

FUNCIONALISMO PENAL EN MÉXICO (LA EXPERIENCIA DE UNA NUEVA FORMA DE PENSAR EL DERECHO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE AGUASCALIENTES)

“...De ahí que la reforma legal, por sí sola, no pueda automáticamente remover patrones de conducta que se han venido repitiendo durante tanto tiempo y de los que puede decirse hoy que constituyen una cultura”.

Mary Beloff

José Luis Eloy MORALES BRAND

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El garantismo penal*. III. *¿Qué es el Sistema de Justicia Penal?* IV. *¿Cuáles son las bases del Sistema de Justicia Penal de Aguascalientes?* V. *Funcionalismo en la teoría del delito*. VI. *¿Qué teoría del delito sustenta el Sistema de Justicia Penal de Aguascalientes?* VII. *El funcionalismo en el sector operativo del Sistema de Justicia Penal de Aguascalientes*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Podemos definir al derecho penal como una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación. Técnica de definición, porque establece previamente un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica; de comprobación, porque es necesario que el hecho se materialice, enmarque en esa definición, y se demuestre dentro de un juicio donde se respeten los derechos de los ciudada-

nos; y finalmente, de represión, pues una vez verificado ese hecho reprochable, es consecuente la imposición de una pena.

El derecho penal sirve para atenuar la violencia callejera o privada, que está fuera del derecho, en el momento de que un hecho es calificado como delito por la autoridad judicial, después de llevarse a cabo un proceso legal; por lo anterior, no pretende resolver el problema delictivo, sino disminuir o atenuar las afectaciones a los bienes jurídicos principales para la convivencia humana.

El poder punitivo ha tenido tantas justificaciones como modelos políticos existieron. El Estado se fue transformando, y en cada modelo político se va creando un derecho penal, pues el sistema de la política da vida al orden punitivo que necesita o quiere para cumplir con sus finalidades.

El derecho penal es violencia estructural, fundamentada en los límites de la ley, que establece las facultades propias del Estado, y la razón, cómo límite a una violencia necesaria; es decir, que las decisiones deben someterse al derecho en la medida que sea necesario para proteger a la sociedad, poniendo el derecho penal al servicio del ciudadano al respetarse su dignidad humana, igualdad y participación comunitaria.

Entonces, su finalidad general es la protección del más débil contra el más fuerte: el débil ofendido o amenazado por el delito, también denominado víctima, frente al más fuerte que es el inculpado; así como del débil amenazado por la venganza privada o pública, también llamado inculpado, frente a la fuerte víctima o el Estado, una vez que ha cometido el hecho punible.

La cuestión es que las condiciones económicas y sociales desiguales, que tienden crecientemente a la marginación, contribuyen en gran medida a fomentar el delito o conductas desviadas, y lo que es peor, a dirigir las sanciones y la estigmatización contra los más débiles, mientras se consiente la impunidad de los poderosos.

Por esto, en forma constante, el sistema penal se modifica, pues la autoridad en turno genera el derecho penal que le beneficia para la obtención de sus fines, de ahí la inclusión de teorías alemanas sobre los elementos del delito en nuestro derecho penal, y que en el caso concreto nos interesa la versión funcionalista, implantada, al parecer con calzador, dentro del sistema de justicia penal, social y cultural del estado de Aguascalientes.

II. EL GARANTISMO PENAL

El derecho penal de garantías nace en los años setenta, y ha sido expuesto con mayor desarrollo por el italiano Luigi Ferrajoli; se desarrolla mediante la tradición del derecho escrito, principios constitucionales y conquistas históricas del ser humano, contra una práctica estatal autoritaria plagada de serias violaciones a esos principios.¹

El sistema garantista que establece nuestra Constitución federal se basa en el establecimiento de los principios básicos que son capaces de señalar un camino razonable, y a la vez humano, para el tratamiento de las conductas sociales desviadas, reduciendo la violencia estatal y evitando la privada; requiere de un referente basado en una Constitución y sistema de gobierno democrático, donde se exija periódicamente el acuerdo mayoritario para la constitución o permanencia de un modelo de poder político, en el cual se ponga en el eje de sus acciones al ciudadano y respete sus derechos; se reconozca y realicen los mandamientos constitucionales y los ordenamientos internacionales que ha convenido; es decir, que tenga una eficaz sujeción al derecho.

Nuestro garantismo constitucional se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el Sistema de Justicia Penal; la observancia y respeto de las garantías del individuo se traduce en un sistema capaz de someter la intervención punitiva y no punitiva del Estado a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

El garantismo en un Estado constitucional de derecho, constituye el reconocimiento por parte de ese ente de la supremacía de los derechos humanos de sus ciudadanos y del derecho en todos los ámbitos de su actuación; sus acciones e instituciones se sujetarán invariablemente a la ley; el garantismo penal implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana de todo involucrado en un delito —inculpado, víctima, sociedad— y acerca la posibi-

¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4a. ed., Trotta, España, 2002, p. 851.

lidad de una justicia penal en que gocen del pleno respeto a sus derechos fundamentales.

De acuerdo con esta corriente, el derecho penal tiene la función de proteger al más débil y el Estado debe tener a su alcance los medios suficientes para poder controlar los conflictos que se originen dentro de la sociedad como actos desviados;² en el momento del delito, el más débil es la víctima por la conducta desviada, en tanto el más fuerte es el delincuente. En el momento de la reacción, el más débil es el amenazado por la venganza y el más fuerte la parte afectada o los sujetos solidarios con ella; y en un tercer momento tanto la víctima como el inculpaado llegan a ser los débiles frente a la fuerte maquinaria estatal del sistema penal.

La definición de delito tiene que ser aquella aportada por el derecho, la Constitución y el Código Penal;³ esta concepción implica los siguientes niveles de garantías:

- Garantías del delincuente ante la arbitrariedad del Estado.
- Las de las víctimas ante el daño causado por el delincuente y la arbitrariedad del Estado.
- Las garantías del delincuente frente a la venganza privada de la sociedad en general y de la víctima en particular.
- La observancia de estos principios se traduce en un sistema capaz de someter la intervención punitiva del Estado —tanto en la previsión legal de los delitos, como en su constatación judicial— a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

III. ¿QUÉ ES EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL?

Una de las facetas del control social formal se ejerce mediante el Sistema de Justicia Penal que tiene como objetivo la protección de la convivencia de los seres humanos en la comunidad median-

² *Ibidem*, p. 335.

³ *Ibidem*, p. 375.

te la represión de la criminalidad. Este sistema⁴ se integra por dos sectores:

Uno normativo o legislativo, como aquellas que definen los bienes jurídicos a proteger, y establecen los procedimientos para la determinación de la responsabilidad y la aplicación de una pena.

El operativo, que se refiere a las acciones concretas realizadas por los subsistemas de Procuración de Justicia, integrado por el sector policial que preside el Ministerio Público, cuya función es investigadora del hecho; el de administración de justicia, que incluye el jurisdiccional dirigido por el juez, quien calificará un hecho como delito, y el de Ejecución de Sanciones o sector Penitenciario que está a cargo de la autoridad ejecutora, quien hará efectivas las penas impuestas.

El sistema de justicia penal implica todo el conjunto de acciones y situaciones que van desde la creación de la ley penal y demás ordenamientos relacionados, la secuela de actos que transcurren desde que se tiene conocimiento de la comisión de un delito, hasta que el responsable cumple la pena impuesta e inclusive, las acciones relacionadas con la asistencia social del liberado, para lograr su eficaz readaptación.

Esto implica que el sistema debe aplicarse con base en el garantismo penal⁵ que hemos explicado con anterioridad, el cual proclama los axiomas del sistema garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal, como límites al poder punitivo del Estado,⁶ los cuales son: legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, acusatorio, verificación, defensa y retribución.

Estos principios deben ser observados para crear un sistema capaz de someter la intervención punitiva del Estado —tanto en la previsión legal de los delitos, como en su constatación judicial— a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

⁴ ZAMORA GRANT, José, *La víctima en el sistema penal mexicano*, Inacipe, México, 2002, p. 114.

⁵ MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso de la parte general del derecho penal*, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, México, 2005, p. 38.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 93.

Así, el Sistema de Justicia Penal supone entonces un esquema de derechos conferidos a los individuos que les deben ser respetados, y de obligaciones que garantizan la efectividad de los derechos de terceros y la conservación del orden social; esto implica un permiso legal de afectación de los derechos del individuo, por violación a los derechos de los demás, pero respetando sus derechos humanos y garantías que le protegen.

IV. ¿CUÁLES SON LAS BASES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE AGUASCALIENTES?

A partir del surgimiento del Estado moderno, en los siglos XVI y XVII, al fortalecerse las ideas iusnaturalistas de protección a los derechos de la persona, surgen las primeras instituciones tuteladoras de los derechos humanos.

Es desde este periodo de racionalización y humanización, donde ya podemos hablar de un derecho penal, y encontramos diversas corrientes criminológicas que han pretendido definir su campo de aplicación dentro de la sociedad, estableciendo ciertos lineamientos que sirvieron de justificación a nuestras legislaciones penales;⁷ concretamente analizaremos el iluminismo, positivismo y funcionalismo, como bases de las corrientes teóricas del delito.

1. El iluminismo, o escuela clásica de la pena y el delito

El iluminismo da origen a la llamada Escuela Clásica, cuyos principales autores son Beccaria y Carrara, y se basa en los principios de utilidad —que sea útil para la resocialización—; necesidad —límites a la sanción, sólo la necesaria, no más allá del beneficio obtenido por el delito— y legalidad de las penas —establecidas previa y claramente en la ley—; aquí se reconoce el derecho de libertad, donde el hombre podía decidir entre estar de acuerdo o no con el contrato

⁷ BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 7a. ed., Siglo XXI Editores, México, 2001, p. 170.

social, el delincuente es el que libremente atenta contra esa fórmula, y sus postulados son:⁸

- No se consideraba al delincuente como un ser diferente a los demás; sujetos iguales, pero unos deciden delinquir y otros no.
- No se parte del determinismo, es decir, el delincuente no nace, sino que decide libremente; no existe por cuestiones patológicas, por lo que se basa en una responsabilidad moral.
- El delito es entendido como concepto jurídico, o como violación del derecho y del pacto social.
- El derecho penal es un instrumento para defender a la sociedad del crimen, no para modificar al delincuente, pues como ya se dijo, éste no es diferente a un sujeto normal.
- Deben existir límites en la sanción penal, bajo los principios de necesidad, utilidad y legalidad de la pena; esto basado en un humanismo.

El derecho penal, según esta corriente, surge para evitar la venganza de la víctima; y como defensa social para preservar las fórmulas del contrato social; el delincuente afecta el contrato al cometer el delito; se limita al poder público mediante el utilitarismo, es decir, contrario al retribucionismo penal de castigar por castigar; debe encontrarse una utilidad en la pena que es la defensa del contrato social; la necesidad de la pena, para que sea menos inquisitiva, y una proporción en la misma, y se convierta en sólo la necesaria para reestablecer el control del contrato social; todo lo anterior bajo el principio de legalidad o sólo lo que la ley les faculte hacer.

