

**VI. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE  
INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
DE LA UNAM  
¿SE DEBEN ANALIZAR LAS CIRCUNSTANCIAS  
MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS DEL DELITO  
EN EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL  
O EN LA SENTENCIA?**

*Dr. Enrique Díaz-Aranda<sup>21</sup>*

**1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

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

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

<sup>21</sup> Doctor en derecho penal por la UCM, Doctor en derecho por la UNAM, Profesor honoris causa por la UAT; página web: [www.enriquediazaranda.com](http://www.enriquediazaranda.com)

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

## 2. CONCEPTOS PRELIMINARES

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

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

Mientras que la palabra calificativa es un

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

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

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

Por otra parte, una agravante es

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

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

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

<sup>24</sup> Cfr. *Diccionario de sinónimos...*

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

### 3. CONCEPCIÓN DEL TIPO Y LA TIPICIDAD

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

#### a) Evolución del tipo penal

##### i) En el sistema clásico

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

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

<sup>28</sup> Para un desarrollo más completo Cfr. mi libro *Derecho penal...*

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

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

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

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

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

## ii) *En el sistema neoclásico*

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

---

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

<sup>32</sup> Cfr. CERESO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, 2º ed., España, Tecnos, 1981, pp. 26-27.

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

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

---

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

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

Siguiendo con la tipicidad, los trabajos de Fischer, Hegler, Mayer y Mezger<sup>35</sup> pusieron de manifiesto que ciertos tipos penales requieren de elementos anímicos o subjetivos específicos para su conformación, por ejemplo, los piropos pronunciados todas las mañanas por el jefe a su secretaria sólo pueden ser considerados como conducta típica si hay un ánimo lascivo (art. 259 bis CPF), de igual forma en el robo es indispensable el ánimo de apoderamiento y en el fraude el de lucro. Esto dio lugar a la inclusión de los elementos subjetivos distintos del dolo en el tipo.

### iii) *En el sistema finalista*

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

---

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

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 280.

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

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

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

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

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

---

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

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 75 a 77.

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

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

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

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

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

<sup>39</sup> *Idem*.

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

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

#### iv) *En el sistema funcionalista*

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

llamada teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta.<sup>42</sup>

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

#### **4. EL CUERPO DEL DELITO Y EL TIPO PENAL**

Actualmente el Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

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

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

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

---

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

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

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

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

TOMO XXVIII.- Pág. 209.- Aguilar Anastasio.- 14 de enero de 1930.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> En el mismo sentido:

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

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

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

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

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

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

Pasemos ahora al análisis de los elementos objetivos y normativos.

### **a) Elementos objetivos**

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

### **b) Elementos normativos de la conducta típica**

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

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

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

#### i) *Elementos normativos expresos*

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

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

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

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

---

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

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

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

## ii) Elementos normativos

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

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

- Culturales

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

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

- Jurídicos

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

- Tradicionales

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

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

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

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

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

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

vimos, la conducta se encuadra perfectamente en el texto del artículo 105, fracción XIII, segundo párrafo, del Código Fiscal de la Federación<sup>49</sup> y, sin embargo, dicha conducta no debería ser considerada como típica. Por ello, es necesario determinar cuáles son las conductas que pretende prevenir y sancionar el legislador penal, y ello sólo se consigue a través de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y los alcances de la prohibición.<sup>50</sup> Dicha tarea se realiza atendiendo a los elementos normativos implícitos en la conducta típica, los cuales son una serie de criterios normativos que se agrupan en lo que he denominado como "teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta" o, como la llama la reciente doctrina mayoritaria, "teoría de la imputación objetiva del resultado".<sup>51</sup>

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

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

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

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

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

<sup>52</sup> Cfr. FREUND, Georg, *Strafrecht...*, pp. 51 y ss.

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

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

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

<sup>53</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Strafrecht...*, t. I, pp. 287 y ss.

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

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

En este contexto

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

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

<sup>55</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Finalidad e imputación objetiva...*, pp. 141-143.

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

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

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

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

---

<sup>57</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 345. También, *Cfr. Ibidem*, p. 328.

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>62</sup> Véase DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Dolo (Causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2001.

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

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

## 6. CONCLUSIÓN

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

## 7. BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### OBRAS GENERALES

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