artículo 19 constitucional establece que en el auto de formal prisión deberán expresarse "... el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución ...", y el artículo 122 del precepto antes citado establece que "... El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de elementos objetivos o externos que

constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito. ...”; de ello es dable concluir que es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir un auto de formal prisión, demostrar todos y cada uno de los elementos del cuerpo del delito, así como las circunstancias de ejecución del mismo, incluyendo en éstas las calificativas o modificativas del delito, pues en el caso, éstas también forman parte de la conducta. Por tal razón es obligatorio observar lo establecido en la jurisprudencia de la Primera Sala citada con anterioridad, pues lo dispuesto en la misma no se contrapone a las reformas establecidas en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que, derivado de un análisis integral del precepto antes citado con el artículo 19 de la Constitución, se debe concluir que el juzgador al emitir el auto de formal prisión, debe abarcar lo establecido en ambos preceptos con el fin de respetar la garantía de seguridad jurídica del gobernado en el proceso penal. (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, mayo de 2001, tesis I. 6º. P. 18 P, pág. 1091.)

Comparto este criterio que sustenta la tesis antes transcrita; sin embargo, considero que la jurisprudencia de la Primera Sala que se indica con el número 1ª/J. 6/97 ya no es obligatoria, pues ha quedado superada con las reformas constitucionales y contiene diversas razones para concluir que deben incluirse las calificativas en el auto de formal prisión.

En torno a las agravantes, en las que incluimos a las calificativas, se ha discutido si en los tipos complementados y especiales, al no acreditarse todos los elementos del tipo penal debe absolverse al acusado en razón de los principios de legalidad y seguridad jurídica, o bien condenar por el delito básico si sus elementos se demuestran. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, por política criminal y para evitar la impunidad la segunda postura, al resolver el problema suscitado con el tipo especial del robo específico, establecido en el artículo 371 del Código Penal Federal, cuyo criterio se transcribe:

ROBO, ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. LA NO INTEGRACIÓN DE ALGUNO DE SUS ELEMENTOS SÓLO ORIGINA LA TRASLACIÓN DE TIPO AL BÁSICO Y NO LA ATIPICIDAD. Al margen de la clasificación doctrinaria que pudiera tener el delito establecido en el artículo 371, párrafo tercero, del Código Penal del Distrito Federal, es de considerarse que éste se constituye por el básico

o fundamental de robo establecido en el artículo 367 del señalado ordenamiento, por tanto, la no integración de alguno de los elementos del tipo de que se trata, esto es, de la conducta establecida y sancionada en el mencionado párrafo del artículo 371, sólo genera una traslación de tipo al básico, no así la atipicidad, sin que ello pueda considerarse como una reclasificación, pues simplemente se trata de una cuestión de grado."

Contradicción de tesis 7/98. Entre las sustentadas por el Primero, Tercero y Cuarto Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito. 22 de noviembre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

(Tesis de jurisprudencia 5/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de catorce de febrero de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas).

V. CONCLUSIONES

- a) Las calificativas o modalidades forman parte del cuerpo del delito y deben incluirse en el auto de término constitucional.
- b) Las agravantes no siempre son calificativas; ni las calificativas serán siempre agravantes.

BIBLIOGRAFÍA

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Primera Sala, Jurisprudencia 93.

Código Penal Federal.

Díaz de León, Marco Antonio (1997), *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, México: Porrúa, Tomo I.

— (1998), *Código Federal de Procedimientos Penales*, México: Porrúa.

Moreno Hernández Moisés (1999), *Política criminal y reforma penal*, s. l.: Ius Poenale/Centro de Política Criminal y Ciencias Penales.

Muñoz Conde, Francisco (1994), *Teoría general del delito*, Bogotá: Themis.

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ

45

Ojeda Bohórquez, Ricardo (2002), *El Amparo Penal Indirecto*, México: Porrúa.

Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Tomo 16-18, abril de 1989, Tesis por contradicción 4/89.

Semanario Judicial de la Federación, Primera sala, Tomo VII, abril de 1988, jurisprudencia por contradicción 18/97.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, mayo de 2001, Tesis I. 6°. P. 18 P.

Sosa Ortiz, Alejandro (1999), *Los elementos del tipo penal. La problemática de su acreditación*, México: Porrúa.