2. El positivismo o escuela neoclásica del delito

El positivismo marca el auge del desarrollo de las ciencias, donde sólo es verdad lo que sea susceptible de explicarse de manera científica y objetiva, y se da énfasis a la relación causa efecto, para conocer, prever y proveer. El problema es que las ciencias sociales no se

⁸ MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, *op. cit.*, p. 21.

rigen por ese método, ya que la conducta humana es cambiante y no puede preverse.

Las causas del delito pretenden encontrarse en el delincuente, analizados bajo aspectos biológicos, o rasgos del hombre delincuente de Lombroso, psicológicos, expuestos por Garófalo, y sociales, desarrollados por Ferri; quienes se asocian y fundan la escuela positiva o neoclásica del derecho penal, cuyas ideas son las siguientes:⁹

- El delito es un ente natural, un fenómeno necesario determinado por causas biológicas de la naturaleza.
- No existe la responsabilidad moral, sino que el delincuente está determinado a nacer así; no se reconoce la libertad de decisión, sino un determinismo criminológico.
- Se estudia al delincuente, a los presos, marginales, desempleados, pobres, analfabetos, pues el delito no está en la norma, sino en la sociedad; personas buenas y malas.
- La reacción social se da en contra de ese sujeto biológicamente peligroso y anormal, por lo que debe readaptarse.
- La pena no actúa solamente de modo represivo, sino también curativo y reeducativo; por lo anterior, se habla de sanciones que deben ser indeterminadas, pues no se sanciona al hecho en sí, sino a las condiciones del sujeto por lo que es, para reeducarlo y prevenir consecuencias futuras: culpabilidad de autor contra culpabilidad de hecho.

Estas ideas fueron retomadas con simpatía por el Estado, pues se vivía una época de recrudescimiento del capitalismo, existiendo diferencias en distribución de la riqueza que provocaba la delincuencia; pero con esta postura se justificaba al Estado, pues los delitos se daban por cuestiones biológicas y no por su fracaso al no otorgar las condiciones adecuadas para vivir.

La escuela positiva va en contra del principio de materialidad de la acción, que se traduce en la exteriorización de la conducta para poder sancionarlo, ya que se buscaba a sujetos peligrosos y enfermos mentales, que eran aislados o eliminados antes de cometer el delito,

⁹ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

lo que atentaba contra derechos humanos; como ejemplo el derogado delito de vagancia y malvivencia, que castigaba a sujetos peligrosos por ser diferentes a los demás, sin que en verdad causarían un daño concreto a la sociedad.

El iluminismo y el positivismo, son punto de partida de la dogmática penal, pues influyeron en la creación de la teoría causalista del delito, y su combinación dio origen a la codificación punitiva en el mundo occidental.

3. El funcionalismo

Emilio Durkheim y Max Weber desarrollan la teoría sociológica que pretende explicar cómo se integra la sociedad;¹⁰ refieren una división social del trabajo, estableciéndose un rol productivo que cada individuo cumple dentro de ella, por lo que el orden es posible en la medida de que cada individuo acepta el rol que se le designó y lo desempeña. Se desarrolla una teoría del sistema que ve a la sociedad como una gran máquina en funciones que tiende al orden y el progreso; quien no desempeña ese rol atenta contra la división y entorpece el funcionamiento social.

Para esta corriente, lo que tiene que ser efectivo no es el papel individual, sino su relación en torno a los demás roles o papeles que hacen que todo el sistema funcione; se da énfasis a la división social del trabajo, o cuál papel desempeñas; la manifestación en contra de la colocación social se denomina desviación o delito, ya que no sirve al orden que implica realizar su función y estanca el progreso; y se traduce en un reconocimiento de la diferencia de clases.

Surge entonces la teoría estructural funcional¹¹ de Robert Merton, donde el delincuente es un desviado de la norma, lo que se desarrolla en la criminología como teoría de la desviación: la sociedad está compuesta por dos estructuras, la cultural y la social; la última consiste en la colocación social de los individuos, atendiendo a la división social del trabajo en el mundo de la producción; la estructura cultural

¹⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica...*, op. cit., p. 56.

¹¹ *Ibidem*, p. 59.

o de valores, corresponde a que todos los seres humanos aspiramos a ciertos valores —la felicidad o meta es subjetiva porque la mayoría de los individuos lo entienden como sinónimo de riqueza—; no existe una carrera equitativa por la desigualdad social, y encontramos reglas del juego que se manifiestan en el entorno normativo; por eso, el término desviación es más amplio que el de delito, ya que no sólo se refiere a normas jurídicas, y el desorden atrofia el progreso.

Desarrolla también la teoría de la anomia o de la ausencia de normas, explicando que hay personas que se apartan de las reglas del juego para alcanzar la meta establecida; los modelos de adecuación anómica implican desviaciones en algunos casos. Habrá anomia por aquella inadecuación entre fines y medios; por lo que elabora cinco formas de reaccionar en esta teoría:¹²

- *El Conformista*: aquel que acepta los medios y los fines; el sistema sirve si la mayoría de los individuos son de este tipo, ya que se encuentran dentro de las reglas de juego; en sí, se trata de las personas de éxito.
- *El Innovador*: está de acuerdo con los fines pero no con los medios o respeto a los terceros, por lo que busca mecanismos alternos; aquí es donde se clasifica al delincuente.
- *El Ritualista*: individuo que acepta los medios, pero le queda claro que los fines no los va a alcanzar por las condiciones clasistas y sociales; por ello, no aspira a obtenerlos, y se queda en estabilidad, cumpliendo con su rol; como ejemplo mencionamos al obrero.
- *El Apático*: es quien no acepta ni los medios ni los fines, pero no hace nada, pues no le interesa; el ejemplo clásico son los individuos catalogados de vagos.
- *El Rebelde*: no acepta medios ni fines, pero se replantea otros, se manifiesta en contra y crea subculturas, sin causar afectación en sí, pues lo que pretende es igualdad para todos; aquí ubicamos a los genios, intelectuales, pacifistas, entre otros.

¹² MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, 4a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 256.

En el funcionalismo la delincuencia es manifestación en contra de mi rol o función en la división social; pero el delito también es funcional porque debe reafirmar los valores funcionales y manifestaciones del sistema funcional, por lo que deben unirse en contra de los innovadores para tratar de que entren en el sistema, logrando la cohesión que sigue permitiendo el orden y progreso; el delito desde la riqueza se explica porque no ha habido un proceso de socialización desde las reglas del juego.

V. FUNCIONALISMO EN LA TEORÍA DEL DELITO

En la teoría causalista del delito, el dolo y culpa se incluyen en la culpabilidad, desarrolla siete elementos —algunos autores se refieren a cuatro—, y se pregona un movimiento naturalístico y resultado, por lo que todas las conductas son típicas, y el elemento de intencionalidad sólo será útil para verificar el tipo de sanción a imponer (grave, media o leve).¹³

En la teoría finalista, el dolo y culpa están en la tipicidad, desarrolla tres elementos y la conducta es expresión de voluntad con intención, pues el sujeto podía anticipar que, con el movimiento, podía provocar el resultado, o pudiendo observar la diligencia debida, no lo hizo, por lo que sólo son típicas las conductas que tengan un contenido volitivo; en esto se sustenta la idea de Hans Welzel¹⁴ al afirmar que el finalismo es vidente y el causalismo es ciego.

En el funcionalismo penal, desarrollado principalmente por Claus Roxin y Günther Jakobs,¹⁵ se ve a la conducta, no como un simple movimiento corporal, sino que acepta la finalidad: que el sujeto pueda anticipar las consecuencias de su conducta, añadiendo el factor normativo; es decir, a la posición del sujeto frente a la norma; el funcionalismo ve en la conducta penal un ilegal actuar de conse-

¹³ MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, op. cit., p. 143.

¹⁴ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 4a. ed., Cárdenas editor distribuidor, México, 1997, p. 40.

¹⁵ DÍAZ ARANDA, Enrique, "Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México", 2a. ed., Porrúa, México, 2000, p. 79.

cuencias objetivamente predeterminadas, ya que el individuo anticipa el resultado, pero además, esa actuación tiene para él y para la sociedad un contenido socialmente relevante. El agente, frente a esa norma, sabe que producirá consecuencias en la sociedad y de antemano conoce que aquello que puede anticipar tiene un valor jurídico penal; existe entonces un deber del agente con correlación al derecho de la sociedad, que le exige se abstenga de ejecutar la conducta lesiva; se espera que no se haga el movimiento —expectativa— y exige que haga el comportamiento conforme a la ley, ya que el individuo tiene la obligación de motivarse conforme a la norma, y, si no lo hace, se le imputa el resultado; de ahí la relevancia social.

El funcionalismo funda esa relevancia en el reconocimiento de fines, valores o bienes jurídicos, basados en la obligación de los miembros de la sociedad de cumplirlos, mismos que son dados por la propia comunidad y compete cumplir con los deberes, ya sea por organización, o por el rol social. Sus bases se desarrollan en la teoría de la imputación objetiva.

1. La imputación objetiva¹⁶

Sus elementos son: riesgo socialmente permitido y no permitido o prohibido; principio general de confianza; posición de garante en el activo; prohibición de regreso; y la conformidad, consentimiento y comportamiento por riesgo propio de la propia víctima.

Implica la atribución al sujeto del movimiento que crea el riesgo o el resultado en sí; es una adición al finalismo que consiste en achacar o atribuir; el término objetivo o lo que califica a la imputación es el juicio de ilicitud de esa conducta típica o conducta y resultado típico; el dolo y la culpa continúan en el mismo lugar, pero dan prioridad a lo objetivo pues sin éste no existe el subjetivo. Se da entonces un papel primordial al contenido social relevante reconocido jurídicamente.

Para esto, necesitamos estructuras normativas precisas para cumplir con los fines del derecho penal, ya que todos ponemos en juego

¹⁶ MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, op. cit., p. 144.

riesgos; la vida social está plagada de riesgos, y se debe determinar cuál es jurídicamente relevante para provocar un resultado, con lo que se tiende a una intervención mínima.

La imputación objetiva está en el nexo causal o de atribución; es decir, en el resultado y la conducta. La imputación objetiva añade otras instituciones que, si no se dan, no pasamos al estudio de lo subjetivo.

La *Conducta* es un comportamiento humano, dominado por la voluntad, o que pudo haber sido dominado y no lo hizo, pero además tiene relevancia social, o jurídico-penal; la causa va ser aquella típicamente relevante para vulnerar el bien jurídico tutelado; para la imputación objetiva la causalidad es lo mínimo; el resultado es la realización de un riesgo no permitido y tipificado, es decir, la realización del riesgo jurídicamente relevante.

El funcionalismo ve la protección de fines como producto de los valores jurídico-penales que cada miembro de una sociedad posee; estos deberes nacen de dos esferas de competencia: organización y roles; correlativo a estos deberes se encuentra el derecho de los demás o de una persona en particular, de exigir su cumplimiento, es decir, la expectativa; la imputación objetiva es una adición a la tipicidad objetiva concebida desde el punto finalista; esto es, además de darle un contenido voluntario a la conducta, le incorpora un contenido normativo; entonces la imputación objetiva es el juicio de ilicitud respecto de la orden o prohibición que se encuentra en todo tipo penal.

Inicia un curso causal quien realiza una conducta que pueda poner en peligro la lesión a un bien jurídico; para el funcionalismo existe *Tipicidad* cuando, además de haber causalidad, al inculcado le era finalmente posible evitar el resultado, y no obstante ello, exteriorizó su voluntad, causando el daño; entonces lo trascendente es el manejo de la voluntad.

2. El riesgo permitido

Vivir en sociedad genera contacto con la misma; los contactos sociales son permitidos y no permitidos; deviene el riesgo si el autor con su conducta, pone en peligro el bien jurídico tutelado

por la ley; existen riesgos que son socialmente aceptados o adecuados, y otros que son normativamente prohibidos. Lo permitido es elemento negativo del delito que conduce a la atipicidad; el riesgo desaprobado por la sociedad, sobre la base de la expectativa, conduce a la tipicidad.

El discurso del riesgo permitido nace a partir de los cursos causales inadecuados: decimos que el curso que inició la conducta es típico o atípico; esto se debe a que habría una paralización social si todo se prohibiera por el derecho penal. La costumbre hace que un riesgo, que en sí es jurídicamente prohibido, en un caso concreto sea socialmente adecuado, como pueden ser las lesiones en los deportes.

Los contactos sociales producen riesgos socialmente adecuados; se convierten en inadecuados cuando el inculpaado genera una conducta lesiva jurídicamente relevante.

3. El principio general de confianza y de la propia responsabilidad

Esto implica un permiso para confiar que el comportamiento del hombre va a ser correcto a pesar de los errores; este permiso es jurídico, y trata de responsabilizar a terceros sobre sus propios errores, pues se me permite lícitamente confiar en que el otro cumplirá con la expectativa de respeto. De no existir este principio, no se daría el reparto de actividades, ya que todos deberíamos de hacer todo, y responderíamos de errores de terceros; la división es lícitamente posible y se trata de repartir competencia y responsabilidades.

A esta institución también se le llama imputación a la víctima, porque debe cuidar sus propios errores; a través de este principio la víctima vuelve a tener relevancia pues estamos frente a la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra sus propios bienes por ser descuidados o imprudentes en su cuidado, y tienen la obligación de soportar el daño. La conducta de la víctima puede ser determinante en el establecimiento de la tipicidad o atipicidad de la conducta del agente, por lo que puede surgir una interdependencia entre ambos sujetos. Se debe constatar normativamente en qué contribuyeron los participantes a la producción del resultado y cuál de los dos no cum-

plió con su deber social de cuidar sus propios bienes, para verificar si cabe alguna imputación o se dará la atipicidad.

4. Posición de garante y prohibición de regreso

En la prohibición de regreso el problema está en determinar cuándo efectivamente existe una expectativa, y respecto de quién tiene esa posición de garante, para identificar cuándo una conducta, a pesar de ser causal, no guarda relación con el resultado que produce el agente.

La posición de garante se basa en el deber de evitar un resultado típico; para poderlo imputar, debemos atender a si el sujeto se comportó dentro de su rol, si desempeñó el papel que correspondía a la expectativa, o si por el contrario no lo hizo y por ende defraudó una expectativa normativamente determinada.

Cuando hablamos de la prohibición de regreso, hacemos referencia a que es punible el favorecimiento de la conducta culposa; se trata de casos de participación aparente, porque esa aportación a un curso causal doloso en realidad no es imputable, por lo que se prohíbe sobrevalorar el aporte siempre y cuando aquel que favorezca el curso causal no tenga una posición de garante respecto del resultado; si lo hay, se debe sobrevalorar el aporte y existirá imputación pues no debería de aportar nada.

La cuestión central de esta institución es verificar si se ha creado una situación que favorece la comisión de un delito, si se lleva a cabo un riesgo no permitido.¹⁷ Si llevó a cabo el comportamiento socialmente adecuado, existe la prohibición de regreso pues no hay posición de garante, no lesiono un bien y nadie espera de mí una conducta distinta; por el contrario si es desaprobado, incumplo la expectativa y debe valorarse mi aporte. Se rige por el riesgo socialmente permitido y posición de garante; como ejemplo, no puede sancionarse a la persona que cumple con su función de farmacéutico y vende un veneno que posteriormente será utilizado para asesinar a otro individuo.

¹⁷ SÁNCHEZ y GÓMEZ, "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte", Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1997, p. 19.

5. Exclusión de la imputación por conformidad o acuerdo y por consentimiento

Esta institución se relaciona con el titular del bien jurídico, es decir, la víctima. A diferencia de las acciones a propio riesgo, otro lesiona el bien a causa del acuerdo o consentimiento dado del titular, quien consiente que se afecten sus bienes jurídicos. Conformidad, acuerdo o consentimiento son lo mismo, pues provocan la no imputación de la conducta lesiva, al no ser socialmente relevante, ya que el propio titular no quiere proteger sus bienes jurídicos.

VI. ¿QUÉ TEORÍA DEL DELITO SUSTENTA EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE AGUASCALIENTES?

Realmente no se sustenta en una sola teoría; nuestro sistema penal¹⁸ mezcla las teorías causalista, finalista y funcionalista, al establecer como elementos del delito, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, según se establece en el artículo 124 de la legislación penal;¹⁹ y respecto a este estudio, analizaremos los dos primeros elementos.

1. La conducta

La conducta humana exteriorizada es el punto de partida de toda la reacción jurídico penal;²⁰ se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como negativos.

¹⁸ MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, op. cit., p. 154.

¹⁹ Artículo 124. Para que puedan aplicarse legalmente las penas y medidas de seguridad previstas en cada una de las figuras típicas de la presente legislación, debe acreditarse en cada hecho punible, la existencia de los siguientes elementos, para la configuración del delito: la conducta; la tipicidad; la antijuridicidad; y la culpabilidad. Tratándose de sujetos declarados inimputables, para que se les pueda aplicar la correspondiente medida de seguridad, bastará la acreditación de los elementos descritos en las fracciones I a III.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 2a. ed., Temis, Colombia, 2001, p. 7.

Esto lo retoma nuestro orden jurídico en su artículo 126 de la legislación penal,²¹ donde se precisa que la conducta puede ser de acción u omisión.

Acción. Es un comportamiento activo de carácter muscular dependiente de la voluntad humana; sólo el acto voluntario puede ser relevante, ya que implica una finalidad, pues tiende a algo que se quiere alcanzar; siempre estará dirigida a la consecución de un fin.

Omisión. Es un comportamiento pasivo del ser humano; el derecho penal también prescribe que se ejecuten acciones cuya omisión puede producir resultados lesivos; su infracción se traduce en la omisión y se castiga la no realización de la conducta mandada. Para que se castigue la omisión, el sujeto debe estar en posibilidades de ejecutar la acción; si no está esa posibilidad, no podemos hablar de omisión, pues no se traduce en un simple no hacer nada, sino en no hacer una acción tendiente a proteger valores sociales, y tenía la posibilidad de ejecutar.

La omisión penalmente relevante es sobre la acción esperada por la sociedad, porque se le impone el deber de realizarla; se infringe un deber social y jurídico; por lo anterior, podemos distinguir dos clases de omisión.

Omisión propia o simple. Se castiga la simple infracción de un deber de actuar que produce un resultado; la descripción formula una conducta en forma negativa y el autor, con su pura omisión, incumple dicho mandato; por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones de

²¹ Artículo 126. La conducta puede ser de acción u omisión. El resultado de lesión o de peligro será atribuido al inculpaado cuando fuere consecuencia de la acción y medios adecuados para producirlo, salvo que hubiesen sobrevenido en virtud de un acontecimiento ajeno a la propia acción. El resultado de lesión o de peligro, se entenderá cometido por omisión, cuando la no evitación de aquél, al infringir un especial deber jurídico del inculpaado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a una causación. A tal efecto, se equiparará la acción a la omisión: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; o b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido por el particular tipo penal, mediante una acción y omisión precedente. La conducta de acción u omisión puede ser de contenido doloso o de contenido culposo.

asistencia familiar, que precisa el verbo típico de no proporcionar los alimentos.

Omisión impropia o comisión por omisión. También la omisión se conecta con un resultado prohibido, pero la descripción concreta no se formula en forma negativa, sino en la realización de una conducta activa que produce el resultado, pero desde el punto de vista valorativo sabemos que determinadas omisiones también producirán ese resultado, por lo que debe verificarse que la omisión se equipare a una acción o causación positiva; aquí analizamos dos elementos.

Primero, la omisión no puede entenderse como componente causal pues no se ejecuta un movimiento; entonces debe verificarse que el autor tuvo la posibilidad de evitar el resultado y si se da por seguro que el sujeto, al realizar la acción, evitaría el resultado, entonces se dirá que su omisión lo causó.

Segundo, no basta lo anterior para atribuir un resultado; se requiere además que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado a consecuencia de determinados deberes que le incumben en razón de su rol específico; es decir, no sólo se traduce en un no hacer, sino que también debería de haber realizado todo aquello que proteja al bien; esta obligación lo convierte en garante de que no se produzca el resultado, posición de garante, pues tiene una especial vinculación con el bien jurídico que se protege y debe impedir el resultado lesivo; la autoridad debe buscar los elementos necesarios para estimar que el autor es garante, porque la descripción penal algunas veces no lo señala, normas penales abiertas o en blanco, los que encontrará en las siguientes fuentes: por fundamento legal, donde la ley le exige la protección de bienes jurídicos, como el policía o celador en el delito de evasión de presos; por relación contractual o aceptación voluntaria, un homicidio culposo por falta de atención de la enfermera o médico; por situación especial de vida o de peligro, dejar morir de hambre a un hijo; y porque el autor haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico mediante una acción u omisión precedente, daño en las cosas culposo causado por una fogata que al no ser apagada provocó un incendio en una casa de campo.

Conducta y nexos. Cuando se realiza la conducta debe modificar algo o producir un resultado, es decir, una afectación concreta o probabilidad de daño identificable a un valor social; esto no es parte

de la conducta, sino consecuencia y efecto de la manifestación humana positiva o negativa. El nexo es el lazo que une la actuación con el efecto provocado, como antecedente necesario y suficiente del fenómeno.

Para resolver los problemas del nexo causal se han desarrollado las siguientes ideas:²²

Teoría de la equivalencia de las condiciones y Conditio Sine Qua Non, condición necesaria: Todas las causas o condiciones tienen el mismo valor para el resultado; en el punto de vista causalista se dieron varias conductas y por el solo hecho de producir un resultado, se tiene por demostrado el nexo causal desde que lo inicia hasta el efecto que provoca; es causa toda aquella condición que si la suprimiéramos mentalmente, el resultado no hubiera pasado, pues directa e inmediatamente lo provocaría.

Teoría de la causalidad adecuada. Se refiere a la causa idónea racional o lógicamente, para producir el resultado; la persona se coloca hipotéticamente en la situación del autor, y si hubiera podido prever que el resultado se produciría inevitablemente, se afirma que la conducta era la adecuada para producir el resultado; el problema es que todo es probable y previsible.

Teoría de la relevancia. Solamente va a ser causa aquella penalmente relevante para la producción del resultado; que objetivamente pueda atribuírsele ya que se habla de un riesgo adecuado al tipo penal, es decir, una causa típica, que realmente produzca el resultado que se prohíbe.

Nuestro orden jurídico retoma esta última teoría, con relación a la atribuibilidad del resultado, como se observa en los artículos 126 y 304, fracción III, de la nueva legislación penal,²³ pues deducimos la

²² MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, op. cit., p. 160.

²³ Artículo 304. La averiguación previa consiste en la investigación de la existencia del hecho punible de que tenga conocimiento el Ministerio Público por denuncia, con el objeto de comprobar los datos que acrediten el cuerpo del delito determinado en la figura típica correspondiente y para el establecimiento de la probable responsabilidad del o de los inculpados, y resolver con ello sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal. El hecho punible se integra con los siguientes elementos fácticos: I. Un resultado, que puede

existencia del nexo entre la conducta y resultado a partir de los medios y las formas de la acción del sujeto, y también que, en el caso de la omisión, no haya realizado la conducta adecuada para evitar el resultado; aunque en la nueva ley se agregue el tecnicismo de imputación objetiva, pero no se le da contenido, equiparándola entonces al nexo de atribuibilidad; lo que puede lograr, si se maneja debidamente, una verdadera intervención mínima del derecho penal; el punto que se discute es su eficacia práctica en nuestro sistema, pues como puede verse diariamente en la realidad, el nivel de educación y cultura que se tiene en México, en específico en Aguascalientes, no da lugar a la existencia de estructuras normativas y sociales precisas, fuertes e idóneas para aplicar esta teoría en forma adecuada, como sí las hay en Alemania, donde se originó.

El dolo y la culpa. Conforme al artículo 91, libro primero y título segundo,²⁴ así como el cuarto párrafo del 126 de la nueva legislación penal, la conducta de acción u omisión puede ser dolosa o culposa, según se tenga la conciencia y voluntad de realizar una conducta penalmente relevante, o se provoque el resultado por incumplir un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias del hecho y sus condiciones personales.

Autoría y participación. En virtud de que la represión penal necesita de la existencia de una conducta para comenzar a actuar, y como el Sistema de Justicia Penal se dirige a todas las personas, el numeral

ser la lesión o puesta en peligro de cualquiera de los bienes jurídicos protegidos por las figuras típicas descritas en la presente legislación. II. Una o varias conductas. III. El nexo existente entre la conducta y el resultado, en el que se determine la atribución del resultado a la conducta o conductas específicas, o la imputación objetiva de tal resultado. IV. Los factores existenciales concurrentes al resultado, a la conducta y al nexo. La denuncia es el medio por el que cualquier persona hace del conocimiento del Ministerio Público o de sus auxiliares, del hecho punible, y suficiente para iniciar la averiguación previa.

²⁴ Artículo 91. Para los efectos del presente título, actúa dolosamente el que conociendo los elementos de la descripción típica o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho punible descrito. También actúa dolosamente el que, queriendo producir el resultado de lesión o de peligro, produce otro, por error en la persona o en el objeto, y se aplicará en este caso, la pena o medida de seguridad correspondiente al tipo comprobado, valorándose las circunstancias de configuración del hecho. Título Segundo. De las Figuras Típicas Culposas.

127 de la nueva legislación penal,²⁵ establece ciertos lineamientos en relación a las personas que pueden intervenir en la realización del hecho punible, con el fin de determinar de mejor forma la verdad del evento y la forma de comisión de las conductas punibles.

Conforme a nuestro sistema, debemos distinguir entre autoría y participación en el suceso delictivo.

Autoría. Es autor quien domina finalmente la realización del hecho, es decir, quien decide el sí y el cómo ejecutarlo y lo realiza. Existen tres clases de autorías: la material o directa, en donde la conducta se ejecuta en forma individual y por sí mismo; la coautoría, o realización conjunta de la conducta lesiva; y la autoría mediata, cuando el autor se sirve de otra persona como instrumento, por no ser responsable para el derecho penal; y se equipara la directa, porque el autor real del delito es el que domina el hecho, y la persona sólo es un medio para cometerlo.

Participación. Implica la cooperación en un delito ajeno; así, es necesaria la existencia de un hecho ajeno a cuya realización el partícipe contribuye. También existen tres formas de participación: el inductor que hace surgir en otra persona capaz y conciente la idea de cometer el delito, pero la decisión final voluntaria es de la persona inducida; el cómplice que contribuye, previo acuerdo, a la realización del hecho con actos anteriores, simultáneos o posteriores a aquél, pero son de una entidad material menor a la conducta directa del autor material; y la complicidad correspectiva que surge cuando varias personas intervienen en la realización del hecho, pero no existe certeza de quién de ellos produjo el resultado.

La autoría es principal y la participación es accesoria. No puede existir participación, si no existe autoría.

²⁵ Artículo 127. Serán considerados inculpados del hecho punible: I. Los denominados autores, cuando realicen la actividad típica por sí solos, conjuntamente o por medio de otro, del que se sirvan como instrumento. II. Los denominados partícipes, cuando inducen directamente al autor o co-autores a ejecutar la actividad típica, y los que cooperan en su ejecución con una conducta sin la cual no se habría efectuado. III. Los denominados cómplices que cooperan a la ejecución de la actividad típica con conductas anteriores o posteriores a la misma, previo acuerdo con el autor o co-autores. IV. Los que interviniere con otros en la comisión del hecho, aunque no conste cuál de ellos produjo directamente el resultado. Los autores, partícipes o cómplices a que se refiere el presente artículo, responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

2. La tipicidad

El principio de legalidad, contenido en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, implica la descripción previa de un comportamiento para poder ser penado; es decir, establecer en la ley las conductas que deben sancionarse para mantener el orden, definidas plenamente, en forma clara, indudable y unívoca. Esto se traduce en un deber de proteger al individuo mediante el derecho penal para prevenir el delito, pero también de protegerlo del *Ius Puniendi* limitando el empleo de la potestad punitiva.²⁶

Nuestra legislación penal establece la Tipicidad como segundo elemento del delito, en sus artículos 2o. y 132.²⁷

La tipicidad es la adecuación de un hecho o conducta a la descripción que se establece en la ley; así, sólo los hechos tipificados como delitos pueden ser sancionados; lo que no se desliga de los principios de necesidad o intervención mínima, ya que el legislador selecciona las conductas más intolerables por afectar gravemente a los bienes

²⁶ *Ibidem*, p. 179

²⁷ Artículo 2. En los procedimientos de orden penal, no se aplicará pena o medida de seguridad alguna si éstas no se encuentran previamente establecidas por una norma o figura típica exactamente aplicable al hecho punible de que se trate, quedando prohibido imponerlas por simple analogía y aun por mayoría de razón.

Artículo 132. La tipicidad se integra con la comprobación en el hecho punible de la existencia de los siguientes elementos: I. El bien jurídico protegido como el concreto interés individual o colectivo, de orden social referido en el particular tipo penal. II. El resultado de afectación, destrucción, disminución o compresión del bien jurídico protegido o su puesta en peligro, como probabilidad asociada a la afectación, destrucción, disminución o compresión de tal bien jurídico, separable en espacio y tiempo de la conducta. III. La víctima del hecho punible, o el titular del bien jurídico protegido por la correspondiente figura típica, tomando en cuenta sus calidades específicas, cuando éstas sean exigibles. IV. El inculpaado, sea autor, partícipe o cómplice del hecho punible, por haber realizado o colaborado en la realización de la acción u omisión descrita en la figura típica correspondiente, tomando en cuenta sus calidades específicas, cuando éstas sean exigibles. V. El objeto de la conducta o la persona o entidad material sobre la que recae la acción u omisión descrita en la figura típica correspondiente. VI. La acción, que es el movimiento corporal descrito en la figura típica correspondiente, adecuada para producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; o la omisión, que es la no realización de la actividad ordenada en la figura típica correspondiente, adecuada para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. VII. Las referencias o modalidades que puedan presentarse en las descripciones típicas, necesarias para su configuración y que describen los medios, tiempo, ocasión y espacio.

jurídicos fundamentales, describiendo en la ley el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, lo que no implica que sea con sus íntimos y últimos detalles, sino acorde a un margen conceptual abstracto donde puedan englobarse todos los comportamientos que tengan características esenciales comunes.

El tipo penal, es una figura conceptual elaborada por un legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales prohibidos, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos, en las que se establece una conminación de privación o restricción de bienes para el autor del hecho; es decir, debe contener un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica.

Para efectos de adecuar una conducta al tipo penal, debemos precisar y entender su estructura, es decir, los elementos que deben aparecer para poder hablar de tipicidad; el concepto se formula en expresiones lingüísticas que intentan describir la conducta; esto debe ser claro y asequible para un nivel cultural medio. En este sentido, la dogmática jurídico penal habla de los elementos del tipo penal,²⁸ como aquellos que, de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos; estos elementos se precisan en el artículo 132 de la nueva legislación penal.

Elementos objetivos. Son aquellos que se pueden comprender sólo con su percepción a través de los sentidos; es decir, son los materiales, palpables, visibles, los externos de la conducta; incluyen:

- *Bien jurídico protegido.* La norma penal tiene una función protectora de intereses sociales o derechos fundamentales; es el concreto interés individual o colectivo de orden social, protegido por el tipo; es el valor que se salvaguarda; elemento valorativo y objetivo a la vez, porque se comprueba en el exterior la lesión al bien jurídico; son individuales; como la libertad en el secuestro; y comunitarios, como el ambiente en los atentados al equilibrio ecológico.

²⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, 5a. ed., Editorial Reppertor, Madrid, 1998, p. 196.

- *Resultado*. Puede ser de lesión traducido en la destrucción, vida; disminución, salud; o compresión, libertad, del bien jurídico; o puede ser de puesta en peligro concreto asociado a la medida de probabilidad de destrucción, disminución o compresión del mismo, tentativas.
- *Acción u omisión*. Conducta que constituye el núcleo del tipo y produce el resultado de afectación; generalmente está descrita por un verbo, apoderamiento en el robo; es el movimiento corporal o la no realización de actividad ordenada que produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
- *Sujeto activo*. Es el autor de la conducta prohibida; toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar la acción u omisión, atendiendo a los elementos incluidos en cada tipo, relacionados con sus características para afectar el bien, homicidio entre parientes; y número específico; o su calidad de garante; como el policía o el médico, en relación directa de protección a un bien jurídico.
- *Sujeto pasivo*. Es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que puede ser determinado o indeterminado, tomando en cuenta sus características para poder ser pasivo, ser acreedor alimentario, y número específico, por ejemplo, en el delito de genocidio.
- *Objeto material*. Cosa o persona sobre la que recae directamente la conducta descrita en el tipo penal; a veces puede coincidir con el sujeto pasivo, en otros casos no se identifica con éste.
- *Referencias o modalidades*. Variables que pueden presentarse, necesarias para la configuración del tipo relativas al tiempo, lugar y modo o medios de ejecución, que se precisan en cada tipo penal, como en el robo calificado realizado en tiempos de contingencia, el asalto en lugar despoblado, o el homicidio calificado por utilizar medios materiales que otorguen ventaja.

Elementos normativos. Son aquellos que pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo de orden cultural y jurídico; aunque es preferible que se eviten este tipo de elementos, porque no se precisa claramente su contenido, por lo que deben determinarse lo más objetivo posible según la conciencia de la comunidad. Incluyen los siguientes:

- *Cognoscitivo y cultural*. Valoración concreta y específica del hecho que hace la autoridad, acorde a criterios éticos sociales; concretamente aquí se incluye el contenido del bien jurídico tutelado, o elementos conceptuales como la castidad y la seducción en el estupro.
- *Jurídico*. Valoración relacionada con el contenido de otras normas jurídicas a las que se acude para complementar el tipo; como la ajenidad en el robo, o los títulos de crédito en el fraude.

Elementos subjetivos. Se refieren a la capacidad psíquica intelectual y el contenido de la voluntad que rige la conducta —entender y querer; incumplir un deber de cuidado—; es decir, los fines e intereses de las personas que forman parte del hecho punible; datos internos: el dolo y la culpa.

3. ¿Existe disyuntiva entre cuerpo del delito o elementos del tipo?

Antes de 1993 los artículos 16 y 19 constitucionales se referían al cuerpo del delito, el que llegó a entenderse, conforme a la teoría causalista, como el conjunto de elementos puramente materiales: la persona u objeto material —*corpus criminis*—, los instrumentos utilizados para cometer la conducta —*corpus instrumentorum*—, y las huellas o vestigios que daban lugar a la probanza del delito así como el producto de aquel —*corpus probationem*—.

Luego se reformó tal concepto y se incluyó el de elementos del tipo penal, pues estaba en boga la teoría lógico matemática —método estructuralista alemán— que difundió la doctora Olga Islas de González Mariscal;²⁹ pero con el pretexto de no existir unanimidad de su contenido, pues en verdad lo que provocó la reforma, al incluir la teoría finalista de la conducta, fue mayores exigencias para las autoridades investigadoras —Ministerio Público—, que en vez de cambiar actitudes y capacitarse debidamente, así como esforzarse en

²⁹ ROMERO, Gregorio, *Cuerpo del delito o elementos del tipo*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000, p. 59.

su función fundamental, pugnaron porque se regresara al concepto de cuerpo del delito para evitar la "impunidad", lo que lograron el 6 de marzo de 1999, cuando se reformaron los artículos 16 y 19 constitucionales para volver a incluir el cuerpo del delito.

La ventaja en este retroceso fue que en varias legislaciones estatales, entre ellas la de Aguascalientes, se volvió a incluir el cuerpo del delito, pero también se agregaron a la conducta los elementos del dolo y la culpa, con clara tendencia a la teoría finalista de la acción, así como el nexo de atribubilidad que se establece en la teoría funcionalista de la imputación objetiva; en este orden de ideas, nuestra legislación sigue siendo garantista, pues amplía el concepto en defensa del gobernado, y debemos recordar que constitucionalmente, al menos en México, las garantías pueden ampliarse pero nunca restringirse.

En este sentido, los elementos del tipo a los que nos hemos referido, son retomados por nuestra legislación penal en sus artículos 132 y 337.³⁰

Si bien en nuestra normatividad penal estatal, se precisa que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la

³⁰ Artículo 337. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos que constituyan la materialidad del hecho establecida en la descripción típica correspondiente, especificándose en cada caso los que a continuación se señalan: I. El resultado de afectación, destrucción, disminución o compresión del bien jurídico protegido o su puesta en peligro, como probabilidad asociada a la afectación, destrucción, disminución o compresión de tal bien jurídico, separable en espacio y tiempo de la conducta. II. La víctima del hecho punible, o el titular del bien jurídico protegido por la correspondiente figura típica, tomando en cuenta sus calidades específicas, cuando éstas sean exigibles. III. El inculpado, sea autor, partícipe o cómplice del hecho punible, por haber realizado o colaborado en la realización de la acción u omisión descrita en la figura típica correspondiente, tomando en cuenta sus calidades específicas, y número específico cuando éstas sean exigibles. IV. El objeto de la conducta como la persona o entidad material sobre la que recae la acción u omisión de la figura típica correspondiente. V. La acción que es el movimiento corporal descrito en la figura típica correspondiente, adecuada para producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; o la omisión, que es la no realización de la actividad ordenada en la figura típica correspondiente, adecuada para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. VI. Las referencias o modalidades que puedan presentarse en las descripciones típicas necesarias para su configuración y relativas al tiempo, ocasión y espacio. La probable responsabilidad del inculpado se tendrá por acreditada cuando se deduzca su autoría, participación o complicidad en los hechos constitutivos del cuerpo del delito demostrado y que su acción u omisión haya provocado el resultado de afectación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado o haya contribuido eficazmente en tal provocación.

existencia de los elementos objetivos que constituyan la materialidad del hecho establecida en la descripción típica correspondiente, lo que pudiera entenderse que sólo se refiere a elementos apreciables por los sentidos, también lo es que conforme a las descripciones típicas y al contenido de la voluntad y finalidad de la conducta, el concepto no puede desligarse de los elementos valorativos o normativos y subjetivos; así el cuerpo del delito comprende los elementos objetivos y normativos, pues los hechos investigados deben adecuarse a la descripción típica, considerando todos los datos que se prevengan.

Por otro lado, la probable responsabilidad es entendida como la deducción, no plenitud, de la participación del activo o inculpado en los hechos constitutivos del cuerpo del delito demostrado y que con su conducta haya provocado —autoría—, el resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico o haya contribuido a su provocación —participación—; así, es claro que estableceremos la probable responsabilidad cuando el sujeto actúa, como autor o partícipe, de manera dolosa o culposa, es decir, con fines, y además que exista la relación o nexo de atribubilidad entre la conducta realizada y el resultado provocado, lo que incluye claramente los elementos subjetivos del tipo penal.

Así, para poder establecer la existencia de un hecho punible —conducta típica—, y proceder a la apertura del procedimiento —fases de preinstrucción e instrucción—, conforme a estos dispositivos legales, no basta la mera apreciación con los sentidos para estructurar la conducta típica, ya que necesitamos valorar el evento y entender los fines de su autor.

Se aclara que sólo exponemos los dos primeros elementos del delito, pues la imputación objetiva es analizada y determinada en el nexo de atribución objetiva entre conducta y resultado, sin entrar al estudio de la intencionalidad o imprudencia de la conducta del acusado.

VII. EL FUNCIONALISMO EN EL SECTOR OPERATIVO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE AGUASCALIENTES

La formación tradicional del derecho se ha basado en la dogmática, es decir, en la tendencia del positivismo jurídico o legalidad, que sólo se limita al análisis, descripción o interpretación de las leyes o

normas, donde no se realizan juicios de valor, porque se da por hecho que eso lo efectuó previamente el legislador para dictar la ley.

Nuestro sistema jurídico tiene como modelo al occidental, que es *ius* positivista, y por tanto formalista; donde la problemática de definir lo justo y lo injusto se reduce o soluciona en decir que la ley lo señala —principio de legalidad—; y nuestra concepción subjetiva de la justicia no necesariamente debe ceñirse a la de la ley, pues se pregona que ésta sólo es válida si se da mediante un proceso de formación y por lo tanto debe aplicarse, y sólo por esto es eficaz —formalismo jurídico como el desentendimiento del jurista de lo social y valorativo, pues agota su contenido en la norma al elaborarla o simplemente conocerla—, lo que no es exacto porque una ley por ser válida no es eficaz, sino que su efectividad se ve en otras circunstancias; y se cae en el error de creer que por la simple creación ya acabamos con un problema social.

Esta tradición del positivismo jurídico, da origen al método de la dogmática que implica acudir a la norma para obtener un conocimiento que se acepta sin discusión, lo que genera seres acrílicos.

Por ello, se crean legislaciones penales para pretender resolver el problema de la criminalidad sin preocuparse si esa aplicación es eficaz, porque el legalismo no está dirigido a eso, sólo se conforma con la certidumbre de la aplicación. Lo más grave, es que para el positivismo jurídico no importa si la norma es eficaz, pues esto es sinónimo de legalidad o validez; y lo único que produce es interpretación.

Aclaro lo anterior, puesto que para aplicar la teoría funcionalista de la imputación objetiva, se requieren estructuras normativas y sociales fuertes, bien determinadas, responsables, para cumplir con los fines del derecho penal mínimo, pues como hemos observado, esta postura tiende a que se configuren lo menos posible las descripciones típicas, desprotegiendo en algunos casos a la víctima, ya que toma en cuenta su contribución, y llega a excluir la imputación, pues la conducta en sí puede ser típica pero finalmente no se configura por la intervención del pasivo, alegándose la presencia de un riesgo permitido por el propio titular del bien jurídico, ya que todos nos ponemos en riesgo o los provocamos en los roces sociales.

Así, en cuestión práctica y real, el Poder Judicial del Estado, concretamente la Segunda Sala del Supremo Tribunal de Justicia, en algunas resoluciones de segunda instancia y proyección a mi cargo,

ha aplicado las bases de la teoría funcionalista del delito y el uso alternativo del derecho, que si bien son mínimos los casos por sus específicas características, son relevantes para el actuar jurídico en materia penal de nuestro estado; algunos de los que expongo a continuación, para analizar la influencia de dicha teoría en la realidad de nuestro sistema penal.

1. Funcionalismo en favor del inculpado

En sentencia de 28 de noviembre de 2002 (antes de que entrara en vigor la nueva legislación penal con tendencia funcionalista), dictada en el Toca Penal 366/2002, que se originó por la apelación del inculpado (médico cirujano) en contra de un auto de formal prisión que se le decretó por los delitos de responsabilidad técnica y profesional, y responsabilidad profesional médica, los argumentos relevantes son los siguientes.

El juzgador de origen estableció que la conducta del inculpado fue culposa, al no observar los deberes de cuidado en relación a sus obligaciones técnicas en materia médica, lo que provocó la alteración de la salud de la víctima.

Aquí el revisor de la apelación indicó que, según la fracción II del artículo 8o. del Código Penal³¹ en relación con los artículos 176

³¹ Artículo 8. La conducta puede ser de acción u omisión. El resultado de lesión o de peligro, será atribuido al inculpado cuando fuere consecuencia de la acción y medios adecuados para producirlos, salvo que hubiesen sobrevenido en virtud de un acontecimiento ajeno a la propia acción. El resultado de omisión o de peligro, se entenderá cometido por omisión, cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del inculpado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a una causación. A tal efecto, se equiparará la acción a la omisión: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido por el particular tipo penal, mediante una acción u omisión precedente. La conducta de acción u omisión puede ser: I. Dolosa: cuando el que conociendo los elementos de la descripción típica o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. También actúa dolosamente el que, queriendo producir un resultado de lesión o de peligro, produce otro, por error en la persona o en el objeto, y se aplicará en este caso, la pena o medida de seguridad correspondiente al tipo comprobado, valorándose las circunstancias de configuración del hecho. II Culposa: si el que la ejecuta, causa un resultado típico, incumpliendo un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias del hecho y sus condiciones personales.

y 183³² del ordenamiento procesal de la materia, vigentes al momento de los hechos, para decretarse auto de formal prisión era necesario que se comprobara plenamente la materialidad del hecho típico, y que existieran datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado en su comisión; es decir que se dedujera su participación en los hechos, sin que sólo eso bastara, pues debía evidenciarse que su conducta hubiera provocado o contribuido en el resultado de lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal. Es decir, dejó a un lado el concepto tradicional causalista del delito, en el sentido de que la

³² Artículo 176. Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos: I. Que se haya tomado declaración preparatoria al inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien, que conste en el expediente que aquél se negó a declarar. II. Que se encuentra comprobada la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado en su comisión. El auto de que se trata contendrá: a) Lugar, hora, día, mes y año en que se dicte. b) Versión de los hechos que motivaron el procedimiento, con expresión del lugar, tiempo y circunstancias de realización del mismo cuando resulten de las actuaciones, así como del delito o delitos por los que el Ministerio Público ejerció acción penal. c) Los razonamientos, consideraciones y fundamentos legales, con referencia a los elementos de prueba, que demuestren que se encuentra comprobada la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado. El juez dictará esta resolución por el delito o delitos que aparezcan comprobados. El plazo a que se refiere el primer párrafo de este artículo se duplicará cuando lo solicite el inculpado, por sí o por conducto de su defensor, siempre y cuando ello sea para recabar elementos que deba someter a conocimiento del juez, para que éste resuelva sobre su situación jurídica. El Ministerio Público no puede solicitar dicha prórroga ni el juez resolverla de oficio, pero mientras corre el período de la ampliación otorgado, el representante social podrá hacer las promociones correspondientes que a su interés convengan, sólo en relación con los medios de prueba y alegaciones que propusiera el inculpado o su defensor. De acordarse la prórroga, se notificará de ello de manera inmediata a la autoridad encargada de la custodia del inculpado.

Artículo 183. El Ministerio Público y la autoridad judicial, en su caso, deberán procurar ante todo que se comprueben los datos que acrediten el cuerpo del delito que corresponda y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción penal y del procedimiento penal. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos que constituyan la materialidad del hecho establecida en la descripción típica correspondiente contenida en el Código Penal. La probable responsabilidad del inculpado se tendrá por acreditada cuando se deduzca su participación en los hechos constitutivos del cuerpo del delito demostrado y que con su conducta haya provocado el resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado o haya contribuido en su provocación. El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad penal se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

sola existencia de un daño no era suficiente para atribuirlo al inculpado, sino que debía demostrarse objetivamente que su conducta lo produjera.

Siguiendo el análisis de la sentencia, después de valorar las pruebas de la causa en forma individual y concatenada, el revisor concluyó que estaba demostrado que la víctima sufrió una alteración a la salud, pero no podía establecerse la probable responsabilidad del inculpado (médico cirujano), al no evidenciarse que realizara una omisión concreta que condicionara al daño irreversible de la salud de la víctima; inclusive se precisó que de las constancias probatorias, indiciariamente se desprendía que la afectación de la salud tenía relación con circunstancias de oxigenación; y es aquí donde retoma los argumentos de la teoría de los roles sociales de Robert Merton, relacionada con las instituciones de riesgo permitido, principio general de confianza, posición de garante y prohibición de regreso de la imputación objetiva, al señalar que en una operación, cada médico debe de cumplir con su rol y no es posible atribuirse a otras personas conductas ajenas, siempre y cuando hayan cumplido con sus responsabilidades, y de los medios de convicción que se analizaban no se evidenciaba, ni siquiera de manera probable, que el inculpado hubiera incumplido un deber de cuidado en relación a sus conocimientos técnicos sobre urología y cirugía médica, y que esto equivaliera a una causación de un resultado lesivo (conducta de omisión impropia o comisión por omisión de la teoría finalista).

El resultado fue revocar la resolución recurrida, y se decretó auto de libertad por falta de elementos para procesar a favor del inculpado.

2. Nuevamente el funcionalismo beneficia al acusado

En sentencia de catorce de diciembre de dos mil cinco, dictada en el Toca Penal 257/2005-II, originado por la apelación interpuesta por el agente del Ministerio Público, en contra de una negativa de orden de aprehensión en contra de un inculpado por el delito de abuso de confianza (depositario), los motivos importantes son los siguientes.

El juzgador de origen, negó girar orden de aprehensión bajo el argumento de que no se aportaron pruebas que demostraran que el inculpado no era dueño del resto de bienes embargados; pero el

representante social indicaba que esto no le impedía pronunciarse sobre una camioneta que no era de su propiedad, se encontraba embargada, y al ser su depositaria judicial, no lo entregó cuando fue requerido legalmente.

En esta sentencia, el revisor resolvió con argumentos enfatizados en la preeminencia de los principios de lesividad y materialidad de la conducta, relacionados con la teoría funcionalista de la imputación objetiva.

Indicó que, acorde con nuestro sistema jurídico penal, conforme a los artículos 14, 20 y 21 constitucionales, lo., 46, fracción III, 91, 126, 132, 143, fracción II, 304 y 337 de la legislación penal,³³ el

³³ Artículo 1. La presente legislación tiene como objetivo el de regular, para los habitantes del estado de Aguascalientes, nacionales o extranjeros, residentes o transeúntes, el contenido de los artículos 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 38 y 119, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal.

Artículo 46. El abuso de confianza consiste en: I. Disponer para sí o para otro, con perjuicio de alguien, de una cantidad de dinero, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio. II. El disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial, y no la ponga a disposición de un nuevo depositario, cuando sea legalmente requerido para ello, y esto provoque menoscabo patrimonial a la parte actora en el litigio correspondiente, o a un tercero. III. El no hacer entrega de la cosa embargada el depositario judicial o el designado por o ante la autoridad judicial, administrativa o del trabajo, que no sea el dueño de la misma, al ser requerido legalmente. IV. El disponer para sí o para otro de una o más cabezas de ganado, cualquiera que sea su especie, con perjuicio de alguien, de las cuales se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, o bien se las hayan entregado para su custodia. Al responsable de abuso de confianza se le aplicarán de: I. 6 meses a 2 años de prisión y de 15 a 100 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, cuando el valor de la afectación patrimonial no exceda de cien veces el salario mínimo general vigente en el Estado. II. 2 a 4 años de prisión y de 100 a 150 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, cuando el valor de la afectación patrimonial exceda de cien veces el salario mínimo general vigente en el estado, pero no de trescientas. III. 4 a 10 años de prisión y de 150 a 200 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, cuando el valor de la afectación patrimonial exceda de trescientas veces el salario mínimo general vigente en el Estado. La valoración que se haga de la afectación patrimonial tomará en consideración el salario mínimo general vigente en el Estado en el momento en que se concreten los hechos descritos en el presente artículo.

Artículo 143. El procedimiento penal ordinario se integra con las siguientes fases: I. La de averiguación previa, cuyo objetivo será el de llevar a cabo la investigación de los hechos punibles; estará a cargo exclusivamente del Ministerio Público y de sus auxiliares,

derecho penal opera o inicia a partir de resultados de afectación o puesta en peligro a bienes jurídicos de las personas, acorde a los principios de legalidad, intervención mínima y dañosidad social; y una vez determinado el bien jurídico, así como su afectación, se debe identificar qué conducta lo generó en forma directa e inmediata, para atribuirle o imputarle objetivamente ese resultado, y tener por acreditado el hecho punible o cuerpo del delito.

Así, para que se configure el tipo de abuso de confianza que se analizaba, no solamente se requería que un depositario judicial, que no sea dueño de un objeto embargado, no hiciera su entrega cuando es requerido legalmente para ello; es decir, no bastaba que un hecho pareciera encuadrar en una descripción típica, sino que conforme a los dispositivos legales referidos, debían reunirse la totalidad de los elementos típicos requeridos por esas disposiciones (objetivos, normativos y subjetivos), para hablar de que la conducta ejecutada era la descrita en el tipo penal, por afectar un bien jurídico de la víctima; siendo los elementos del hecho punible o cuerpo del delito de abuso de confianza, previsto en el artículo 46, fracción III, de la legislación penal, los siguientes:

y será lo suficientemente completa para que pueda determinarse sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal. II. La de averiguación procesal, que se subdivide en preinstrucción e instrucción. La preinstrucción comprende del auto de radicación del procedimiento por la autoridad judicial, hasta la resolución que decide la situación jurídica del inculpado, con el auto de formal prisión o el de libertad por falta de elementos. Tiene por objeto la realización de las actuaciones que permitan determinar la existencia del hecho punible, materia de la instrucción y del juicio, su clasificación conforme a la figura típica aplicable mediante el acreditamiento del cuerpo del delito, y la probable responsabilidad del inculpado, con fijación de los correspondientes niveles de autoría, participación o complicidad. La instrucción comprende, del auto de formal prisión al auto que la declara cerrada. Abarca las diligencias practicadas por y ante la autoridad judicial, con el fin de averiguar las circunstancias peculiares del inculpado y los factores existenciales concurrentes en el hecho punible típico, para el efecto de determinar la existencia de la culpabilidad o inculpabilidad de aquél y de las posibles causas de justificación, así como la información necesaria para el establecimiento de los montos relativos al pago de la reparación de daños y perjuicios. III. La del juicio, que comprende del auto que declara cerrada la instrucción a la sentencia ejecutoria. En esta etapa, el Ministerio Público funda su acusación y el inculpado su defensa ante la autoridad judicial, la cual valorará los medios probatorios aportados para pronunciar la sentencia definitiva. IV. La de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia dictada por la autoridad judicial hasta la extinción de las penas o medidas de seguridad aplicadas.

- *El bien jurídico protegido.* Que en el presente caso es el Patrimonio personal, acorde al Libro Primero, Título Primero, Capítulo Quinto de la legislación penal, donde se contiene la figura típica de referencia.
- *El resultado.* Que puede ser de afectación por disminución de ese patrimonio, o de puesta en peligro, como medida de probabilidad a su disminución, sin que la representación social estableciera la clase de resultado que se demostraba.
- *La víctima.* Que es el titular de ese bien jurídico patrimonial protegido por el tipo de abuso de confianza, sin que la representante social determinara quién adquiriría esta calidad.
- *El inculpado.* Cuyo carácter se atribuía a una persona determinada, pues en su calidad específica de depositaria judicial, se decía que como autor material, ejecutó una conducta, en forma directa e inmediata, y realizó el verbo típico de abuso de confianza, y con el cual se provocó el resultado al bien jurídico.
- *El objeto material.* La cosa donde recae esa conducta, que en el presente caso era una camioneta.
- *La omisión.* Que implica la conducta concreta del inculpado, de no hacer entrega del objeto material que tenía bajo su resguardo, por ser depositario judicial.
- *Las referencias o modalidades que se presentan en la descripción típica.* En el presente caso, son los elementos normativos referidos a que el inculpado fue designado como depositario por la autoridad judicial, y requerido legalmente para la entrega del objeto material.

En este orden de ideas, el revisor continúa y precisa que no se demostraban esos elementos del hecho punible o cuerpo del delito de abuso de confianza, ni la probable responsabilidad del inculpado, pues sólo podía atribuírsele un nivel de autor material, en el caso de que ejecute el verbo típico o conducta en forma intencional o dolosa, y con ello afectara o pusiera en peligro concreto el bien jurídico tutelado.

En ese caso específico, la recurrente omitió precisar quién adquiriría el carácter de víctima del hecho punible, para poder identificar al titular del bien jurídico protegido, y determinar si sufrió un resultado lesivo; pues debía tomarse en cuenta, que la causa había iniciado por

denuncia formulada por una persona que promovió juicio ejecutivo mercantil en contra del inculpado, y posterior a eso se embargaron bienes y se le designó depositario; luego se cambió de depositario, y al ser requerido para la entrega de los objetos, no realizó esa conducta; pero de las probanzas ni siquiera se demostraba cuál era el patrimonio que se afectó o se puso en peligro, para poder determinar quién era su titular y si se vio agraviado por la conducta del activo; y la recurrente le atribuía la conducta omisiva de no entregar un vehículo de motor, pero no aportó las pruebas que acreditaran que por esa falta de entrega se afectó o se puso en peligro el bien jurídico del patrimonio del denunciante o su garantía de pago, o del dueño del vehículo, o en su caso si se estaba afectando entonces a la autoridad judicial que es la que tenía a su disposición el bien mueble que no fue entregado, lo que finalmente se traduciría en figura delictiva diversa por desobediencia a la autoridad; y de las constancias probatorias aportadas, no podía deducirse entonces cuál era el bien jurídico que se estaba afectando o poniendo en peligro por esa no entrega del vehículo, atendiendo a que se trata de un objeto que garantizaba un adeudo, pero no salía de la esfera patrimonial de su dueño o poseedor, pues finalmente la obligación podía cumplirse en cualquiera de las formas que establecía la legislación civil.

Por ello, el revisor concluyó que no se comprobaba concretamente cuál bien jurídico patrimonial se estaba afectando, la forma de su resultado, quién era su titular, por lo que la conducta del inculpado no encuadra en los elementos del cuerpo del delito de abuso de confianza, al no evidenciarse que su conducta omisiva provocara en forma directa e inmediata un resultado de afectación o puesta en peligro a un bien jurídico, de ahí que no se le podía atribuir objetivamente ese resultado; confirmando la negativa de libramiento de orden de aprehensión.

3. La víctima no es olvidada por el funcionalismo

En sentencia de 28 de julio de 2005, en el Toca Penal 199/2005-II, con relación a la apelación interpuesta por el defensor particular de un inculpado por un delito de violación, los argumentos relevantes fueron los siguientes.

En síntesis, el juez de primera instancia había negado señalar día y hora para que la víctima acudiera con los peritos médicos propuestos por la defensa para la revisión física necesaria para emisión de un dictamen; y se sustentó en que la legislación penal no establecía medios de apremio para obligarla a que fuera observada por tales personas, y de lo contrario se vulnerarían sus garantías.

Lo relevante del caso era que por acuerdo previo, el juzgador ya había admitido como prueba de la defensa la pericial médica a cargo de dos peritos, y entre otros puntos, proponía un previo estudio físico de la pasivo menor de 18 años de edad, para determinar si efectivamente había recibido cópula y que su himen fuera capaz de soportarla sin provocar desgarramiento. En posterior comparecencia, los peritos de la defensa, quienes sólo se identificaron con credencial para votar, aceptaron el cargo y solicitaron que se requiriera al tutor de la víctima para que la presentara en un centro de salud, lo cual fue acordado de conformidad.

Tiempo después, la defensa pidió al juzgador que señalara nuevo día y hora para que se llevara a cabo la observación personal de la víctima, en atención que no se había podido realizar el examen por oposición de la madre; lo cual dio origen al auto impugnado, ya que el juzgador negó señalar esa nueva fecha, precisando que no existían medidas de apremio para obligarlas y se violentarían sus garantías.

Los agravios se sustentaron en que conforme a los artículos 242, 248 y 284 de la legislación penal,³⁴ la resolución en que se admitió la

³⁴ Artículo 242. Toda resolución expresará el lugar, la fecha y hora en que se pronuncia, así como designación de la autoridad que la suscribe, y se redactará por escrito en forma clara, precisa y congruente con la promoción o actuación procesal que la origine y deberá cumplirse o ejecutarse en sus términos. Igualmente contendrá una breve exposición del punto de que se trate y la resolución que corresponda, precedida de su motivación y fundamentos legales.

Artículo 248. Ninguna resolución después de firmada puede modificarse si no es mediante la sustanciación del medio de impugnación o incidente que corresponda.

Artículo 284. El ministerio público en la fase de la averiguación previa y los tribunales en las fases de averiguación procesal y juicio, podrán emplear como medios de apremio para hacer cumplir sus determinaciones, las correcciones disciplinarias establecidas en el artículo 282 de esta legislación y el auxilio de la fuerza pública. Cuando a juicio de la autoridad que haya empleado los medios de apremio, el o los usados resultaren ineficaces para hacer cumplir su determinación, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público para los efectos legales que correspondan.

prueba pericial médica debía cumplirse en sus términos, y no podía modificarse en perjuicio de la defensa, porque no se tramitó en tiempo y forma el medio de impugnación o incidente respectivo en contra de tal admisión; y el juzgador podía emplear las medidas de apremio establecidas en el dispositivo 282 de la legislación³⁵ citada, para cumplir con esa determinación, sin que ello vulnerara garantías de la víctima.

El revisor determinó que los agravios eran improcedentes, y señaló que conforme a los artículos 1o., 4o. y 20, apartado B, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 5o., 6o., 8o. y 9o. de la Ley para la Protección de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Aguascalientes, las autoridades estatales, en este caso las judiciales, tenían el deber y obligación de velar y asegurar el goce de los derechos del individuo, en especial los de las niñas, niños y adolescentes, para satisfacer sus necesidades de salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Las resoluciones que debían tomar las autoridades con relación a menores de edad, debían velar siempre por su interés superior, asegurando su salud, dignidad, desarrollo; tener una vida libre de violencia, y a ser respetado en su persona, integridad física, psicoemocional y sexual.

Lo anterior con mayor énfasis cuando un menor de edad era víctima de un hecho punible sexual, pues en tal supuesto, las determinaciones de las autoridades, o acuerdos judiciales que se decretaran, debían dictarse adoptando todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social del menor víctima de abuso, u otra forma de tratos degradantes; lo cual debía llevarse a cabo en un ambiente que fomentara la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del menor.

³⁵ Artículo 282. Durante el procedimiento penal, la autoridad que conozca según la fase, podrá aplicar, por acciones u omisiones que realicen las personas o funcionarios, cualquiera de las siguientes correcciones disciplinarias: I. Apercibimiento. II. Desalojo de la sala u oficina de audiencias. III. Multa por el equivalente a entre 1 y 15 días de salario mínimo vigente en el estado, en el momento en que se cometa la falta que amerite corrección. Tratándose de jornaleros, obreros o trabajadores, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, el de un día de ingreso. IV. Arresto hasta por 36 horas. V. Suspensión. La suspensión sólo se podrá aplicar a servidores públicos, con la duración prevista por la ley de responsabilidades de los servidores públicos del estado de Aguascalientes.

En este sentido, y tomando como sustento las finalidades de los dispositivos fundamentales mencionados, de una aplicación e interpretación sistemática que hizo el revisor de los artículos 123, 142, 143, 145, 219, 292 y 409 de la legislación penal³⁶ de Aguascalientes, estimó que a la autoridad judicial se le facultaba a dictar de oficio

³⁶ Artículo 123. Cuando entre la comisión de un hecho punible y la extinción de la pena o medida de seguridad aplicadas, entrare en vigor un nuevo precepto legal en materia penal o se modificare uno vigente, se aplicará aquella norma que mantenga un equilibrio adecuado entre los derechos constitucionales de la víctima y del inculpado, sin que se afecten notablemente aquéllos, situación que siempre será resuelta por la autoridad que esté conociendo de la correspondiente etapa del procedimiento.

Artículo 142. Corresponde exclusivamente a los tribunales del estado y las autoridades correspondientes del Poder Ejecutivo, conocer de las distintas etapas del procedimiento penal que se instruya a los inculcados por la comisión de hechos punibles, de conformidad con las disposiciones de la presente legislación.

Artículo 145. En la integración de los procedimientos penales ordinario y especiales, a cargo de las autoridades facultadas para el efecto, la víctima u ofendido de los hechos punibles materia de la investigación, podrá hacer valer todos y cada uno de los derechos descritos en el apartado «B» del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se les reconoce legalmente el carácter de sujetos del procedimiento penal. Para tal efecto, podrán solicitar se les tenga por designado como representante legal a quien posea título de licenciado en derecho debidamente registrado en términos de ley. Asimismo, y si la víctima u ofendidos carecen de medios económicos o no son beneficiarios de algún sistema de seguridad social, recibirán de parte del gobierno del estado, por medio de la institución autorizada para el efecto, la atención médica y psicológica que sea necesaria, así como el pago de los servicios funerarios que se requieran, en los términos que disponga la ley aplicable, cuyo costo se incluirá en la sentencia que en su momento se dicte y en la que se establezca la responsabilidad penal del inculpado, quien cubrirá al estado los gastos realizados al efecto. Tal apoyo sólo se realizará en tratándose de hechos punibles que afecten la vida y salud personales, así como la libertad sexual, la seguridad sexual y el normal desarrollo físico y psicosexual. La víctima, ofendido o sus legítimos representantes, podrán solicitar el aseguramiento de sus derechos o la restitución en el goce de éstos, o que se decrete el embargo precautorio de los bienes en que pueda hacerse efectiva, en su oportunidad, la reparación de los daños y perjuicios, en los términos previstos por esta legislación.

Artículo 219. Los funcionarios de la Procuraduría General de Justicia y los tribunales dictarán de oficio los trámites y providencias encaminados a que la justicia sea pronta y expedita. Para este fin, los sujetos procesales interesados podrán solicitar la orientación de tales autoridades sobre puntos del procedimiento que ante éstas se desarrollen, como cómputos, plazos y circunstancias para la promoción y desahogo de pruebas, así como otras cuestiones que aseguren, con plena información para los participantes, la debida marcha del procedimiento, sin abordar cuestiones de fondo que las autoridades deban resolver en los autos o en la sentencia, la información que se proporcione constará en acta específica. Las autoridades que conozcan del procedimiento penal, rechazarán de plano, sin necesidad de sustanciar artículo, incidentes, recursos o promociones notoriamente frívolas o improcedentes.

todos los trámites encaminados a que la justicia sea pronta y expedita, buscando guardar un equilibrio entre los derechos de la víctima y el inculpado; y en el presente caso, debía de tomarse en cuenta que la víctima era menor de edad, y al inculpado se le está procesando por su probable responsabilidad en la comisión del delito de violación en su agravio; por lo que la juzgadora válidamente había negado señalar nueva fecha y hora para que se realizara el estudio físico de la pasiva, atendiendo a que de acuerdo con su interés superior como menor, la autoridad tenía que asegurarle y restituirle sus derechos como víctima, prestándole el auxilio necesario para que el ilícito dejara de surtir sus efectos y pudiera reestablecerse su integridad física y psicológica para su pleno y sano desarrollo, sin atentar a su dignidad y privacidad humana, lo cual no ocurriría si nuevamente se sometía a la pasivo a una exploración física que le hiciera revivir el ilícito y revictimizarla por su comisión, cuando el objeto del proceso penal era hacer efectivos los derechos de los sujetos procesales, en el presente caso, el de dignificación y protección de la salud e integridad de la pasiva; y para ello, en el dictamen ginecológico que se le había practicado con proximidad a los hechos, se expusieron las características de su himen, inclusive anexándose fotografías para el efecto de que la víctima ya no fuera molestada en su pudor e intimidad.

Artículo 292. Cuando estén plenamente comprobados en el procedimiento los datos que acrediten el cuerpo del delito, el servidor público que conozca del asunto, dictará las providencias necesarias, a solicitud del interesado, para restituirlo en el goce de sus derechos, siempre que estén legalmente justificados. Si se tratare de bienes muebles o inmuebles, únicamente podrán retenerse, previo aseguramiento, cuando, a juicio de quien practique las diligencias, la retención fuere necesaria para el éxito del procedimiento. En caso de no ser necesario, se levantará dicho aseguramiento. Si la entrega del bien pudiere lesionar derechos de terceros, de la víctima u ofendido, o del inculpado, la devolución se hará mediante caución bastante para garantizar el pago de los daños y perjuicios. La autoridad que conozca, fijara la naturaleza y el monto de la caución, fundando y motivando su determinación, en vista de las circunstancias del caso. Cuando el inculpado se encuentre privado de su libertad, la restitución a la víctima u ofendido en el goce de sus derechos, sólo podrá decretarse hasta después de dictado el auto de término constitucional, en que se resuelva sobre su situación jurídica.

Artículo 409. Serán ofrecidos o designados como peritos quienes, según la legislación estatal correspondiente, acrediten idoneidad en la materia a que pertenece el tema sobre el cual han de manifestarse. Si la ciencia, arte o técnica no está reglamentada o si, por obstáculo insuperable no se pudiere contar en el lugar del procedimiento con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta.

Aunado a lo anterior, el revisor indicó que el medio de prueba ofrecido por el defensor, consistente en el dictamen pericial médico en cuestión, no podía desahogarse con observación y análisis directo de la menor víctima, puesto que los peritos ofrecidos, al momento de aceptar el cargo, no acreditaron su idoneidad, pues una de ellas se ostentó como doctora, sin exhibir los elementos necesarios que lo demostraran; y por el otro se ostentó como licenciado, por lo que menos resultaba ser un perito idóneo para determinar conceptos médicos o realizar revisiones médicas; y ello se traduciría a someter a la víctima a una exploración de personas no calificadas para tal efecto.

Por lo anterior, atendiendo a esos fundamentos y motivaciones, el revisor modificó la resolución impugnada, en el sentido de que la víctima no sería obligada ni se presentaría para que se ejecutara en su persona una revisión o examen físico; y aclaró que en virtud de que el dictamen fue admitido por el juzgador, y los peritos aceptaron el cargo, conforme a los numerales 219 y 409 de la legislación penal, una vez que esas personas acreditaran debidamente su calidad de peritos para emitir una opinión pericial médica, se desahogaría la prueba, sin que autorizarse a realizar una observación directa y personal de la menor víctima, ni se le efectuara algún tipo de examen médico sobre su persona, en atención que, en aseguramiento y protección de sus derechos como víctima del hecho punible de violación, no se le sometería a exámenes o estudios físicos que la revictimizaran, y vulneraran su integridad y pleno desarrollo.

VIII. CONCLUSIONES

Las teorías finalista y funcionalista pretenden que la dogmática penal aterrice y solucione los problemas de la delincuencia, mediante técnicas político criminológicas, tratando de limitar el poder punitivo del Estado; lo que en casos ha generado impunidad y desprotección a la víctima.

Nuestro sistema penal es en gran medida garantista, gracias a la normatividad estatal que nos rige, que establece claramente los derechos y obligaciones de los sectores operativos y sujetos procesales interesados, para respetar sus derechos fundamentales cuando se sujetan a un procedimiento penal.

La cuestión es que en México nos hemos pasado más de cincuenta años mezclando modelos criminológicos para crear nuestra legislación, lo cual evidencia nuestra falta de capacidad para formular soluciones a nuestros problemas sociales, de acuerdo con nuestra cultura y nivel de educación. Como lo afirmaron Roxin y Jakobs en visita a nuestro país en octubre de 2002,³⁷ la dogmática alemana está diseñada para aquellas latitudes, por lo que resulta inútil el esfuerzo que muchos autores mexicanos hacen para adoptarlas en nuestro sistema jurídico; inclusive, como hemos expuesto, nuestra legislación penal mezcla las teorías causalista, finalista y funcionalista, pretendiendo que se apliquen al mismo tiempo, incluyendo el término de imputación objetiva, pero sin clarificar su contenido, pues sólo lo equipara al nexo de atribubilidad; término que de por sí es complicado y desconocido para la mayoría de los abogados, lo será aún más para el común de los ciudadanos que deben sujetar su comportamiento a las exigencias penales; problema que junto con la diversidad cultural y educativa de nuestra sociedad, reflejan la poca aplicación o argumentación de las bases de la imputación objetiva en las causas penales.

Es cierto que resulta necesario conocer los modelos criminológicos y político criminales de nuestros sistemas punitivos, con la finalidad de entender su estructura normativa y operativa, el sustento o fundamento de actuación de las autoridades en la ejecución del sistema, determinando si el mismo es protector o no de los derechos humanos, si resuelve o no los problemas de prevención y represión del delito, e identificar concretamente el origen y causa del problema, los efectos concretos que produce en la realidad, y tener mejores datos para emitir propuestas que atenúen o disminuyan esa parte del problema, en beneficio de la sociedad.

Pero no menos cierto es que nuestra legislación penal no tiene tantas culpas como muchos le atribuyen, sino que es víctima de las mentalidades inquisitivas que aún se mantienen al momento de aplicar la norma y resolver los casos que han entrado al Sistema de Justicia Penal; por lo que las injusticias no son causadas por esta

³⁷ "En espera de una dogmática penal mexicana", *El Mundo del Abogado*, año 5, núm. 43, noviembre de 2002, p. 8.

normatividad, sino por los individuos que se desenvuelven y actúan dentro de las instituciones, quienes no cumplen sus roles en forma adecuada.

Generalmente los sistemas sociales educativos se implementan para generar seres acríticos, sin importar que a otros no se les respeten el mínimo de derechos fundamentales indispensables para su desarrollo pleno. Se aplica un modelo que impide el pensamiento crítico e independiente, que no permite razonar sobre lo que se oculta tras las explicaciones, y finalmente, fija esas explicaciones como las únicas posibles o verdades absolutas incuestionables.

En pocas ocasiones, los actores del sistema penal analizamos las estructuras políticas y sociales de las que formamos parte, y aceptamos el modelo de civilización que se requiere para el funcionamiento de un sistema que no vela por los derechos de todos.

Pero tenemos la ventaja de tomar una postura crítica de las posiciones, y construir soluciones a los problemas sociales, y dejar de ser meros aplicadores de la información ya dada y tachada de verdad.

Muchas veces el paradigma criminológico en el que estamos construye en nosotros una visión de un todo absoluto, a pesar de que se aprecian mejor algunos hechos y principios cuando se les contempla fuera del marco habitual en que se desarrollan ante los ojos.

En nosotros está el llegar a una actitud que permita observar como algo cotidiano el que se doblegue al ser humano, o en convertimos en promotores sensibles y capacitados para lograr que los derechos fundamentales del hombre, alcancen una solución justa.

Por lo que el verdadero cambio es el de mentalidades de todos los que integramos las instituciones y formamos parte del Sistema de Justicia Penal, y concretamente de nuestra sociedad; pues mientras el ser humano siga tranquilo con un sistema que no es eficaz, en esa línea educativa seguiremos creciendo, y entonces todos trabajaremos tan sólo para ese fin, y no para el de garantizar los derechos humanos de los involucrados en un hecho punible; puesto que las instituciones y organizaciones no tienen la culpa de lo que hacemos sus integrantes, que somos seres pensantes.

Entonces la reforma mental es la mayormente requerida, la cual provocará que se realicen con mejores y eficaces técnicas las funcio-

nes constitucionales, y se atenúen los problemas sociales de criminalidad y victimológicos existentes, cumpliendo el derecho con sus fines valorativos, normativos y reales, al resolver los problemas sociales de manera justa.

SOBRE EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO EN TORNO A LA JUSTICIA

José Luis Eloy Morales Brand

Investigador y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo es un ensayo que ofrece ideas para reflexionar en torno a la vía de investigación jurídica, con el propósito de una revisión crítica y pluralidad de enfoques sobre los problemas que propician los retos sobre el pensamiento contemporáneo en torno a la justicia, que por un lado de un lado y por otro lado, el profesor Salvador Cárdenas, en la oportunidad de la Conferencia de la Asociación de la Maestría de la Facultad de Derecho de la UNAM, en el mes de mayo de 2005.

En razón de lo anterior, lejos de pensar que el artículo sea que pretenciosamente ofrece, o de ofrecer si fuera una simple panorámica sobre el mundo, busco simplemente, en un momento uno de los modos en que podemos reflexionar acerca de los problemas de la justicia, desde el pensamiento jurídico, en el sentido de la palabra, a) las hipótesis metodológicas sobre la naturaleza de la justicia, y b) la argumentación jurídica como medio para la resolución de la justicia.

En consecuencia, las propuestas aquí son de índole metodológica, técnica y procedimental de las disciplinas de la justicia y de la filosofía del derecho, que se busca la manera en ellas, apenas un intento de la discusión que sigue para describir los aspectos más